



Roj: STS 5526/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5526  
Id Cendoj: 28079110012016100705  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 2334/2014  
Nº de Resolución: 735/2016  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO  
Tipo de Resolución: Sentencia

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 21 de diciembre de 2016

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 192/2014 por la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Alicante, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 307/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Elda (Alicante), cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por la procuradora doña Estefanía Ripoll Garrigos en nombre y representación de doña Blanca, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora doña María Ángeles Galdiz de la Plaza en calidad de recurrente y el procurador don Juan Luis Cárdenas Porras en nombre y representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., en calidad de recurrido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El procurador don Emilio Rico Pérez, en nombre y representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., interpuso demanda de juicio ordinario, asistido del letrado don Rafael Beltrán Dupuy contra y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

«[...] declarando la nulidad de la escritura de donación otorgada el día 24 de mayo del 2010 ante el notario de Elda don José Pérez Ballesta en virtud del cual doña Blanca transmite a doña Antonieta la nuda propiedad de las tres cintas descritas en el hecho tercero de la demanda, declarando la nulidad y cancelación de todos los asientos practicados en el Registro de la Propiedad con motivo de dicha escritura, y firme que sea la sentencia se acuerde dirigir mandamiento al Registro de la Propiedad para que se cancelen todas las inscripciones de dominio practicadas favor de doña Antonieta, con expresa imposición solidariamente a las demandadas de las costas causadas en este proceso».

**SEGUNDO.-** El procurador don José Luis Gil Mondragón, en nombre y representación de doña Blanca, asistido del letrado don Gabriel M. García Cremades, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«[...] se desestime íntegramente la demanda formulada de contrario, con expresa imposición de costas a la actora».

**TERCERO.-** 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 Elda, dictó sentencia con fecha 10 de abril de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que con desestimación íntegra de la demanda presentada por el procurador don Emilio Rico Pérez, en nombre y representación de la entidad bancaria BBVA, S.A., contra doña Blanca y doña Antonieta debo absolver y absuelvo a doña Blanca y doña Antonieta de los pedimentos contenidos en la demanda.

»Todo ello con expresa condena costas a la parte demandante».

**CUARTO.-** Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de BBVA, S.A, la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Alicante, dictó sentencia con fecha 20 de junio de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, representado procurador Sr. Beltrán Gamir, contra la sentencia dictada por el Juzgado Primera Instancia número 3 de Elda, con fecha 10 de abril de 2013, en las actuaciones de que dimana el presente rollo, debemos revocar y revocamos dicha resolución, declarando la nulidad de la escritura de donación otorgada el día 24 de mayo del 2010 ante el Notario de Elda D. José Pérez Ballesta en virtud de la cual Doña Blanca transmite a Doña Antonieta, la nuda propiedad de las 3 fincas descritas:

»a.- URBANA: Una treinta y sieteava parte indivisa, con adscripción de uso de la plaza de estacionamiento número NUM000, con una superficie útil de doce metros veinte decímetros cuadrados, en la planta NUM001 del edificio sito en Elda, con frentes a la AVENIDA000 y las calles DIRECCION000 y DIRECCION001, que tiene una superficie útil de 782,60 metros cuadrados y está inscrita en el tomo NUM002, libro NUM003 de Elda, folio NUM004, finca NUM005, inscripción que en el historial registral de la finca número NUM005 - NUM006 de Elda, se encuentra integrado por las inscripciones 1.ª, 2.ª, 3.ª y 4.ª, al tomo NUM007, libro NUM008, folio NUM009.

»b.- URBANA: Garaje en Elda, situada en AVENIDA000, - DIRECCION000 - DIRECCION001, superficie útil: 782 metros, 60 decímetros cuadrados. Número de Propiedad Horizontal: NUM024. Referencia catastral NUM010. 1/37 ava parte indivisa con descripción al uso y disfrute de la plaza de estacionamiento número NUM011 en la planta NUM001 del edificio sito en Elda, con frentes a la AVENIDA000, DIRECCION000 y DIRECCION001, siendo la superficie útil total del NUM001 de 782,60 metros cuadrados. Inscrita al tomo NUM012, libro NUM013, folio NUM014, inscripción 4.ª Finca número NUM005 / NUM015.

»c.- URBANA, VIVIENDA (VPO): SI en Elda, situada en AVENIDA000, número NUM016, planta NUM017 NUM018, Duplex tipo L. Superficie útil: 86 metros, 30 decímetros cuadrados, Número de Propiedad Horizontal NUM016. Cuota elementos comunes: un entero, sesenta y cinco centésimas por ciento. Referencia catastral: NUM019. Inscrita al tomo NUM020, libro NUM021, folio NUM022, inscripción 6.ª. Finca NÚMERO NUM023, y así mismo declaramos la nulidad y cancelación de todos los asientos practicados en el Registro de la Propiedad con motivo de dicha escritura, todo ello con expresa imposición a la parte demandada de las costas causadas en la instancia y sin pronunciamiento de las de esta alzada.

»Dese al depósito constituido para el presente recurso el destino legal».

**QUINTO.-** Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal la representación procesal de doña Blanca. Argumentó el recurso extraordinario por infracción procesal en los siguientes motivos: Primero.- Por infracción de normas procesal reguladoras de la sentencia, al amparo del apartado 2.º del n.º 1 del artículo 469 LEC. Se denuncia infracción del artículo 281.3 LEC. Segundo.- Por infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia, al amparo del apartado 2.º del n.º 1 del artículo 469 LEC. Se denuncia error de derecho en las normas de distribución de la carga de la prueba con infracción del artículo 217.2, 3 y 7 de la LEC. Tercero.- Infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia, al amparo del apartado 2.º del n.º 1 del artículo 469 LEC. Se denuncia error de derecho en la valoración de la prueba, con infracción de las reglas valorativas contenidas en los artículos 316, 319 y 326, todos ellos en relación con el artículo 217.2 y 3 de la LEC. El error padecido constituye, además, una violación del derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24 CE. Cuarto.- Por infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia, al amparo del apartado 2.º del n.º 1.º del artículo 469 de la LEC. Se denuncia infracción del artículo 218.2 de la Ley procesal citada, por falta de motivación suficiente y razonable al estimar que existía un crédito anterior a la donación, y que esta cuestión no había sido negada por los demandados en este proceso judicial.

El recurso de casación lo argumentó en los siguientes motivos: Primero.- Al amparo del artículo 477.1.º.3.º LEC, por vulneración de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo acerca del requisito de subsidiariedad de la acción pauliana exigido en los artículos 1111, 1291.3.º y 1294 del Código Civil. Segundo.- Al amparo del artículo 477.1.3.º de la LEC, por vulneración de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo acerca del requisito de la preexistencia de la deuda tanto para que opere la presunción de fraude del artículo 643 del Código Civil, como para la prosperabilidad de la acción pauliana.

**SEXTO.-** Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto de fecha 25 de noviembre de 2015 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, el procurador don Juan

Luis Cárdenas Porras, en nombre y representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A, presentó escrito de impugnación al mismo.

**SÉPTIMO.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 7 de septiembre del 2016, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la aplicación del requisito de subsidiariedad del ejercicio de la acción rescisoria por fraude de acreedores, en un supuesto de crédito garantizado por cofiadores solidarios, con relación a unas donaciones realizadas por uno de los cofiadores solidarios.

2. En síntesis, la entidad acreedora, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., interpuso demanda contra doña Blanca , cofiadora solidaria y donante, y doña Antonieta , hija de la anterior y donataria, en la que solicitaba la nulidad de la escritura de donación de tres bienes inmuebles propiedad de la cofiadora por haberse realizado en fraude de acreedores. En dicha escritura, con fecha 24 de mayo de 2010, la cofiadora donaba a su hija, entonces menor de edad, la nuda propiedad de dichas fincas (dos garajes y una vivienda), reservándose el usufructo vitalicio de las mismas.

La demandada contestó la demanda alegando que la citada donación fue anterior a la deuda reclamada por el banco, deuda de la que no tuvo conocimiento hasta su reclamación en el año 2011. Que además no estaba probada su situación de insolvencia, ya que se reservó el usufructo de dichas propiedades, y que el banco no había agotado todas las posibilidades de cobrar el crédito tanto frente a los demás cofiadores, como contra la deudora; la sociedad Inarglas, S.L.

3. Para la resolución del presente recurso interesa destacar la siguiente relación de hechos acreditados en la instancia.

I) El día 10 de abril de 2001, la entidad financiera BBVA, S.A, y la entidad Inarglas, S.L, suscribieron una póliza de límite para financiación y cobertura de operaciones bancarias multiproducto.

II) El 2 de mayo de 2002, la demandada y su marido don Segismundo , propietario éste último del 25% de las acciones de Inarglas, S.L, junto con otras seis personas físicas, afianzaron solidariamente a la sociedad deudora.

III) El día 24 de mayo de 2010, como se ha señalado, la cofiadora, por medio de escritura pública, donó las referidas fincas reservándose el usufructo vitalicio de las mismas.

IV) El 21 de diciembre de 2010, la entidad deudora solicitó el concurso voluntario. Del procedimiento seguido se desprende que dicha sociedad tuvo importantes pérdidas en los ejercicios 2008 y 2009, con un balance negativo que llevó a la sociedad al citado concurso de acreedores.

V) El 13 de enero de 2011, la entidad acreedora procedió al cierre de la cuenta especial, con un saldo favorable al banco de 38.187,51 €. El 18 de mayo de 2011, mediante telegrama, notificó a la cofiadora dicho saldo deudor como paso previo al procedimiento de ejecución. El 6 de octubre de 2011, se despachó ejecución contra los cofiadores del deudor por el meritado importe. Si bien, dentro de dicho procedimiento solicitó el embargo de 11 fincas, el juzgado, dada la cantidad objeto de reclamación, le requirió para que designara tres fincas de las que 11 inicialmente señaladas, designando a tal efecto el ejecutante, los dos garajes de la cofiadora demandada y otra finca de otro cofiador.

VI) Pese a estar separada la demandada de su marido, desde el año 2010, la sentencia de la Audiencia consideró acreditado que la cofiadora demandada conocía la mala situación económica de su marido y de la sociedad de la cual su marido era accionista, y debido a dicha mala situación económica habían llegado incluso a compartir la misma vivienda tras la separación.

VII) También consideró acreditada la insolvencia de la cofiadora demandada, pues al margen de los bienes donados, de los cuales sólo se había reservado el usufructo vitalicio, desconociéndose el valor real que pudiera tener a efectos del pago de la deuda, no tenía otros bienes conocidos con los que poder realizar el pago de la deuda.

4. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. En síntesis, consideró que no concurrían los requisitos para la aplicación de la acción rescisoria. En particular, apreció la falta de *scientia fraudis*, pues la donación fue anterior al cierre de la cuenta y, por tanto, a la existencia de la deuda, sin que pudiera

considerarse que la donante fuera conocedora de la insolvencia de la sociedad, dada su separación del marido desde principios del año 2010. En esta línea, también consideró que no se había probado la insolvencia de la demandada, pues la demandada se reservó el usufructo vitalicio de las fincas donadas cuyo valor, calculado fiscalmente, es superior a la deuda reclamada. Por último, cuestión central del presente recurso, también consideró que no concurrió el requisito de la subsidiariedad del ejercicio de la acción, pues existían otros fiadores con bienes cuyo embargo y posterior ejecución podría ser suficiente para atender el cobro de la deuda.

5. Interpuesto por la demandante recurso de apelación, la sentencia de la Audiencia estimó el recurso interpuesto y revocó la sentencia de primera instancia, declarando la nulidad de la escritura de donación otorgada por la demandada. En este sentido, consideró acreditado tanto la anterioridad del crédito del accionante, como el propósito defraudatorio de la donante, que conocía la mala situación económica de la sociedad deudora. Con relación al requisito de subsidiariedad declaró:

«[...] d) La ausencia de otro medio que no sea la rescisión de la donación para obtener la reparación del perjuicio inferido al acreedor, pues resulta patente en el presente caso, que la demandada Sra. Blanca no tienen bienes de ningún tipo para hacer frente a la deuda mantenida con la entidad actora que no sea el usufructo que se ha reservado sobre la vivienda y aparcamiento donados desconociéndose el valor real a efectos de la cancelación de la deuda que pudiera tener el mismo.

»En cuanto a las alegaciones de los recurrentes sobre la existencia de otros garantes, nada se acredita sobre la supuesta solvencia así como tampoco sobre la de la sociedad, tampoco sería relevante los supuestos acuerdos entre las avalistas en relación a las deudas contraídas que en modo alguno podrían vincular a la entidad recurrida, la realidad es que las obligaciones de la sociedad para con aquel estaban pendientes de pago y han sido reclamados judicialmente, no solo en el concurso sino que también la apelante promovió ejecución del contrato del que dimana. Por lo que procede la íntegra estimación del recurso y con ello de la demanda revocando la sentencia apelada como más tarde se dirá en el fallo de la resolución».

6. Frente a la sentencia de apelación, la demandada interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

#### **Recurso extraordinario por infracción procesal.**

**SEGUNDO.-** *Exención de prueba respecto de hechos en los que hay conformidad entre las partes ( artículo 281.3 LEC ). Valoración y carga de la prueba. Motivación de la sentencia.*

1. La recurrente, al amparo del ordinal segundo del artículo 469.1 LEC, interpone recurso extraordinario por infracción procesal que articula en cuatro motivos.

2. En el motivo primero, la recurrente denuncia la infracción del artículo 281.3 LEC. Considera que dicho precepto se vulnera en dos ocasiones. En primer lugar, porque la sentencia recurrida entiende que no ha sido probada la afirmación de que la Sra. Blanca estuviese separada del marido y desconociese el estado de la sociedad afianzada, mientras que la sentencia de primera instancia consideró que se trataba de un hecho incontrovertido. En segundo lugar, porque la sentencia recurrida entiende que nada se ha acreditado sobre la existencia de otros garantes ni sobre la solvencia, cuando la misma se puso de relieve en el proceso por la propia demandante.

3. Por la fundamentación que a continuación se expone, el motivo debe ser desestimado.

La recurrente, en el desarrollo del motivo, tergiversa la declaración de la sentencia recurrida en los dos aspectos indicados. Así, en el primer aspecto, la sentencia de la Audiencia no niega o discute el hecho de que la demandada estuviese separada de su marido (fundamento de derecho tercero de la sentencia), lo que cuestiona, pues sí que resulta controvertido, es la consecuencia fáctica que la recurrente anuda a dicho hecho, esto es, que por el mero hecho de la separación no conociera de la situación económica de la sociedad deudora, de la que su marido era accionista. Hecho que considera acreditado por la propia convivencia que tuvo que mantener con éste, compartiendo la misma vivienda del domicilio familiar, ante la mala situación económica por la que atravesaba su marido.

En segundo lugar, respecto de la segunda cuestión, porque la sentencia recurrida no niega o discute la existencia de otros cofiadores en el presente caso, lo que cuestiona, pues sí que resulta controvertido, es la consecuencia jurídica que la recurrente anuda a este hecho, esto es, que la mera existencia de otros cofiadores impida el ejercicio subsidiario de la acción dirigida contra los actos de disposición realizados por el cofiador designado para el pago de la deuda.



4. En el motivo segundo, la recurrente denuncia la infracción del artículo 217.2, 3 y 7 LEC. Argumenta que la sentencia recurrida achaca a la Sra. Blanca que no haya probado nada sobre la supuesta solvencia de los otros garantes; hecho que corresponde acreditar a la entidad demandante, máxime cuando la misma reconoció dicha existencia y relacionó bienes cuyo embargo solicitó.

5. La estimación o no de este motivo queda condicionada a la fundamentación que se realice en el primer motivo del recurso de casación, pues depende de la respuesta sustantiva que se le dé a la cuestión del requisito de la subsidiariedad de la acción rescisoria en los supuestos del crédito garantizado por cofiadores solidarios.

6. En el motivo tercero, al amparo del ordinal segundo del artículo 469.1 LEC, como ya se ha señalado, la recurrente denuncia la infracción de los artículos 316, 319 y 326, en relación con el artículo 217.2 y 3 de la LEC, con vulneración del artículo 24 CE. Argumenta que la sentencia recurrida ha infringido las normas sobre valoración de la prueba.

7. Por la fundamentación que a continuación se expone, del motivo debe ser desestimado.

Como tiene dicho con reiteración esta Sala, en nuestro sistema el procedimiento civil sigue el modelo de la doble instancia, razón por la que ninguno de los motivos que *numerus clausus* [relación cerrada] enumera el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a la valoración de la prueba. La admisión del recurso extraordinario por infracción procesal no da paso a una tercera instancia en la que fuera de los supuestos excepcionales se pueda replantear la completa revisión de la valoración de la prueba, ya que esta es función de las instancias y las mismas se agotan en la apelación.

La selección de los hechos más relevantes, la valoración de las pruebas practicadas, que necesariamente supone otorgar un mayor relieve a unas que a otras, podrá ser o no compartida (y evidentemente no lo es por la recurrente), pero no puede ser tachada de ilógica ni irracional y no vulnera ninguna regla tasada de valoración de la prueba. Que el juicio del tribunal de apelación sobre la importancia relativa de unas y otras pruebas, la valoración de las mismas, las conclusiones fácticas que extrae de este proceso valorativo, y la mayor relevancia otorgada a unos u otros aspectos fácticos, no sean compartidos por la recurrente, incluso que sean razonablemente discutibles, no convierte en arbitraria ni errónea la revisión de la valoración de la prueba hecha por la audiencia provincial. Además, como ya dijimos en la sentencia 613/2015, de 10 de noviembre, en todo caso, la valoración de la prueba impugnada por esta vía debe afectar a la fijación de los hechos, sobre los que se proyecta la valoración jurídica, pero no puede alcanzar a la propia valoración jurídica.

En todo caso, un adecuado planteamiento de esta infracción exige identificar y justificar concretamente el medio o, de ser varios, los medios probatorios cuya valoración incurre en arbitrariedad, error patente o infringe una norma legal de valoración y destacar la relevancia de este juicio de valoración erróneo en la resolución de la controversia. De esta forma, en principio no sería posible realizar esta denuncia para combatir el resultado de una valoración conjunta de la prueba, en el que las conclusiones fácticas obtenidas de la valoración de algún medio probatorio calificada de errónea, hayan sido obtenidas y fijadas por mor de otras pruebas valoradas en conjunto.

La aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta al supuesto objeto de examen comporta la desestimación del motivo planteado.

En efecto, la recurrente, no sólo invoca la errónea valoración de la prueba a través de la inadecuada vía del ordinal segundo del artículo 469.1 LEC, sino que además, en el desarrollo del motivo, plantea una revisión íntegra de la valoración de la misma (interrogatorio y documental pública y privada) claramente improcedente en el marco de este recurso extraordinario que, como se ha señalado, no tiene la función de ser una tercera instancia. Revisión íntegra de la prueba practicada que, a mayor abundamiento, se plantea desde la perspectiva de cuestionar aspectos sustantivos declarados por la sentencia recurrida.

8. En el motivo cuarto, la recurrente denuncia la infracción del artículo 218.2 LEC, por falta de motivación suficiente y razonable al estimar que existía un crédito anterior a la donación, y que esta cuestión no había sido negada por los demandados en este proceso judicial. Considera la recurrente que la sentencia afirma, sorprendentemente y sin motivación de clase alguna, que la Sra. Blanca había reconocido la existencia de un crédito anterior en favor de la accionante, afirmación que se hace en contra de la realidad del proceso, en el que se había venido declarando desde la primera instancia que el crédito de BBVA fue posterior al acto dispositivo.

9. Por la fundamentación que a continuación se expone, el motivo debe ser desestimado.

En este motivo, en la línea de lo ya examinado en el motivo primero del recurso, la recurrente, esta vez so pretexto del requisito de motivación de la sentencia, vuelve a tergiversar la declaración efectuada por la sentencia de la Audiencia.

En este sentido, lo que declara la sentencia (fundamento de derecho tercero), acorde con el razonamiento fáctico y jurídico que conduce a la apreciación y valoración de la prueba practicada, es la existencia de un crédito anterior a favor del acreedor accionante. Hecho que, como señala la Audiencia, no fue negado como tal por la demandada ni en el procedimiento seguido ante la misma, ni tampoco en el procedimiento previo de ejecución de título judicial en el que la demandada no se opuso. La anterioridad de la existencia del crédito ha resultado plenamente acreditada en el procedimiento, dado que la formalización de la fianza solidaria se realizó en mayo de 2002, y el negocio dispositivo llevado a cabo por la cofiadora donante está fechado el 24 de mayo de 2010. Por lo que la declaración que al respecto se contempla en la sentencia recurrida es correcta y está motivada.

Por otra parte, la recurrente plantea cuestiones de índole sustantiva, como el requisito de exigibilidad del crédito con relación al momento de cierre de cuenta de la entidad bancaria, extremo que queda fuera de la naturaleza y función de este recurso.

### Recurso de casación

**TERCERO.-** *Acción rescisoria por fraude de acreedores. Donación de inmuebles, con reserva del usufructo vitalicio, efectuada por el cofiador solidario. Requisitos de aplicación de la acción. Subsidiariedad de la acción y anterioridad o preexistencia del derecho de crédito. Doctrina jurisprudencial aplicable.*

1. La recurrente, al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 LEC, interpone recurso de casación que articula en dos motivos.

2. En el motivo primero, la recurrente denuncia la infracción de los artículos 1111, 1291.3 y 1294 del Código Civil.

Argumenta que, mientras la sentencia de primera instancia entendió que no se cumplía el requisito de la subsidiariedad por el doble motivo de que los restantes fiadores en el proceso de ejecución de títulos judiciales tenían solvencia patrimonial que no había sido agotada, y que el crédito de la entidad bancaria tenía una especial protección en el seno del concurso de acreedores, que posibilitaría su cobro, sin embargo, la sentencia recurrida ciñe el examen de la posible existencia de otros medios para que la actora cobre su crédito a la situación individual de la Sra. Blanca, sin tener en cuenta la garantía existente. Basa el interés casacional en la oposición a la doctrina contenida en las sentencias de esta Sala de 5 de diciembre de 1994, 22 de febrero de 2006 y 15 de septiembre de 1997.

3. Por la fundamentación que a continuación se expone, el motivo planteado debe ser desestimado.

Con carácter general, con relación al requisito del ejercicio subsidiario de la acción rescisoria por fraude de acreedores, esta Sala ha ido flexibilizando progresivamente el carácter subsidiario de esta acción. Fruto de esta flexibilización ha sido que la insolvencia no deba acreditarse de un modo absoluto, como total carencia de bienes del deudor, siendo suficiente la acreditación de una significativa disminución de la garantía patrimonial del deudor que impida o haga especialmente difícil el cobro del crédito, y que no resulte necesario que el acreedor venga provisto de título ejecutivo, bastando la propia existencia y legitimidad de su derecho de crédito como, en su caso, que haya ejercitado otras posibles acciones preventivas o ejecutivas que al tiempo de producirse la disposición patrimonial del deudor carezcan de utilidad para el cobro de su crédito.

En esta línea, por otra parte, conforme a la obligación de pago asumida por el cofiador, y de acuerdo con el *ius variandi* como nota esencial de la obligación solidaria, esta Sala, entre otras, en sus sentencias núms. 222/2002, de 15 de marzo, 854/2002, de 24 de septiembre y 1088/2008, de 12 de noviembre, tiene declarado, a efectos del ejercicio subsidiario de la acción, que en estos supuestos de solidaridad es la insolvencia del deudor o fiador contra quien acciona el acreedor la que debe ser tenida en cuenta, con independencia del derecho del fiador solidario para accionar, a su vez, contra el deudor principal y los demás cofiadores. Siempre y cuando, claro está, concurren los demás presupuestos y requisitos para la aplicación de la acción rescisoria y su ejercicio no responda, en última instancia, a un abuso del derecho.

En el presente caso se cumplen estos requisitos, pues la Audiencia considera probado tanto el propósito defraudatorio de la cofiadora donante (*scientia fraudis*), como la insolvencia del deudor (en concurso de acreedores) y de la propia cofiadora, con una reserva de usufructo vitalicio sobre las fincas donadas y sin otros bienes conocidos para hacer efectivo el cobro del derecho de crédito. No puede considerarse que el

acreedor actuase de mala fe o con abuso de derecho, pues accionó con legitimidad su defensa del derecho de crédito contra la cofiadora demandada con arreglo a la doctrina jurisprudencial expuesta. Máxime si se tiene en cuenta, a mayor abundamiento, que inicialmente dirigió su acción ejecutiva contra todos los cofiadores.

4. La desestimación de este motivo comporta la desestimación del motivo segundo del recurso extraordinario por infracción procesal.

5. En el segundo motivo, la recurrente denuncia la infracción del artículo 643 del Código Civil. Considera que la sentencia recurrida da por hecho que el crédito era anterior, identificando fianza con deuda, sin embargo no es posible, desde su punto de vista, predicar que siempre y en todo caso el fiador es deudor, ni que la deuda nace en el momento en que se firma la fianza. Argumenta que, en el momento de la donación Inarglas S.L., no era deudora de BBVA, sino que ésta lo fue en enero de 2011, cuando se llevó a cabo el cierre y liquidación de la cuenta, no concurriendo, por tanto, el requisito de preexistencia de la deuda. Como fundamento del interés casacional cita las sentencias de esta Sala de 31 de mayo de 1999, 12 de noviembre de 2008 y de 7 de septiembre de 2012.

6. Por la fundamentación que a continuación se expone, el motivo planteado debe ser desestimado.

En la línea de la flexibilización de la interpretación rígida de los requisitos exigidos para la aplicación de la acción rescisoria por fraude de acreedores, esta Sala, entre otras, en las sentencias núms. 1088/2008, de 12 noviembre, y la citada núm. 510/2012, de 7 de septiembre, también ha destacado que, respecto del requisito de la anterioridad o preexistencia del derecho del acreedor, no puede aplicarse un criterio estrictamente cronológico como solución automática o radical de la cuestión planteada, sino que, con carácter general, es preciso analizar cada caso en sus particulares circunstancias, especialmente para corroborar el fraude intencionado, que pueda gestarse incluso con cierta anticipación al momento del nacimiento del derecho de crédito ante su próxima y segura existencia posterior.

En el presente caso, la Audiencia considera acreditado tanto el fraude intencionado de la cofiadora demandada, que dona a su hija menor los referidos inmuebles, con conocimiento de la mala situación económica del deudor principal, como la propia de preexistencia o anterioridad del derecho del acreedor, en donde el garante se constituye en obligado desde el momento en que se contrae la fianza. De forma que, aunque la garantía constituida se haya realizado con relación a una póliza crédito, que no es un préstamo propiamente dicho, no obstante, de la naturaleza de las operaciones cubiertas y del conocimiento de la mala situación económica del deudor, resultaba claramente previsible para la cofiadora demandada que el próximo cierre de la cuenta arrojará saldos deudores a favor de la entidad bancaria.

#### **CUARTO.- Costas y depósitos.**

1. La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación comporta que las costas causadas por los mismos se impongan a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1 LEC.

2. Asimismo, procede la pérdida de los depósitos constituidos para la interposición de dichos recursos, de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional 15.ª LOPJ.

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1. Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la representación procesal de doña Blanca contra la sentencia dictada, con fecha 20 de junio de 2014, por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.ª, en el rollo de apelación núm. 192/2014. 2. Imponer las costas de dichos recursos a la parte recurrente. 3. Ordenar la pérdida de los depósitos constituidos para la interposición de dichos recursos. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma. Francisco Marin Castan Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno Rafael Saraza Jimena Pedro Jose Vela Torres