

Acción rescisoria contra deudor solidario. Alcance del perjuicio y viabilidad de la impugnación. (A propósito de la STS de 24 de julio de 1998)

JOSÉ MANUEL DE TORRES PEREA

Profesor Ayudante de Derecho Civil
Universidad de Málaga

SUMARIO: I. *Hechos y doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 1998.*—II. *Comentario.* 1. Concepto de perjuicio rescisorio: Prueba de la insolvencia y ejercicio conservativo de la acción. 2. Autonomía del deudor solidario y ejercicio de la acción rescisoria.

I. HECHOS Y DOCTRINA DE LA SENTENCIA

En la sentencia del TS de 24 de julio de 1998¹, el Alto Tribunal desestimó el recurso de casación y entendió rescindidas las enajenaciones hechas por los fiadores solidarios a sus hijos. Los hechos enjuiciados fueron los siguientes: El Banco Bilbao Vizcaya concedió un crédito a la entidad «Maquinaria Cerezo, S.A.», por importe de quince millones de pesetas con vencimiento el 26 de marzo de 1992, siendo fiadores solidarios don Agustín C. y doña Cesárea C. Dicho préstamo resultó impagado a su vencimiento, formulándose por el Banco Bilbao Vizcaya demanda de juicio ejecutivo dirigido contra los fiadores solidarios, despachándose ejecución contra los demandados y decretándose el embargo de ciertos bienes. La vía de apremio resultó infructuosa por resultar que los bienes embargados habían sido donados en fecha 9 de marzo de 1992 por los ejecutados a sus hijos Javier y José Agustín C.C., quienes por su parte otorgaron el día 9 de abril de 1992 opción de compra sobre dichos bienes a favor de «Grupo VH, S.L.». Posteriormente, la entidad «Maquinaria Cerezo, S.A.» presentó suspensión de pagos, presentando un balance del que no resultaba una insolvencia definitiva y apare-

¹ RJ 6139. Actuó como ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes.

ciendo entre la relación de los acreedores presentada por la entidad suspensa el banco actor.

El Banco Bilbao Vizcaya, ante estos hechos, procedió a demandar a don Agustín C. y doña Cesárea C. a sus hijos Javier y José Agustín C.C. así como a la entidad «Grupo VH, S.L.» ejercitando la acción rescisoria en solicitud de que se declarase la rescisión de la donación realizada entre los fiadores solidarios y sus hijos, así como la opción de compra otorgada a favor de «Grupo VH, S.L.».

El problema que se planteó era si se cumplían o no los requisitos de la acción rescisoria. En concreto se debía decidir si concurría el perjuicio rescisorio. El perjuicio rescisorio presenta una triple faceta, como carencia de bienes, como carencia de garantías y como carencia de otros recursos legales. Aquí, la cuestión era determinar si realmente se había demostrado la carencia de bienes de los fiadores solidarios, así como la carencia de otros recursos legales para conseguir el cobro.

El Juzgado de Primera Instancia consideró que procedía desestimar la demanda por dos razones, la primera, por no haberse perseguido previamente los bienes en poder de los fiadores solidarios, y por tanto por no haberse acreditado que los donantes no tuvieran otros bienes distintos a los donados; la segunda, por no haberse dirigido la demanda contra la deudora principal «Maquinaria Cerezo, S.A.».

Apelada la sentencia, la Audiencia consideró que, por un lado, por tratarse de fianza solidaria, no había lugar al beneficio de excusión, pudiendo el acreedor dirigirse directamente contra cualquiera de los fiadores solidarios, y por otro, que sí concurría el perjuicio rescisorio dado que bastaba para ello con que el acreedor desconociera la existencia de otros bienes, más aún cuando los propios fiadores solidarios no negaron carecer de otros bienes distintos de los objeto de la donación.

La sentencia de la Audiencia fue recurrida en Casación, fundando su recurso, por un lado, en que los demandados, fiadores solidarios, no eran insolventes por tener la titularidad del ciento por ciento de las acciones de «Maquinaria Cerezo, S.A.», y por otro lado, en que el deudor principal, aunque estuviese en suspensión de pagos, presentaba un activo superior al pasivo, razón por la que debería haberse actuado previamente a la interposición de la acción rescisoria contra «Maquinaria Cerezo, S.A.», dado el carácter subsidiario de la acción rescisoria sólo ejercitable cuando el deudor no tiene otro medio legal para el cobro.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

II. COMENTARIO

La sentencia que nos proponemos comentar plantea distintas cuestiones que debemos diferenciar.

Por un lado, debe distinguirse cuáles son los medios de acreditación de la carencia de bienes del deudor, especialmente cuando los bienes concurrentes en el patrimonio del deudor están trabados o indisponibles.

Por otro lado, cuestión distinta de la anterior aunque directamente conectada a la misma, debe determinarse si es posible el ejercicio de la acción rescisoria contra un fiador solidario sin necesidad de demandar previamente al

deudor principal, si para determinar la presencia del perjuicio rescisorio es necesario actuar previamente contra los demás codeudores solidarios.

1. CONCEPTO DE PERJUICIO RESCISORIO: PRUEBA DE LA INSOLVENCIA Y EJERCICIO CONSERVATIVO DE LA ACCIÓN

El Tribunal Supremo consideró que no procedía el primer motivo alegado al amparo del número 4 del artículo 1692 LECiv, esto es, que se hubieran infringido los artículos 1111, 1291.3, 1294 y 1297 del CC y la jurisprudencia que los interpreta, por considerar que la afirmación de que cuando los donantes cedieron sus bienes inmuebles su patrimonio no se había agotado, no estaba suficientemente demostrada. Se alegó que don Agustín C. ostentaba la titularidad del ciento por ciento de las acciones de «Maquinaria Cerezo, S.A.», que representaba 406.246.474 pesetas según la intervención judicial de suspensión de pagos. Por esta razón la parte recurrente consideraba que no había lugar a la acción rescisoria, por no mediar perjuicio y por tanto no mediar fraude.

El perjuicio es el requisito esencial de la acción rescisoria, considerado en un principio como la presencia de la insolvencia absoluta del deudor, ha ido evolucionando para adecuarse mejor a la función de la insolvencia como presupuesto de la acción rescisoria. La insolvencia relativa implica que existen otros bienes en el patrimonio del deudor pero que éstos no han de tenerse en cuenta para impedir el perjuicio porque su ejecución resulta difícil o imposible para el deudor².

El Tribunal Supremo al estudiar el caso propuesto entendió que mediaba perjuicio rescisorio porque consideró que dichas acciones carecían de un valor real, el Alto Tribunal señala que dichas acciones tenían un valor dudoso fundado en meras esperanzas, mientras no se aprobase el convenio y quedase remanente activo, porque mientras tanto, dada la falta de liquidez, podría terminarse en la quiebra que la suspensión de pagos trataba de evitar.

La lectura del texto del segundo Fundamento de Derecho de la sentencia nos presenta varias interrogantes, la principal es si un estado de falta de liquidez es suficiente para considerar presente el perjuicio rescisorio. Tradicionalmente el perjuicio se ha hecho equivaler a la insolvencia del deudor, y evidentemente una situación de falta de liquidez no se corresponde con una situación de insolvencia. Una primera apreciación podría llevarnos a afirmar que esta sentencia apartándose de la jurisprudencia tradicional ha optado por interpretar el artículo 1291.3 CC y concordantes en el sentido de que hay perjuicio rescisorio cuando se produce un grave deterioro patrimonial del deudor sin exigirse una real insolvencia³.

² FERNÁNDEZ CAMPOS. *El fraude de acreedores: La acción pauliana*. Bolonia 1998. p. 27.

³ Cierta línea doctrinal parece haber indicado la posibilidad de otorgar la acción rescisoria sin necesidad de que medie insolvencia. De acuerdo con esta línea bastaría con que el crédito resultare perjudicado, perjuicio que podría consistir en un simple deterioro del objeto gravado a favor del acreedor, desvalorización de la cosa hipotecada... En este sentido SOLAZZI en *La revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano*. T.II. Nápoles 1945. p.238, señala que el perjuicio rescisorio no puede consistir más que en el defecto total o parcial de cumplimiento. Es decir considera que un incumplimiento del deudor es sufi-

Sin embargo, la sentencia hace una importante matización respecto al referido estado de falta de liquidez del deudor al señalar que: «...las acciones cuya titularidad ostentaba el donante carecían de valor real, teniéndolo sólo dudoso o fundado en meras esperanzas, mientras no se aprobase el convenio y, efectivamente, quedase remanente activo, pues mientras tanto, dada la falta de liquidez, podría terminarse en la quiebra que la suspensión de pagos, como proceso preliminar quería evitar». Esto significa que el Tribunal Supremo pone el énfasis en que el estado de falta de liquidez no presenta una apariencia de situación transitoria sino por el contrario se nos presenta como un auténtico riesgo de insolvencia. Por tanto, la cuestión cambia totalmente de aspecto considerada desde esta perspectiva. En esta sentencia no se considera que el perjuicio rescisorio sea equivalente a un mero estado de falta de liquidez transitoria, todo lo contrario, se considera que el perjuicio rescisorio está presente en tanto y cuanto media un evidente riesgo de insolvencia.

El problema que se nos presenta ahora es otro: ¿Puede apreciarse el requisito objetivo de la acción rescisoria o perjuicio rescisorio cuando sólo concurre un riesgo de insolvencia?⁴ Parece que la sentencia que comentamos opta por esta posibilidad. La incógnita que queremos despejar es qué es lo que realmente llevó al Tribunal Supremo a considerar que sí mediaba perjuicio rescisorio. En el Fundamento de Derecho primero se recogen los argumentos mantenidos por la sentencia dada por la Audiencia, argumentos que el Tribunal Supremo comparte, la sentencia recurrida afirma que a los efectos de considerar el requisito objetivo de la acción rescisoria no es necesario que el acreedor probara la insolvencia, por el contrario, basta con que el acreedor no conociese la existencia de otros bienes, y que carecía de trascendencia que el demandado fuere propietario de todas las acciones de «M.C., S.A.», por encontrarse esta sociedad en suspensión de pagos con las operaciones intervenidas y fuera de la disponibilidad de su propietario, porque se consideraba que se había cumplido con el requisito objetivo de la acción rescisoria, —esto es haber perseguido los bienes en posesión del deudor y no poder hacerse pago de sus deudas por otros medios— cuando se había demostrado que los bienes donados constituían la totalidad del patrimonio personal de los

ciente para otorgar la protección rescisoria. En nuestro Ordenamiento, tal planteamiento podría parecer posible dado que nuestro CC al regular la impugnación de los actos del deudor hechos en perjuicio de acreedores, se refiere más al concepto de perjuicio que al de insolvencia. En esta línea LOHMAN LUCA DE TENA en «Apuntes para una distinta aproximación a la acción pauliana» *RJLJ*. T.LXXXVIII. mayo 1984, pp. 469 y ss., dice que el perjuicio supone la realización de una conducta impropia que merece sanción, fundando su razonamiento en la STS de 7 de enero de 1958 que según él «*deja accesible la declaración de ineficacia del acto cuando cause un perjuicio, y no necesariamente cuando produzca una insolvencia*». Se trataría esta de una posición cercana a la que se ha propuesto por cierta línea jurisprudencial francesa que acepta la rescisión por perjuicio de acreedores hipotecarios cuando éstos sean perjudicados —desvalorización del bien hipotecado— sin necesidad de que el deudor hipotecario sea insolvente. Dichas posturas se fundan en el deber de todo ordenamiento de luchar contra todo acto fraudulento, pero olvidan que en nuestro Derecho la posibilidad de ejercitar la acción rescisoria viene determinada por la presencia del requisito objetivo que supone la insolvencia del deudor —única interpretación coherente del artículo 1291.3 CC.

⁴ Díez-PICAZO en *Fundamentos del Derecho civil patrimonial* II. Madrid 1993. p. 738 afirma que en determinadas situaciones de riesgo de insolvencia, como es el caso de que medie un embargo, debe concederse la acción y entenderse que el valor de la realización judicial quedaría cubierto por los créditos favorecidos por dicho embargo.

donantes o, al menos, que no se había demostrado que tuvieran otros. La sentencia recurrida, es por tanto muy aclaratoria.

Respecto al tema que estudiamos, esto es el alcance del perjuicio rescisorio, queramos destacar dos cuestiones. Primera, la no necesidad de prueba de la insolvencia; segunda, la intrascendencia de los bienes indisponibles por el deudor para determinar su estado patrimonial. En consideración con la primera de las cuestiones planteadas, la no necesidad de prueba de la insolvencia, decir que el Tribunal Supremo presenta en esta sentencia una posición avanzada que permite el real ejercicio de la acción rescisoria. La razón para no exigir la prueba aquí, es que se trata de una actividad probatoria de carácter negativo, este tipo de pruebas más que difíciles resultan imposibles. Basta con que el deudor esconda sus bienes, especialmente cuando éstos sean muebles, para lo cual muchas veces será suficiente una transformación patrimonial de bienes inmuebles en muebles, para que la búsqueda pueda resultar inviable. Incluso cuando el deudor tiene bienes inmuebles, si éstos resultaren situados fuera del alcance del acreedor⁵ – en un país remoto – las posibilidades efectivas de encontrarlos pueden resultar nulas. Son situaciones en las que el deudor realmente no es insolvente, pero aparenta serlo, situaciones de insolvencia aparente⁶ contra las que un acreedor diligente no puede luchar, por esta causa, en las que medie una apariencia de insolvencia ya sea por ocultación, por indisponibilidad geográfica por parte del acreedor, u otro motivo, resulta coherente no exigir la prueba de la insolvencia. Realmente lo único que puede probarse con certeza es que el deudor sea solvente, no que sea insolvente. Por ello, cuando de forma razonada se alega la insolvencia del deudor, y éste no contradice dicha afirmación – a pesar de su interés en el desistimiento de la pretensión contraria –, resulta pertinente considerar la presencia de dicha insolvencia. Desde la perspectiva procesal, se habrá llegado a la «verdad formal o judicial», es decir a la certeza judicial de que el deudor no tiene bienes perseguibles. Este es el mecanismo que mueve la sentencia que comentamos, esto no significa que el Tribunal Supremo afirme que no ha de realizarse actividad probatoria alguna, si no que esta actividad se restringe a probar que los acreedores no conocieran la existencia de otros bienes que los donados.

La sentencia que comentamos realiza otra matización respecto a la prueba de la insolvencia, esto es la referencia a que tras la donación se constatará que el deudor no tuviera bienes suficientes para atender el pago de las deudas contraídas personalmente. Esta afirmación implica que no es necesaria la acreditación de una insolvencia absoluta traducida en una carencia total de bienes, basta con la apreciación de que los bienes restantes no son suficientes

⁵ FERNÁNDEZ CAMPOS en *ob. cit.* p. 42 afirma que el acreedor puede resultar perjudicado, aunque no medie insolvencia del deudor, si los bienes son de difícil o imposible ejecución por estar situados fuera de la jurisdicción nacional, doctrina que ya recogió la STS de 23 de junio de 1903. Se ha llegado a proponer que procede hacer una aplicación analógica del artículo 1832 CC que limita el beneficio de excusión a los bienes sitos en territorio español.

⁶ El concepto de insolvencia aparente como presupuesto suficiente para el ejercicio de la acción rescisoria fue ya admitido por los comentaristas del «Corpus Iuris Civilis» que consideraron la posibilidad de conceder la rescisión cuando los bienes en poder del deudor estuviesen ocultos. Dicho planteamiento fue recogido por los exegetas franceses y contemplado por la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo tras la publicación del Código civil: SSTS de 26 de mayo de 1903, 31 de diciembre de 1907, 1 de diciembre de 1909, 31 de diciembre de 1931, línea mantenida por las sentencias más recientes de 24 de julio de 1988 (R.A. 6139), 27 de noviembre de 1991 (RA 8493) y 15 de junio de 1992 (RA 5137).

para satisfacer el crédito reclamado. Esta cuestión está directamente relacionada con la inexigencia de previa persecución judicial. El punto de conexión lo encontramos en que en muchas ocasiones la forma de demostrar una insolvencia absoluta sería la venta judicial de los bienes, sólo mediante esta liquidación sería posible conocer si quedaba un «quantum» líquido y por tanto si realmente mediara una insolvencia total o no. Es cierto, que en otros períodos históricos cuando mediaba una insolvencia relativa se exigía convertirla en absoluta mediante una venta judicial de bienes como requisito previo al ejercicio de la rescisoria, igualmente es cierto que en otros períodos históricos la previa ejecución judicial no era un medio de prueba de la insolvencia si no un verdadero requisito de procedibilidad, pero actualmente dichas posiciones están superadas. La propia sentencia que comentamos lo señala cuando indica que interpretar la necesidad de una previa persecución de bienes exigida por el artículo 1111 CC como necesidad de seguir los procedimientos hasta su final procesal, cuando se sabe que nada útil se conseguirá, resulta exagerado debiéndose descartarse dicha interpretación formalista por no ser ese el significado del precepto.

Estudiada la primera cuestión planteada, esto es, la no necesidad de prueba de la insolvencia, pasamos al estudio de la segunda, esto es la intrascendencia de los bienes indisponibles por el deudor para determinar su estado patrimonial. La sentencia que comentamos recoge esta cuestión al fundar la razón del rechazo del primer motivo del recurso de casación. Dicho motivo principalmente se basa en que el donante tenía bienes suficientes consistentes en el ciento por ciento de las acciones de la mercantil «M.C., S.A.», razón por la que se alegaba que no era insolvente y no había lugar a apreciar el perjuicio rescisorio. La pertenencia de dichas acciones no resulta cuestionada, por el contrario es el valor de dichas acciones lo que resulta discutido. Ya hemos referido que el Tribunal Supremo apreció que dichas acciones carecían de valor real, afirmando que su valor era más que dudoso y fundado en meras esperanzas. Pero, en este caso nos encontramos con que la causa de que dicho valor sea dudoso es la existencia de una suspensión de pagos pendiente de aprobar el convenio. Nosotros nos preguntamos si esta circunstancia es suficiente para omitir del patrimonio del deudor las referidas acciones a la hora de calcular su situación. Lo cierto es que dichas acciones existen, pertenecen al donante, y por el momento sólo ha quedado acreditada la falta de liquidez del donante, pendiente la aprobación del convenio. Ante estas circunstancias cabe cuestionarse cuál es la razón última que lleva al Alto Tribunal a obviar considerar la existencia de estas acciones y su posible valor económico, porque pendiente el convenio no puede afirmarse que la quiebra sea inevitable, si no que el valor de las acciones se verá mermado.

Al respecto en el Fundamento de Derecho segundo se afirma que aunque aparentemente el activo excediese en mucho al pasivo, dada la falta de liquidez existía un riesgo de quiebra, para mayor abundamiento se reseña que no ha lugar a la persecución judicial de bienes cuando se sabe que nada útil se conseguirá, puesto que la insolvencia puede probarse con la demostración de que el deudor no tiene ya bienes con los que pagar o que los que están en su poder se encuentran gravados o afectos a cargas que disminuyen su valor en relación con lo debido y por tanto al estar el resto de los bienes sujetos a una suspensión de pagos resulta no tener utilidad práctica el embargo de acciones sujetas a tal procedimiento.

Esto significa que se opta por un uso conservativo de la acción. La impugnación rescisoria puede ejercitarse de forma ejecutiva o conservativa dependiendo de las circunstancias concurrentes⁷. Cuando se busque una finalidad inmediata de cobro habrá lugar a un uso ejecutivo de la acción, cuando se busque la mera protección del crédito habrá lugar a un uso conservativo. En el caso que estudiamos han tenido que sopesarse los diversos factores concurrentes a la hora de permitirse el ejercicio de la acción. Entre estos condicionantes debemos considerar determinante la exigencia de una tutela efectiva del derecho perjudicado. Si se hubiera entendido que no había lugar a la acción por no haberse demostrado la insolvencia definitiva en tanto que el convenio de la suspensión de pagos estaba sin aprobar, se hubiera llegado a la negación del ejercicio de la acción. Este instituto presenta de por sí tales dificultades técnicas que si además le añadimos nuevas exigencias su utilidad resultaría nula. Por ello, en los supuestos en los que los bienes restantes del deudor no sean disponibles mediando evidente riesgo de indisponibilidad definitiva, ya sea por mediar embargo, suspensión de pagos, o incluso condición suspensiva, resultaría exagerado obligar al acreedor perjudicado a esperar indefinidamente la resolución de estas situaciones⁸.

Pero es que además el propio mecanismo de funcionamiento de la acción rescisoria supone un claro límite al ejercicio de este remedio. Al presentar esta acción un plazo de caducidad de cuatro años, las más de las veces, obligar a esperar el levantamiento de un embargo, o la vuelta a la normalidad de una empresa bajo suspensión de pagos, supone tanto como impedir el ejercicio definitivo de la acción. De hecho, es más que probable que a la hora de interponer la demanda de rescisión haya transcurrido ya un período considerable de tiempo y que una vez hecha la pertinente investigación y localizados los bienes trabados o bajo suspensión de pagos, el período restante para el ejercicio de la acción resulte escaso respecto al período de tiempo en los que normalmente se resuelven dichas medidas procesales. Por ello, en muchas ocasiones no permitir el ejercicio conservativo de la acción supone que este derecho potestativo caduque sin posibilidad de un ejercicio postergado cuando se levante el embargo o se cumpla la condición o se levante la situación de suspensión de pagos. Se nos puede criticar a la hora de mantener nuestra posición afirmando que en estos supuestos, lo que nuestro derecho prevé como medida apropiada, —v. gr.: supuesto del artículo 1121 CC— es un embargo en su caso preventivo, a lo que contestaremos que en estos supuestos procede la acción rescisoria precisamente porque no quedan bienes libres que embargar.

El ejercicio conservativo de la acción supone una ampliación del concepto de perjuicio rescisorio tradicionalmente aceptado. Supone la admisión de la acción en aquellos supuestos en los que medie un riesgo cierto de insolvencia en los que

⁷ No se trata de optar por una función, sino de considerar las posibles formas en que puede ejercitarse la acción rescisoria, cuestión señalada por ATAZ LÓPEZ en *Ejercicio por los acreedores de los derechos y acciones del deudor*. Madrid 1988 pp. 31 y ss, posición que comparten CRISTÓBAL MONTES en *La vía pauliana* Madrid 1997 p. 81 y SIRVENT GARCÍA *La acción subrogatoria* Madrid 1997. p. 259.

⁸ La STS de 31 de octubre de 1994 (RA 8005), no considera computables a la hora de determinar la insolvencia del deudor los bienes que ya están embargados. En esta línea la STS de 31 de diciembre de 1997 (RA 9412) que señala que «la insolvencia se puede probar con la demostración de que el deudor no tiene bienes libres para pagar o que los que están en su poder se encuentran gravados o afectos a cargas que disminuyen su valor en relación con lo debido».

su no ejercicio puede implicar la total desprotección del acreedor. Ahora bien, en el supuesto de la sentencia que comentamos, esto es admisión de la impugnación rescisoria por considerar carentes de valor a las acciones pertenecientes al deudor y correspondientes a una sociedad bajo suspensión de pagos, se nos presenta la importante cuestión de determinar las consecuencias que se producirían si una vez concedida la acción finalmente la empresa logra superar su difícil situación económica. El problema podría ser grave porque se podrían haber afectado los derechos de un tercero. Esto no debe de ser un obstáculo insalvable puesto que a peores consecuencias puede llevar el no uso de la acción rescisoria, de hecho en el supuesto objeto de nuestro estudio tanto la Audiencia Provincial como el Tribunal Supremo consideraron más adecuado admitir el ejercicio de la impugnación rescisoria.

2. AUTONOMÍA DEL DEUDOR SOLIDARIO Y EJERCICIO DE LA ACCIÓN RESCISORIA

La sentencia que comentamos presenta otra cuestión de gran interés tanto por la complejidad del problema que se plantea como por la solución que se da a dicha problemática. Se trata de determinar si se puede ejercitar la acción rescisoria contra un deudor solidario sin necesidad de actuar previamente contra el resto de los codeudores. La solidaridad implicaría la posibilidad del acreedor de dirigirse indistintamente contra cualquiera de los codeudores y proseguir la ejecución judicial contra él hasta el final, y ello con total independencia del hecho de que mediasen otros codeudores. Sin embargo, el instituto rescisorio en tanto que se nos presenta como subsidiario parece encajar mal en la mecánica de la solidaridad, y parece exigir un agotamiento de los cauces judiciales alternativos antes del ejercicio de la acción rescisoria contra cualquiera de los codeudores solidarios. Por tanto en esta sentencia se resuelve un problema que «prima facie» se nos presenta arduo y difícil.

De los hechos de la sentencia que ya hemos referido resulta que el Banco Bilbao Vizcaya concedió un préstamo a la entidad «M.C., S.A.» siendo fiadores solidarios doña Cesárea C. y don Agustín C. y que impagado dicho préstamo la entidad bancaria demandó a los fiadores solidarios despachándose ejecución de bienes y comprobándose que los bienes embargados habían sido donados a los hijos de los demandados, y que seguidamente se demandó a donantes y donatarios solicitando la rescisión de la enajenación, sin procederse previamente contra el deudor principal. El artículo 1144 CC permite al acreedor dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios, e incluso señala que las reclamaciones entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo. De la lectura de este artículo se deduce que el acreedor tiene un derecho de elección y un «ius variandi». Este «ius variandi» implica que mientras la deuda no resulte cobrada por completo, el acreedor puede dirigirse contra los demás deudores solidarios. Este derecho del acreedor sólo puede verse limitado por el principio de la buena fe y la prohibición del abuso de derecho⁹. Por tanto, en principio parece que en el supuesto que

⁹ Cuestión señalada por CAFFARENA LAPORTA en *La solidaridad de deudores* Madrid 1980. p. 7 quien se opone a la posibilidad del ejercicio de este derecho sin restricción alguna. Caffarena mantiene la opinión de dos autores a los que cita: GARCÍA GOYENA y de PUIG Y FERRIOL en *Régimen jurídico de la solidaridad de deudores* p. 457.

comentamos el acreedor, mientras no tuviese totalmente cobrado su crédito, podía válidamente optar por continuar la ejecución ya iniciada contra el deudor solidario inicialmente demandado o reclamar el crédito a los restantes deudores solidarios. Y ello porque no se aprecia un quebrantamiento del principio de buena fe o un abuso de derecho en la elección de la segunda opción referida, más aún cuando el embargo de bienes había resulta infructuoso.

Una de las medidas que prevé nuestro derecho para la protección del crédito es la acción rescisoria. Parece que el uso de este instrumento es apropiado cuando la ejecución realizada contra un deudor solidario resulta imposible por la previa enajenación del bien que se pretendía embargar. Aquí el único escollo que se presenta deriva de la protección del tercero que prevé nuestro Ordenamiento y que determina el uso subsidiario de la acción rescisoria según se interpreta de la lectura del artículo 1291.3 CC. Se ha afirmado que resulta prudente y adecuado obligar al acreedor a intentar el cobro de otro modo antes de perturbar a un tercero que ha realizado una adquisición válida.

La cuestión que nos planteamos es, si puede justificarse que la protección de un tercero pueda violentar la esencia de la solidaridad. Parece que si dado que el agotamiento de otros recursos legales para conseguir el cobro se nos presenta como un presupuesto de la acción rescisoria. Sin embargo, cabe preguntarse si este presupuesto no decae cuando el tercero que se quiere proteger resulta ser un donatario que por tanto ha adquirido lucrativamente y el deudor principal resulta ser una mercantil bajo suspensión de pagos cuyas acciones pertenecen al ciento por ciento a los donantes demandados.

Desde esta perspectiva cabría afirmar que el artículo 1291.3 CC no implica una carencia de otros recursos legales, sino simplemente la constatación de la carencia de bienes. De esta forma podríamos armonizar los regímenes de la solidaridad y el instituto rescisorio, a la vez de ampliar el campo de acción de la impugnación rescisoria¹⁰. De por sí esta opción sería válida para resolver el complicado problema planteado. En esta línea Robles Latorre¹¹ afirma acertadamente que puesto que el efecto de la rescisión es relativo y tan sólo deja ineficaz la parte del negocio que causa el perjuicio, en aras del principio de conservación de los negocios, la acción rescisoria debería ser prioritaria en su utilización respecto a otros recursos legales que puedan implicar la declaración de ineficacia absoluta del negocio y por tanto, no procedería su utilización subsidiaria. Sin embargo, creemos que, en realidad dicho supuesto no sucede en la vida jurídica por una clara razón. Esto es, que resulta requisito primordial para la viabilidad de la acción rescisoria el que el acto impugnado sea válido. Partiendo de esta premisa, difícilmente podemos pensar en un recurso legal alternativo que suponga su ineficacia absoluta,

¹⁰ El problema que presenta esta opción es superar el escollo que supone el artículo 1294 CC al señalar que la acción de rescisión es subsidiaria. Dicho obstáculo se allana si consideramos que algunos de los preceptos del capítulo V, título II, Libro IV del Código Civil vienen referidos a la rescisión por lesión y otros a la acción rescisoria, cuestión ya señalada por FERNÁNDEZ CAMPOS en *ob. cit.* pp. 82-83. De hecho el antecedente del artículo 1294 CC es el artículo 1170 del Proyecto de García Goyena referido exclusivamente a la rescisión por lesión. La propia redacción del artículo 1294 CC nos remite a la rescisión por lesión al referir los términos «perjudicado» y «reparación» frente a las expresiones «acreedores» y «cobrar» recogidos por el artículo 1291.3 CC al regular la acción rescisoria. Tampoco podríamos apoyar la exigencia de una carencia de otros recursos legales ni en nuestros antecedentes históricos ni en el derecho comparado.

¹¹ ROBLES LATORRE, en «La subsidiariedad en la acción paulina» *ADC* t. LII F. II. abril-julio 1999, pp. 663-704.

puesto que en ningún supuesto habría lugar a una anulabilidad o nulidad del mismo. De hecho los recursos legales alternativos recogidos como dudosamente prioritarios respecto a la acción rescisoria por Robles Latorre no provocan una ineficacia absoluta del acto impugnado, tal es el caso de los supuestos de hecho contemplados por los artículos 1317 CC, 1082 CC y 117 LH, (a parte de su mayor especialización). Por otro lado no debemos olvidar que la norma contenida en el artículo 1291.3 CC se justifica en el respeto que merecen los terceros, que sólo podrán resultar perjudicados cuando no sea viable ningún otro recurso legal para proteger el crédito.

Dado que la aceptación de esta tesis parece lejos de admitirse en nuestro Ordenamiento, creemos oportuno aportar otra solución que de acuerdo con la opinión doctrinal y jurisprudencial dominante permita un cauce de solución a la hipótesis planteada.

La sentencia que comentamos afirma que la lógica implicaba proceder contra los fiadores y no contra «M.C., S.A.» precisamente por su situación de suspensión de pagos, razonamiento que en sí resuelve toda la polémica planteada y explica concisamente la opción adoptada por el Alto Tribunal, que no es otra que la apuntada por la STS de 15 de septiembre de 1997 (RA 6452)¹² en el sentido de que cuando median deudores solidarios, ha de tenerse en cuenta la insolvencia de todos ellos a la hora de conceder la rescisión. Se trata de un ejercicio conservativo de la acción puesto que se demostró en autos que los restantes deudores no tenían bienes perseguibles¹³. Se admite el ejercicio de la acción dado que resulta evidente la inutilidad de proceder contra los restantes codeudores así como porque la conservación del crédito

¹² La STS de 21 de octubre de 1998 (RA 8230), que concede la rescisión señala que: «no hay prueba alguna de que dispusieran de otros medios y aunque concorra con otros deudores solidarios, sucede que la solvencia de éstos no resultó acreditada y de esta manera los bienes trabados no son suficientes en la actualidad para cubrir el crédito reclamado». Si bien en este caso los otros deudores solidarios sí habían sido demandados y ejecutados aunque infructuosamente.

¹³ La STS de 15 de septiembre de 1997 (RA 6452) señaló que mediando fiadores solidarios, debía tenerse en cuenta la insolvencia de todos ellos, de hecho en esta ocasión el Tribunal Supremo consideró que no procedía la rescisión de la enajenación hecha por un deudor solidario, precisamente porque se acreditó en autos que existían bienes ya embargados pendientes de ejecución pertenecientes a los restantes codeudores y que no se había procedido contra ellos. Se trata de una solución que compartimos. Peor opinión nos merecen las SSTs de 16 de junio de 1970 (RA 3114) y de 3 de octubre de 1995 (RA 7178) que destacan el carácter autónomo que asume la obligación solidaria frente al acreedor en el sentido de que le desligaría de vincularse con los restantes obligados solidarios, una vez iniciada la acción contra uno solo de ellos, añadiéndose en la última de las sentencias referidas que en los supuestos de solidaridad sería la solvencia o insolvencia del deudor o fiador contra quien acciona el acreedor, la que debería ser tenida en cuenta. En esta misma línea parece situarse MARTÍN PÉREZ en «Comentario a la STS de 3 de octubre de 1995» *CCJC* núm. 40, 1077, enero/marzo 1996 al indicar que los codeudores solidarios son plenamente responsables igual que si fueran deudores únicos y que dar un alcance absoluto a la subsidiariedad implicaría hacer inaplicable la rescisión en todos los supuestos de pluralidad de deudores mientras fuera posible la solvencia de uno. Nosotros, por las razones expuestas, no compartimos la tesis que defienden las SSTs de 16 de junio de 1970 y 3 de octubre de 1995, no creemos que sea objeto de la acción rescisoria el asegurar el mecanismo de la solidaridad, por ello, creemos que la opción correcta es la aportada por la STS de 15 de septiembre de 1997 en el sentido de que en los supuestos de solidaridad es la solvencia o insolvencia de todos los deudores la que se tiene que tener en cuenta, sin que ello signifique que se haya de proceder previamente contra todos ellos, si no simplemente que es necesario alegar razonadamente la insolvencia de ellos, correspondiendo al demandado demostrar lo erróneo de dicha alegación.

exige evitar el evidente riesgo en que quedaría el acreedor de no concederse la impugnación. Creemos que al acreedor le debería bastar con alegar razonadamente la insolvencia de los restantes deudores solidarios para que, huérfana de probanza en contra dicha alegación, se concediera la rescisión de la enajenación realizada por el deudor solidario inicialmente ejecutado¹⁴. Esta solución permite conciliar el instituto rescisorio con las reglas de la solidaridad, porque quienes niegan la posibilidad de ejercitar la impugnación rescisoria en este supuesto, exigiendo que como paso previo se haga uso de un verdadero beneficio de excusión, parten de una visión errónea del problema. Porque por un lado, en el supuesto de fianza solidaria nunca será exigible el beneficio de excusión, y por otro, de acuerdo con las reglas que rigen hoy la impugnación rescisoria, puede afirmarse que dicha previa excusión tampoco es necesaria dado que no es un requisito exigible, si no en todo caso un medio de prueba no necesario cuando por otros medios puede llegarse a la convicción de que los deudores solidarios aparentemente resultan insolventes, y ya sabemos que es al deudor a quien corresponde destruir esta apariencia. Y al deudor le corresponde destruir esta apariencia de insolvencia no sólo respecto a su propio estado patrimonial si no respecto al de todos los codeudores solidarios cuando resulte notable la insolvencia, – aun relativa, aparente o geográfica–, de éstos dado lo inútil que resultaría proceder contra ellos y por permitirlo el ejercicio conservativo de la acción, que en última instancia no supone si no un medio para la conservación del crédito. Por tanto, no es necesario violentar la naturaleza del instituto rescisorio en el supuesto de solidaridad pasiva, todo lo contrario, los avances aportados por la actividad científica y práctica jurídica han abierto una vía que permite dar cauce a la rescisión en estos supuestos.

¹⁴ Se ha afirmado que en este supuesto la necesidad de probar la insolvencia de todos los acreedores solidarios para ejercer la rescisión frente a uno de ellos, impondría una actividad procesal que excedería el «ius variandi» del artículo 1144 CC que quedaría vacío de contenido en este caso, argumento recogido por GARCÍA VICENTE en «Comentario a la STS de 24 de julio de 1998» en *CCJC*, 1328 núm. 49, enero-marzo 1999. p. 147. Autor que en *ob. cit.* p. 149 añade que media una razón práctica para negar la admisión de la acción rescisoria, esto es que con ella se frustra la eficacia de la fianza solidaria, por imponerse cargas procesales como la de demanda conjunta y la de la eficacia de una excepción de parecido contenido al beneficio de excusión, induciendo una huida hacia las garantías reales, con costes de administración más altos para los deudores y no necesariamente de mayor utilidad para los acreedores.

Nosotros, ante estos argumentos, creemos conveniente destacar que el uso conservativo de la acción permite dirigir la misma contra uno de los deudores sin necesidad de ejecutar previamente a los restantes deudores solidarios, haciendo uso precisamente del medio probatorio que antes hemos señalado, esto es la alegación razonada de que carecen de bienes. Esta alegación sería suficiente para invertir la carga de la prueba, y por tanto correspondería al propio deudor demandado demostrar que los restantes deudores si fueran solventes, porque en todo caso lo que no tendría este deudor sería el beneficio de excusión de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1831.2 CC.

