

La Acción Pauliana (revocación por fraude de acreedores): intento de reconstrucción de la figura y de su papel en el Derecho patrimonial¹

ÁNGEL JUÁREZ TORREJÓN
Profesor Ayudante Doctor
Universidad Carlos III de Madrid

*A mi hija Inés, que me ha descubierto
que el límite del amor está mucho
más allá de lo que jamás hubiera
podido creer*

RESUMEN

El objeto del presente trabajo es abordar uno de los aspectos que conforman la posición jurídica de todo acreedor: poder defenderse ante los actos que su deudor haga en perjuicio de su solvencia (la solvencia del deudor). Históricamente, la conocida como acción pauliana (también denominada acción revocatoria) ha cumplido un papel esencial en este punto, y su enorme importancia, trascendencia e implicaciones tanto entre el deudor y el acreedor, como entre éste y los terceros subadquirentes, aunque no eran ignoradas por el codificador, tampoco tuvieron su reflejo en la regulación, muy insuficiente y sistemáticamente inadecuada como supuesto de rescisión.

El punto de partida del estudio que aquí se presenta no es concebir la acción revocatoria por fraude de acreedores como una categoría de ineficacia de los contratos, sino como un elemento que configura la posición jurídica de todo acreedor. A partir de aquí, se deducen las consecuencias, presupuestos y naturaleza de la acción revocatoria, lo que permite reconstruir el espacio institucional y la lógica de esta figura, difuminada durante el proceso codificador, y para lo que es especialmente útil tomar como referencia al Derecho Romano y al Derecho Castellano.

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto «Hacia una delimitación del derecho de enriquecimiento injusto español» (DER 2013-46185-P), del que son investigadores principales los Profesores Pedro del Olmo (Universidad Carlos III de Madrid) y Xabier Basozabal (Universidad de Navarra).

PALABRAS CLAVE

Rescisión. Revocación. Fraude de acreedores. Acción pauliana. Restitución. Frutos. Protección a terceros. Fe pública registral. Ineficacia contractual. Buena fe. Responsabilidad universal. Subadquirentes.

The «Paulian Action» (Revocation for fraud to creditors). Attempt to reconstruct the figure and its role in the Patrimonial Law

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze one of the aspects that is part of the legal position of any creditor: to be able to defend against the debtor's actions to the detriment of his solvency (the solvency of the debtor). In the legal history, the Actio Pauliana has played an essential role in this point, and the enormous importance and implications of this action, both between the debtor and the creditor, and between the creditor and the third sub-purchasers, although not ignored during the drafting of the Civil Code, not have an adequate regulation, inappropriate as a case of «rescission».

The starting point of this paper is not to understand the Actio Pauliana as a category of ineffectiveness of the contracts, but as an element that configures the legal position of any creditor. From this starting point, the consequences, budgets and nature of the recall action are deduced, which allows reconstructing the institutional space and the logic of this figure, whose limits were blurred during the drafting of the Civil Code. For this purpose, the study of Roman law and Castilian law is especially useful.

KEY WORDS

Rescission. Revocation. Creditor's fraud. Actio pauliana. Restitution. Commodities. Protection to third parties. Public faith of the Property Registry. Contractual inefficacy. Good faith. Universal liability. Sub-purchasers.

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *La ubicación institucional de la acción pauliana. Evolución y problemas.*—III. *Ideas fundamentales previas para un intento de reconstrucción de la acción revocatoria por fraude de acreedores.* 1. La rescisión como categoría jurídica. 2. Lo parcial y lo inadecuado de estudiar la revocación (acción pauliana) como un tipo de rescisión contractual en el Código Civil. Revocación y artículo 1295 del CC. 2.1 Lo parcial. 2.2 Lo inadecuado. 3. La revocación como elemento integrante del *status* jurídico de todo acreedor. 4. Los

subadquirentes, revocación y rescisión.—IV. *Análisis de los problemas particulares de la restitución en la revocación por fraude de acreedores.* 1. Nulidad (y anulabilidad), resolución y rescisión como impedimentos en el iter transmisivo. 2. El sentido de la remisión del artículo 1124 a las reglas restitutorias de la rescisión (artículos 1295 y 1298). 2.1 El sentido que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha dado a la remisión del artículo 1124 a los artículos 1295 y 1298, para interpretar estos últimos. 2.2 Los avatares de la redacción de lo que, a la postre, acabó siendo el vigente artículo 1124-4.º 3. Fraude de acreedores y nulidad por causa ilícita. El artículo 1290 del Código Civil. 3.1 En relación al supuesto de hecho del artículo 1290 CC. 3.2 En relación a las consecuencias jurídicas de la revocación y de la nulidad por causa ilícita. 4. El alcance de los efectos de la revocación pauliana en relación a los frutos que la cosa haya producido. 5. La «indemnización» de los artículos 1295 y 1298 CC. 5.1 Apuntes sobre la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones.—V. *Análisis crítico de la existencia, de lege lata, de los requisitos «animus fraudatoris» y «consilium fraudis» (o «scientia fraudis») para el triunfo de la acción rescisoria por fraude de acreedores.* 1. Marco teórico de la objetivación, respecto del adquirente, de los presupuestos de la acción revocatoria. 2. Crítica de la tradicional distinción entre las enajenaciones a título oneroso y a título gratuito, de cara a exigir o no *scientia fraudis* en el adquirente para que soporte las consecuencias de la rescisión. 3. Las presunciones del artículo 1297 del Código Civil. 4. El ánimo fraudatorio en el deudor enajenante.—VI. *Relación jurídica restitutoria entre el adquirente que soporta la revocación, y el deudor enajenante.*—VII. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

Probablemente la percepción y tratamiento de los problemas centrales de la figura de la rescisión por fraude de acreedores (o de la acción revocatoria, o acción *pauliana*), y que podríamos concentrar a lo que ahora interesa en dos (los requisitos subjetivos-intencionales que deben darse entre las partes del acto rescindible, y las consecuencias y extensión de la rescisión), tiene su origen en un continuo y progresivo desdibujo de la función de esta institución como elemento central de la posición jurídica de todo acreedor por el solo hecho de serlo, y en concreto como el mecanismo que tiene todo acreedor (independientemente de la naturaleza de la fuente del crédito) para evitar que la literalidad de la regla conforme a la cual *todo deudor responde de todas sus deudas con todos sus bienes presente y futuros* (artículo 1911 CC), pueda jugar en su contra.

La figura se desdibuja porque poco a poco cambia su centro de gravedad: ya no importa tanto por qué y bajo qué presupuestos

proteger al acreedor del perjuicio pauliano, sino cuáles deben ser las (serias) razones que deben darse para que un tercero a la relación jurídica obligatoria (adquirente de bienes del deudor) pueda ser inquietado en su adquisición, porque deba considerarse que el acreedor perjudicado por esa adquisición (que provoca la falta de solvencia del deudor) tiene un interés preferente a dicho adquirente. Prueba de ello es el tratamiento sistemático que de la acción rescisoria por fraude se hizo durante el proceso codificador (seguramente condicionado por los trabajos que ya se hicieron en la Legislación hipotecaria que culminaron en la Ley de 1861, en cuyo marco la revocación por fraude sólo importaba en cuanto pudiera afectar a un adquirente): la rescisión por fraude se regula fundamentalmente como un tipo de ineficacia contractual², más que como un elemento integrante de la posición jurídica de todo acreedor, es decir, de lo que podríamos llamar «*status* jurídico de acreedor».

Esto explica que al estudiar la revocación, y al aplicar nuestra jurisprudencia esta figura, las preocupaciones hayan sido, más que señalar cuándo el acreedor debe ser protegido, cuándo el adquirente de un bien del deudor *merece* soportar las consecuencias de la rescisión, es decir, cuándo su adquisición *merece* ser sacrificada para proteger al acreedor. La consecuencia de esto fue llevar al terreno de la culpabilidad o del dolo (en definitiva, el *reproche subjetivo: animus fraudandi / consilium fraudis*) la ponderación del conflicto de intereses presente.

II. LA UBICACIÓN INSTITUCIONAL DE LA ACCIÓN PAULIANA. EVOLUCIÓN Y PROBLEMAS

Un problema que se plantea al abordar el estudio de la acción revocatoria por fraude de acreedores, es el sedimento conceptual que se ha ido produciendo durante su evolución. El desarrollo de la acción revocatoria se ha producido con herramientas heredadas de estadios histórico-jurídicos anteriores, y eso supone una dificultad añadida para comprender el alcance de los términos que suelen manejarse al enunciar hoy los elementos constitutivos de esta acción. Esto justifica la necesidad de esbozar la evolución de la acción revocatoria, lo que ayudará a comprender el porqué de la terminología aún empleada en nuestra jurisprudencia.

² También en el Proyecto de Código de 1851, aun cuando en este Proyecto se preveía una regulación sistemática y diferenciada de la rescisión por fraude respecto del resto de causas de rescisión contractual.

Esquemáticamente, la evolución de esta figura, desde el Derecho Romano hasta hoy (incluyendo las propuestas regulativas más modernas entre nosotros), ha supuesto tres etapas distintas:

a) Una primera, correspondiente al Derecho Romano, en el que el hecho constitutivo de la pretensión gira en torno a la idea del empobrecimiento del deudor, considerando aisladamente dicho empobrecimiento, esto es, al margen de que se produzca como consecuencia de un *negocio jurídico* dispositivo³.

En esta primera fase, la acción pauliana es una subespecie de acción de responsabilidad personal⁴ que tiene, como demandado «necesario», al deudor⁵; y junto a él, a todo aquel que pueda considerarse *coautor* o *copartícipe* en el hecho «ilícito»⁶ del empobrecimiento⁷. A la inversa: si el adquirente (que en su caso haya)

³ Se consideraban susceptibles de revocación por fraude actos como el no usar las servidumbres, o el abandono de los propios bienes (cfr. los pasajes de PAULO y de GAYO recogidos en D. 42.8, 4 y 5).

⁴ De «especie de cuasi delito» lo calificaba ROCA SASTRE («La acción pauliana y el artículo 37 de la Ley Hipotecaria», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 127, 1935, 510). Véase también la referencia a este enfoque en CASTRO, Federico del «La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los artículos 1.911 y 1.111 del Código Civil», *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto, 1932, 202-203.

⁵ Pero siendo la acción revocatoria una subespecie de acción de responsabilidad personal, parece que se exigía también culpa en el deudor mismo. Así, GÓMEZ DE LA SERNA explicaba que «si el deudor que se cree más rico de lo que es en realidad, disminuir sus bienes cuando ya son insuficientes para satisfacer a sus acreedores, no habrá lugar a entablar ninguna de las acciones referidas» [se refería tanto a las acciones de D. 42.8 como de la Instituta 4.6.6. Ver su *Curso histórico-exegético del Derecho Romano comparado con el español*. Madrid, 1869, t. II, 562].

⁶ El título I, Libro IV, de la Instituta justiniana es muy ilustrativo: «Habiendo hablado ya en el Libro anterior de las obligaciones nacidas de contrato y como de contrato, viene ahora el tratar de las obligaciones que hacen de delito». Y en el mismo libro y título, en § 2, la idea queda explicitada: «El término hurto (*furtum*) deriva de «*furvum*», es decir, negro, ya que este delito se comente clandestinamente y en la oscuridad, frecuentemente de noche; o de fraude (*fraus*) o de llevar (*ferre*), en el sentido de quitar (*aufferre*)...» (traducción de Francisco Hernández-Tejero Jorge)

⁷ No vamos a entrar ahora en la cuestión, planteada en la doctrina romanista y que resulta muy interesante, del origen de la acción revocatoria. En este trabajo vamos a partir de la idea, comúnmente aceptada, conforme a la que en D. 42.8 se compila, como una sola acción, lo que en Derecho clásico eran dos remedios de distinta naturaleza (la *in integrum restitutio*, y el interdicto fraudatorio), unificación que vendría confirmada por la Instituta justiniana (Libro IV, Título VI, § 6). Me remito a los interesantes trabajos de Kipp, Theodor, «Impugnación de los actos “in fraudem creditorum”», en Derecho romano y en el moderno Derecho alemán, con referencia al Derecho español», *Revista de Derecho Privado*, núm. 124, 1924, 1 y ss.; y a D'ORS, Xabier. *El interdicto fraudatorio en el Derecho Romano clásico*. Roma-Madrid: C. S. I. C., 1974.

En todo caso, la aplicación de los conceptos de *scientia-consilium fraudis*, traducidas al contexto concursal implica ajustes interpretativos exigidos por la propia situación. Ejemplo de ello es, por ejemplo, el contenido de la *scientia fraudis* en el contexto concursal propuesto por Xabier D'ORS: «*fraus* equivale a daño o perjuicio, y así, la *scientia fraudis* consistirá en el conocimiento del perjuicio que, con el acto que realiza, se puede ocasionar a los acreedores. ¿Cómo se puede conocer si el acto que se realiza va a ocasionar tal perjuicio? Excluyendo que se exija conocer el *eventus damni* que (...) no se hace patente hasta la *bonorum venditio*, hemos de pensar en ese otro concepto de insolventia relativa, es decir, la iliquidez pecuniaria del deudor. Entonces, al conocer el adquirente la insolven-

no puede considerarse copartícipe del acto fraudulento⁸, no puede ser demandado⁹. Excepcionalmente, se admitía la eficacia revocatoria *frente al donatario* del deudor aun cuando no pudiera probarse su dolo o connivencia con el deudor donante: si se probaba, quedaba expuesto a la revocación normalmente; pero si no se probaba, la revocación sólo se extendía al enriquecimiento obtenido por el donatario¹⁰. Ahora bien: siendo la idea subyacente, a la posibilidad de extender la consecuencia revocatoria al adquirente a título lucrativo, que el lucro debe sacrificarse para evitar un daño, y ello prescindiendo de cualquier consideración subjetiva (esto es, aun siendo el adquirente *inscius fraudis*), cualquier subadquirente a título lucrativo estaba expuesto a la consecuencia revocatoria, aun cuando este adquirente a título lucrativo hubiese recibido de alguien que no quede expuesto a la consecuencia revocatoria (por ejemplo: el donante fue a su vez comprador *inscius fraudis*)¹¹.

b) En una segunda etapa, que abarca la evolución de la figura en el Derecho castellano hasta la redacción del Código Civil, la revocación por fraude se va abriendo camino como categoría de ineficacia negocial. Desde este nuevo enfoque, la afectación de la

cia pecuniaria del deudor, es consciente también de que se arriesga, si se da la insolvencia patrimonial, a ser demandado con el interdicto fraudatorio» (*El interdicto fraudatorio*, *op. cit.*, 146-147).

⁸ A la participación o coautoría se equipara en D. 42.8.10, § 3 un supuesto que podríamos calificar de culpa grave: «Si alguno ciertamente no fue partícipe del fraude, pero al vender el deudor fue reconvenido ante testigos por los acreedores para que no comprase, ¿estará sujeto a la acción (...) si comprare?». Se concluye: «debe estar sujeto; porque no está exento de fraude el que persevera habiendo sido reconvenido ante testigos».

⁹ Esta idea se ve clara en D. 42.8.6, § 8; y D. 42.8.9 y 10.

– D. 42.8.6, § 8: «Este edicto castiga al que, sabiendo que uno hacía esto en fraude de los acreedores, aceptó lo que se hacía en fraude de los acreedores; porque si se hubiera hecho algo en fraude de los acreedores, si, no obstante, lo ignoró el que recibió, parece que dejan de tener aplicación las palabras del Edicto».

– D. 42.8.9: «... no está obligado el comprador de buena fe, porque el dolo debe perjudicarle únicamente al que lo cometió, así como dijimos que no está él obligado, si ignorándolo la hubiese comprado del mismo deudor; mas el que compró con dolo malo, pero vendió al que compró de buena fe, estará obligado por todo el precio de la cosa que recibió».

– D. 42.8.10: «Lo que Lucio Ticio hizo para defraudar, sabiéndolo tú, en los bienes de que se trata, lo restituirás a ellos, si por el motivo de que se trata debe competerle la acreedor, o tener éste, acción en virtud de mi Edicto (...). Qué significa en este contexto el elemento cognitivo («sabiéndolo tú»), es explicado en § 2: «a sabiendas» es sinónimo de «sabiéndolo tú y participando del fraude; porque si simplemente sé que uno tiene acreedores, esto no basta para sostener que alguien se obliga por la acción *in factum*, sino si es partícipe del fraude».

¹⁰ En la base de esta extensión subyace la idea de que de esta forma «lucrum extorqueatur, non damnus infligatur».

¹¹ Como ha señalado Xabier D'Ors, «el subadquirente *inscius* no puede ser demandado, lo mismo que no lo son los adquirentes inmediatos desconocedores del fraude. Ahora bien, dado que éstos sí pueden serlo cuando reciben a título lucrativo o, en todo caso, previa *causa cognitio*, debemos admitir que también lo serán del mismo modo los subadquirentes» (*op. cit.*, 164).

consecuencia revocatoria al adquirente y subadquirentes, deja de apoyarse sobre la idea de su coautoría o participación en el fraude, e implícitamente pasa a sustentarse sobre la idea de la (*in*)*oponibilidad* de la causa revocatoria a tal adquirente o subadquirente, para lo cual no es necesario el dolo o culpa grave en estos (esto es, su participación en el fraude). Basta comparar lo dispuesto en D. 42.8.10, § 2, con lo explicado por Hevia Bolaños en la *Curia Filípica*, t. II, libro 2, cap. 13, § 17: «aunque es vifto fer en fraude, el deudor que fabe que tiene acreedores, y que fus bienes no fon suficientes para pagarlos, y los enagena, fegun vn texto, Bartulo no es suficiente para fer partcipe de fraude el comprador de ellos, que fepa tener el vendedor acreedores, fino es que tambien fepa, que fus bienes no fon suficientes para pagarlos». Se ve que no es necesario, pues, participación en el fraude para ser sujeto de la consecuencia revocatoria: basta con conocer el efecto dañoso a los acreedores, aunque no pueda afirmarse que se es partícipe. Claramente también, la glosa gregoriana a la ley VIII, Título XV, Partida V: la revocación afecta al adquirente del deudor «*licet non constet aliter de participatione fraudis*», generalizando lo que en D. 42.8.10, § 3 se preveía como un supuesto muy excepcional.

Pero el estudio de la figura se enturbia, al seguir empleándose, a pesar del cambio de óptica, las mismas herramientas terminológicas que las empleadas en el Derecho Romano (*consilium fraudis*, *scientia fraudis*, *eventus damni*), que ya no tienen la misma función. De ahí que el desarrollo de la acción revocatoria sea paralelo al desarrollo de un sistema de presunciones que, manejando formalmente las ideas de *consilium fraudis* y *scientia fraudis*, sirven para enunciar cuándo la causa de revocación es *oponible* o no al adquirente y los subadquirentes¹². La cuestión se ve muy clara en el tratamiento que de las consecuencias de la revocación hizo la Ley Hipotecaria de 1861¹³: este texto fue el que primeramente trató de esta cuestión en los artículos 36 a 41, y el vigente artículo 37 sigue manteniendo la misma idea de base: la protección del subadquirente no depende de que reúna los requisitos del artículo 34 LH, sino de que no haya ninguna razón para que le resulte

¹² «En los cafos que fe prefume fraude en la enagenacion delos bienes, no es necesario mas prueua del, porque por la prefumpcion que dello refulta fe prefume afsi en el dante, como en el recipiente de la cofa enagenada, por lo qual no es necesario prouar el fraude de la que fe haze por titulo lucratiuo de donación o legado en el dante, ni la fcienca del en el recipiente para reuocarla; pues fe prefume el fraude, como al contrario fe deue prouar el fraude no folo en el dante, fino tambien la fcienca del en el recipiente». Extraído de Hevia BOLAÑOS, *Labyrintho de comercio terrestres y naval, donde breve y compendiosamente se trata de la Mercancia y Contratacion de tierra y mar*. ... Lima, 1617, p. 515 (libro segundo, Capítulo 13, § 16).

¹³ Que en sentido amplio, puede considerarse parte del proceso codificador civil.

oponible el supuesto de hecho revocatorio, siendo de buena fe. El problema se desplaza así a una cuestión de (*in*)oponibilidad de la causa de rescisión: el papel del legislador no es determinar cuándo se puede considerar copartícipe al subadquirente, sino trazar los supuestos en que la causa de rescisión le ha de ser oponible. Sólo en este sentido se puede comprender que la adquisición onerosa de mala fe y la adquisición a título lucrativo de buena fe quedan equiparadas; y sólo en este sentido se puede también comprender la equiparación contenida en el artículo 1297 CC¹⁴, en el que, como veremos, lo que se *presume* es la *scientia fraudis* en el adquirente, lo que sólo tiene explicación como un intento de adaptar los elementos romanos de la acción revocatoria a la nueva lógica de la misma, empleando para ello un artificial expediente presuntivo¹⁵ que, al menos *de lege lata*, conduce en ocasiones a soluciones indeseables¹⁶.

En relación a la posibilidad de que los subadquirentes queden afectados por la revocación, los términos también cambian en contraste con la solución romana. Explicar la extensión de la consecuencia revocatoria en términos de coautoría o participación (concepto romano), conduce a que todo aquel que integre el supuesto de hecho fraudatorio debe soportar la revocación, y a la inversa: el que no, no debe soportarla, aunque haya adquirido de quién sí habría de soportarla.

En cambio, explicar la extensión de estos efectos en términos de oponibilidad, hace que sólo aquellos subadquirentes que integren el supuesto de hecho de inoponibilidad de la revocación, queden a salvo de la consecuencia revocatoria que sí deban soportar

¹⁴ «Se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito.

También se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso, hechas por aquellas personas contra las cuales se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes».

¹⁵ De ahí que PUIG BRUTAU haya concluido que «tal vez sería preferible afirmar, pura y simplemente, esto es, al margen de toda presunción real o ficticia, que un deudor no puede sustraer bienes a la acción de sus acreedores a base de enajenarlos a título gratuito». Y más abajo, ante la alternativa de entender que la presunción del art. 1297 sea *iuris tantum* o *iuris et de iure*, concluye que «la solución no es muy satisfactoria y, en todo caso, la tendencia moderna señala la conveniencia de considerar rescindibles las enajenaciones a título gratuito». Fundamentos del Derecho Civil, II. Vol. 1.º, *Doctrina general del contrato*, Barcelona, 1954, 347-348.

Más modernamente, JEREZ DELGADO, Carmen, «La restitución de los enriquecimientos causados por el deudor en patrimonio del tercero: una ampliación del marco de la reintegración de la masa activa del concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 28, enero-abril, 2013, § 6.

¹⁶ Así lo ha puesto de relieve, por todos, JEREZ DELGADO, cuando apunta que «no sería justo exigirle al donatario de buena fe una indemnización por el valor de la cosa si ésta se hubiera perdido o no fuera posible restituirla» («Elementos para la construcción del régimen jurídico del fraude de acreedores», *Estudios jurídicos en homenaje a José María Miquel* (coord. Luis Díez-Picazo), Pamplona, 2014. Vol. I, 1666).

los titulares anteriores en la cadena transmisiva. No es necesario que hayan participado en el hecho fraudulento, ni siquiera lo hayan conocido: basta con que no hayan integrado el supuesto de hecho normativo que conlleve para ellos la inoponibilidad de la revocación, para que su adquisición quede afectada por repercusión del eslabón anterior en la cadena transmisiva¹⁷. Pero basta con que a un subadquirente no le sea oponible la revocación, para que queden a salvo de ella los adquirentes posteriores, *salvo que sean realmente coautores*. La diferencia con el sistema romano es, pues, clara.

c) Lo que podríamos llamar último paso en la evolución de la acción revocatoria por fraude de acreedores, es concebirla como un elemento más integrante de la posición jurídica de todo acreedor, un remedio *concreto* ante una lesión *concreta* de su interés como tal acreedor¹⁸. No se trata tanto de volver a la originaria lógica del Derecho Romano (en el que el acento de ponía en la conducta del deudor y de los adquirentes y subadquirentes, como *responsables* del perjuicio causado al acreedor), sino de poner el acento en la lesión del interés del acreedor, y a partir de ahí, construir los presupuestos de la acción revocatoria en términos de ponderación de los intereses en conflicto, en buena medida prescindiendo de los tradicionales requisitos de la *scientia fraudis* o *consilium fraudis*, y sustituyéndolos por los de buena y mala fe, que no son ya presupuestos del éxito de la acción revocatoria, sino un factor a tener en cuenta para atemperar o no la posición jurídica del demandado¹⁹. En este modelo, el sistema de presunciones ya

¹⁷ El entender la revocación por fraude como un supuesto de ineficacia negocial, permite introducir en el tratamiento de la cuestión la aptitud del negocio revocado como título adquisitivo, tanto para el adquirente del deudor (de forma directa), como para los subadquirentes posteriores (por repercusión). Esta cuestión se explicita, curiosamente, no en sede de revocación, sino en sede de resolución por incumplimiento (art. 1124-3.º CC).

¹⁸ En este sentido, merece citarse la sistemática empleada por ZIMMERMANN, el cual, entre los remedios para la tutela del derecho de crédito, junto a las acciones de cumplimiento y los remedios resarcitorios, menciona también, como remedio conservativo la acción revocatoria o pauliana como un elemento más del *status* jurídico de acreedor. Véase su *Derecho de obligaciones. Estudios*, Perú, Legales ediciones, 2012, 23 (traducción de Antoni Vaquer Aloy).

¹⁹ El esfuerzo por sistematizar este punto de vista es novedoso; pero en realidad, la idea como tal no lo es. En este sentido, resulta ilustrativo un temprano trabajo de ADMETLLA Y BALSELLS, del que conviene transcribir el siguiente fragmento: «¿La ley que obliga a respetar en poder del comprador la cosa vendida en fraude, por el mero hecho de ignorarlo éste, es racional, es lógica y es justa?» (...) «¿Debe ser eficaz la venta onerosa hecha en fraude de acreedores, porque el comprador no tuvo ni conocimiento del dolo, ni se propuso lucrar con la misma? (...). Los derechos adquiridos por una persona han de estar salvos en todo caso de los actos que los demás realicen, máxima cuando por uno u otro de los extraños se trata de defraudarlos, ya que para ella todo cuanto aquéllos pueden ejecutar es *res inter alios acta*. La propiedad plena, no condicionada, y con ella el derecho, se adquiere ó se pierde en virtud de un hecho (...) independiente de la voluntad del poseedor (...) [L]o que á primera intuición parece y es absurdo, no lo

no tiene por objeto facilitar o establecer la prueba de la *scientia fraudis* o el *consilium fraudis*, innecesarias, sino esa buena o mala fe. Se consigue así un sistema revocatorio *objetivado*.

A este modelo responde la *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos*, elaborado por la Comisión General de Codificación (2009), y el régimen de reintegración previsto en los artículos 71 y siguientes de la Ley Concursal.

En la *Propuesta de Modernización*, la figura se regula como tipo de ineficacia contractual y en este sentido continúa la sistemática del Código Civil, pero materialmente concibe la acción como un aspecto de la posición jurídica de todo acreedor. El centro en torno al que gira la regulación es la idea de *perjuicio* del acreedor, concretado en la despatrimonialización del deudor, y este hecho es suficiente para justificar la rescisión del acto causante del empobrecimiento, sin atender a la buena o mala fe del tercero adquirente. Como consecuencia de ello, el expediente presuntivo del fraude acaba relegado a supuestos muy concretos, y en todo caso, no parece que tales presunciones sirvan para identificar el *consilium fraudis* o la *scientia fraudis*, ya innecesario, sino para presumir la mala fe del adquirente como circunstancia *que agrava* la posición jurídica del adquirente en el marco de una acción por hipótesis ya posible. Como veremos, esto supone una importante diferencia con respecto a la regulación del Código Civil (art. 1297).

Por otro lado, la Propuesta de la Comisión recupera la responsabilidad del adquirente de buena fe limitada a la medida del enriquecimiento para el caso en que la cosa ya no esté en su poder, aunque se trate del adquirente inmediato del deudor²⁰.

vemos así cuando de la venta en fraude de acreedores se trata; á pesar de que en el fondo y realidad de las cosas, la misma razón existe para apreciar de igual modo uno y otro caso. El acreedor (...) es el poseedor indiscutible de un derecho, el deudor y el adquirente los terceros, que sin consultar la voluntad del primero, antes al contrario, usando, á lo menos el deudor, en la mayoría de los casos, de mil amaños para ocultarle sus torcidos planes, pretenden destruirselo, y por permisión de las leyes que estoy criticando, en efecto, se lo destruyen y anulan». Y añade a continuación: «¿Qué importa, civilmente hablando, que el comprador sepa ó no el fraude que se intenta conseguir de la venta, y que tenga ó no tenga intención de lucrarse con los efectos de la misma?». Extraído de ADMETLLA Y BALSELLS, J., «Enajenación en fraude de acreedores», *Revista Jurídica de Cataluña*. Tomo tercero, 1897, 632 y ss.

²⁰ Con todo, el tratamiento del enriquecimiento como medida de la consecuencia revocatoria al adquirente o subadquirente de buena fe, plantea dudas en relación al momento en que medir ese enriquecimiento; porque parece que la regulación de la *Propuesta* considera para ello momentos distintos según el supuesto concreto.

En D. 42.8.6, 11, se recoge la opinión de ULPIANO conforme a la cual, los donatarios de buena fe están expuestos a dar «todo aquello en que se hicieron más ricos, y no por más». La norma es oscura, puesto que no identifica cuáles puedan ser las causas del enriquecimiento. Tales pueden ser la obtención de frutos, o la venta y obtención de precio; pero también podría ser la misma obtención de la cosa por la donación, en cuyo caso el enriquecimiento viene calculado por el valor de la cosa misma. En este caso, si el donatario de buena fe no puede devolver la cosa porque se perdió, decir que responde por el enriqueci-

Finalmente, en relación a la posición jurídica de los subadquirientes, este nuevo modelo es compatible con el actual, articulado sobre la (in)oponibilidad de la revocación a aquéllos. En otras palabras: no sólo la hipotética aprobación de esta *Propuesta* no exige una modificación del artículo 37 LH, sino que tampoco hay razón que lo aconsejara, pues sigue ofreciendo una ponderación adecuada a los intereses implicados²¹.

III. IDEAS FUNDAMENTALES PREVIAS PARA UN INTENTO DE RECONSTRUCCIÓN DE LA ACCIÓN REVOCATORIA POR FRAUDE DE ACREEDORES

Un intento de reconstrucción de la acción revocatoria o pauliana, pasa por detenerse en tres ideas fundamentales:

- a) El verdadero sentido de la rescisión como categoría jurídica.
- b) Directamente relacionado con lo anterior, lo parcial y lo inadecuado de estudiar la revocación (acción pauliana) como un tipo de rescisión contractual.
- c) La reubicación de la revocación como elemento integrante de la posición jurídica de todo acreedor, independientemente de la fuente de su derecho de crédito, e independientemente de que el menoscabo patrimonial tenga o no origen contractual inmediato.

miento, y ubicar el enriquecimiento en la donación misma, es hacerle al donatario un flaco favor en el contexto de una norma que parece prevista en su favor.

En el Derecho de Partidas, la cuestión es más oscura si cabe. En la Ley VIII, Título XV, Partida V, al referirse al supuesto en que el adquirente del deudor fraudador es un huérfano, se prevé que éste no será obligado a restituir si a su vez no le restituyen lo que él había pagado: y es en este punto en el que Gregorio LÓPEZ explica que, «así pues, [el huérfano] tan sólo quedará obligado en cuanto se haya hecho más rico». En otras palabras: el enriquecimiento se localiza (y por ello se calcula) en el momento de la adquisición misma de la cosa donada.

La cuestión me parece que no queda resuelta en la *Propuesta*, a pesar de sus claras intenciones. En su artículo 1314 se prevé que el adquirente de buena fe «responderá del perjuicio causado sólo en cuanto se haya enriquecido»; como norma que se dicta en beneficio del adquirente de buena fe, resultaría inverosímil que si el donatario pierde la cosa, deba responder por su enriquecimiento calculado en el momento de adquirir el bien donado. Sin embargo, en el art. 1310.2, al contemplar el supuesto de enajenación onerosa en la que, «en detrimento del patrimonio del deudor, haya un notable y manifiesto desequilibrio entre el valor de las prestaciones», se prevé como consecuencia que «serán tenidas por gratuitas en la medida del enriquecimiento del otro contratante»: es decir, la diferencia entre el precio pagado y el valor de la cosa es la medida del *enriquecimiento* aun cuando este adquirente pudiera ser de buena fe.

Para evitar problemas interpretativos, pudiera ser una alternativa referirse, de forma paralela a como se pronuncia el art. 1304 CC: enriquecimiento *con la cosa* o *con el precio recibido por ella*.

²¹ Para mayor detalle sobre estas cuestiones, *vid. infra* III.4.

1. LA RESCISIÓN COMO CATEGORÍA JURÍDICA

La rescisión negocial como categoría jurídica, es la única que se refiere exclusivamente a la (in)eficacia del negocio en sentido estricto, esto es, al fin empírico pretendido por las partes; lo que Scognamiglio llamaba «eficacia final» del negocio.

En opinión de Scognamiglio, el mero hecho de que el negocio jurídico haya surgido para el Ordenamiento, es ya un *efecto*: el negocio es un efecto en sí mismo, que es a su vez antecedente de los efectos empíricos *pretendidos* por las partes (eficacia «final» del negocio)²². Que el negocio exista como fenómeno jurídico, depende de que se haya realizado el supuesto de hecho al que el Ordenamiento anuda como consecuencia el surgimiento del negocio, de modo que la no realización de ese supuesto, o su realización *imperfecta*, determina la *no existencia* del negocio, o su *invalidéz*. Las categorías de inexistencia, nulidad y de anulabilidad del contrato son las que responden a esta idea. Por ello, afirmar que las categorías de inexistencia, nulidad y anulabilidad son categorías de ineficacia de los negocios, no deja de ser correcto; pero tampoco añade realmente nada a lo que ya implica su eliminación, o su no consideración, como fenómeno jurídico, y por tanto, su negación como potencial fuente de eficacia²³.

Por otro lado, la *ineficacia* propiamente dicha *presupone* la *existencia* del negocio como fenómeno jurídico, y se refiere exclusivamente a la finalidad empírica pretendida por las partes, es decir, a la eficacia «final» del mismo²⁴; dicha eficacia final queda eliminada como mecanismo de tutela de unos intereses previamente

²² En opinión de SCOGNAMIGLIO, «puede hablarse (...) de una doble eficacia del negocio, o mejor aún, de un doble significado en el cual es asumida la expresión (...). [H]ay que separar, por un lado, el efecto que coincide en el plano dinámico con la existencia del negocio, el cual, al ser válido para identificar dicha figura, puede llamarse “negocial” (en sentido estricto); y por otro lado, los efectos que corresponde a las disposiciones de las partes, los cuales, al permitir realizar en el plano del derecho la función práctica del negocio, pueden llamarse “finales”» (*Contribución a la teoría del negocio jurídico*, Lima, 2004, § 113).

²³ Como señaló el citado autor, «con la realización del negocio jurídico se produce (...) una modificación en el mundo del derecho, y por lo tanto, un efecto que, a primera vista, puede identificarse como sigue: la existencia, ni más ni menos, del negocio jurídico, que antes no estaba presente (y he aquí la modificación de la relación jurídica) (...). [E]l efecto que deriva inmediatamente y necesariamente del negocio no es el efecto final (que puede producirse o estar ausente), sino, a primera vista, el que acabamos de ver, es decir, la existencia misma del negocio, entendido como situación efectual, la cual, según la relación de causalidad, es sin duda consecuencia de él» (*Contribución a la teoría del negocio jurídico*, § 114).

²⁴ De nuevo siguiendo al referido autor italiano, «la ineficacia (...) sólo ataca los efectos finales. De hecho, tales efectos constituyen una materia autónoma en materia de negocio, cuya relevancia ellos suponen: (...) corresponden al momento funcional del negocio, y realizan, justamente, las finalidades de los particulares. Así se explica por qué la ineficacia constituye (...) una noción autónoma, consistente en la falta de realización (...) de la función del negocio jurídico (porque no se producen los efectos finales)» (*op. cit.*, § 165).

tipificados que justifican esa solución. A este esquema responde la institución de la *rescisión*.

Los problemas de delimitación con la rescisión se plantean en un doble orden de ideas: en primer lugar, y en un sentido más general, porque los requisitos constitutivos del negocio jurídico no dejan de ser «convencionalismo jurídico» (de manera que la distinción entre nulidad y rescindibilidad depende de una opción legislativa)²⁵ ²⁶. Y en segundo lugar, y en un sentido más concreto, desde el momento en que la nulidad se pone al servicio de una sola de las partes, en consideración a sus intereses, legitimándola sólo a ella para decidir acerca de la *validez misma del negocio jurídico* –la nulidad relativa o anulabilidad–, en un plazo de tiempo concreto –plazo de caducidad– y permitiéndole sólo a ella la *convalidación* del negocio. A efectos prácticos, esta idea se acerca mucho a la rescisión, pues en ésta hay igualmente posibilidad de convalidación, sometimiento de la acción a un plazo, y legitimación exclusivamente para ello sólo en favor del titular del interés perjudicado.

Sin embargo, hay importantes diferencias, que impiden estudiar conjuntamente los efectos de la nulidad / anulabilidad, por un lado, y de la rescisión, por otro: la nulidad / anulabilidad atacan a la validez del negocio, y niegan su realidad en el mundo jurídico; la rescisión, por el contrario, no niega el contrato como realidad, sino su eficacia, para salvaguardar los intereses que justifican la rescisión. De aquí se derivan las consecuencias prácticas de una y otra categoría, respecto a las prestaciones hasta ese momento realizadas, e incluso de las aún no cumplidas: la nulidad / anulabilidad niega el título causalmente justificativo de las prestaciones realizadas²⁷, de

²⁵ Así, como señalara Díez-PICAZO recogiendo la doctrina de DE CASTRO, en relación a la rescisión por lesión, «no puede dudarse de la existencia de una tara objetiva en los contratos rescindibles, pues el contrato celebrado con lesión *ultra dimidium* no ofrece la nota de reciprocidad de intereses propios del contrato oneroso» (DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. I, *Introducción. Teoría del contrato*. Madrid, 2007, 616).

Esta idea la confirma, tal vez, una disposición como la prevista en el art. 4:105 PECL, difícilmente justificable desde los esquemas conceptuales del Código Civil español.

²⁶ Como señalaron Álvaro D'ORS («Varia romana», *Anuario de Historia del Derecho*, t. XX, 1950) y PUIG BRUTAU, la categoría de la rescisión supone, en términos de política legislativa, la generalización de lo que tuvo un origen casuístico y heterogéneo; en frase muy ilustrativa de D'ORS, «la doctrina del Derecho Común simplificó demasiado las cosas al huir del casuismo para caer en el “regulismo”» (*op. cit.*, 778). Hasta el punto que, seguramente, la rescisión, como categoría jurídica, permite ser contemplada desde un punto de vista «negativo», como señaló PUIG BRUTAU, «[l]a rescisión presupone un contrato válidamente celebrado, o como tal vez sería preferible decir, en términos de mayor realismo, presupone que el contrato es inatacable a base de las causas agrupadas bajo los conceptos de nulidad y anulabilidad» (*op. cit.*, 341).

²⁷ Por todos, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER: «una vez anulado el negocio en méritos de la impugnación competente a una de las partes, aquél se considera nulo o inexistente» (Notas a ENNECCERUS, *Tratado de Derecho Civil. Parte general*. Vol. 2.º, 2.º parte. Barcelona, 1981, 764).

modo que es perfectamente lógica la idea de *retornar* al estado anterior (con la excepción de lo previsto en los artículos 1305 y 1306), y además la inexigibilidad de las prestaciones aún no cumplidas (aun en los casos de los artículos 1305 y 1306). En cambio, en el supuesto de rescisión, no se niega el negocio como *título justificativo-atributivo* de las prestaciones (en su caso, título-*causa* remota de la adquisición del dominio), ni se niega, por el solo hecho de que el negocio sea rescindible, que las prestaciones aún no ejecutadas puedan seguir siendo exigidas por su acreedor (el negocio sigue siendo fuente de derechos y obligaciones); lo único que sucede es que el conflicto que existe entre el interés que no está típicamente salvaguardado por las normas reguladoras de la génesis contractual (constitutiva del contrato)²⁸, por un lado, y el interés que las partes puedan tener en que el contrato despliegue la totalidad de lo que antes hemos llamado «eficacia final» del contrato, se dirime en favor del primer interés, con sacrificio de lo segundo. Pero la rescisión no ataca el título-negocio de manera directa, negando sus elementos constitutivos, sino sólo indirectamente, en lo que podríamos llamar gráficamente en un viaje de «ida y vuelta»: el negocio es genéticamente válido y perfecto; ello *a priori* permite su eficacia; su eficacia supone un conflicto con otros intereses dignos de protección; y es por ello por lo que se permite el viaje *de vuelta* para atacar al título-negocio, *rescindiéndolo*.

Se explica así, que la intensidad de la ineficacia que implica la rescisión, sólo está justificada en la medida necesaria para la salvaguarda del interés en cuestión, y no más. De ahí que se admita sin dificultades la posibilidad de evitar las consecuencias rescisorias, si el demandado paga o compensa por el perjuicio sufrido²⁹.

Por cercanas que puedan parecer anulabilidad y rescisión, ambas funcionan «al revés» en cuanto a la justificación del efecto restitutorio: la causa de la anulación deja inoperante al título que se pretendía justificativo de las prestaciones ejecutadas o por ejecutar: aquí la restitución es, pues, una *consecuencia* de la anulación. Sin embargo, la rescisión como categoría es una figura, tal vez excesivamente, simplificadora (o simplificada) en la que se difumina el orden causa-consecuencia: un concreto resultado es indeseable por

²⁸ Así, el hecho de que una cosa sea «litigiosa» no la convierte en un objeto ilícito o en una *res extracommercium* a efectos del art. 1271; ni el hecho de que el representante del menor o del ausente haya celebrado por cuenta de estos un contrato que les suponga un perjuicio superior a la cuarta parte del valor, no supone causa ilícita.

²⁹ En la doctrina, véase, por todos, CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, III, *Derecho de obligaciones*. Madrid, 1978, 287. Como antecedente legislativo, véase el artículo 1171 del Proyecto de Código Civil de 1851.

el Ordenamiento jurídico, y este resultado como tal (tenga origen contractual o no), en sí mismo, es lo que el Ordenamiento pretende evitar. La *restitución* típica de la *rescisión contractual* no es la consecuencia de la rescisión del contrato, sino su causa: una vez operada la restitución, que es el mecanismo legalmente tipificado (aunque no exclusivo) para deshacer el perjuicio indeseado por el Derecho, el contrato (causa justificativa de esas prestaciones) se *rescinde*, porque ya no ofrece ninguna utilidad *a partir de ese momento*³⁰.

Identificar la consecuencia (inmediata) restitutoria como mecanismo de protección de los intereses del sujeto protegido, por un lado, con la destrucción del contrato origen de las prestaciones que hay que restituir, por otra, es un mecanismo simplificador que aproxima a la categoría de la rescisión a los esquemas, seguramente más familiares, de la nulidad y de la anulabilidad, aunque funcionan justo «al revés» en el orden causa-consecuencia.

Me parece que una buena muestra de esta forma de comprender la rescisión se encuentra en el artículo 1171 del Proyecto de Código de 1851: «El efecto de la restitución es el de *rescindir el contrato* o el de indemnizar al perjudicado del daño que hubiere sufrido (...)». El que esta disposición estuviera prevista en sede de rescisión *por lesión* no impide confirmar cuál era la idea que de rescisión se manejaba, y en especial, su diferencia institucional respecto de la nulidad (también de la «relativa»). Por lo que se refiere al Derecho vigente anterior al Código, la Ley Hipotecaria de 1861 (que puede considerarse una segregación del proceso codificador civil, y en buena medida, parte de él –cfr. art. 608 CC–) también se refería, nominalmente, a la *restitutio in integrum* como institución orientada a la protección de determinados intereses; y que se mantuvo, al menos, hasta 1879-1880³¹, que fueron los años en que se aprobó y se previó la entrada en vigor de la Ley Hipotecaria para la isla de Cuba, en cuyo artículo 46.6.º se seguía haciendo referencia al remedio de la *restitutio in integrum* como remedio en sí mismo. Es ya con el Anteproyecto de 1882-1885 cuando el remedio de la *restitutio in integrum* desaparece como tal, absorbida por la figura omnicompreensiva de la «rescisión del contrato»³².

En el Derecho comparado, en época cercana a la redacción del Proyecto de 1851, resulta especialmente ilustrativo en esta línea el

³⁰ Por eso se admite, y no hay problema en admitirlo, que el que habría de soportar la restitución, puede evitarla si compensa al sujeto perjudicado por el daño que éste sufre; de esta forma, evita la restitución, y con ello, también la *rescisión* del contrato.

³¹ Sabemos por GÓMEZ DE LA SERNA que el problema que planteaba la codificación de la *restitutio in integrum* tenía relación con su compaginación con el Derecho aragonés, que la rechazaba por completo (véase *Ley Hipotecaria, comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera, precedida de una introducción histórica y seguida de un diccionario y formularios para su más fácil aplicación*, Madrid, 1862. t. I, 668).

³² Lo que, por cierto, no impidió una disposición como la del artículo 1306 de dicho Anteproyecto.

Código Civil federal mejicano, del año 1871, en el que la *restitutio in integrum* se regulaba como un medio *ad hoc* en el Título XI del Libro primero (arts. 679 y ss.); y allí, después de preverse que la restitución obliga a la reposición de las prestaciones ejecutadas, el artículo 683 dispone que «el efecto de la restitución es rescindir el contrato ó indemnizar al que ha sufrido el daño (...)». Más adelante, al regular la rescisión de las obligaciones (título V, Libro III) reitera el mismo modo de comprender la cuestión cuando el artículo 1775 dispone que «la rescisión que procede por causa de restitución *in integrum*, se rige por lo dispuesto en el Título 11.º del Libro 1.º (...)».

2. LO PARCIAL Y LO INADECUADO DE ESTUDIAR LA REVOCACIÓN (ACCIÓN PAULIANA) COMO UN TIPO DE RESCISIÓN CONTRACTUAL EN EL CÓDIGO CIVIL. REVOCACIÓN Y ARTÍCULO 1295 DEL CC

2.1 Lo parcial

El análisis de la acción revocatoria como un tipo de ineficacia contractual (rescisión), supone también un desenfoque en lo que se refiere al verdadero objeto de la acción revocatoria, y por ello, de la revocación misma: no es la adquisición por un tercero, cuanto la pérdida patrimonial que padece el deudor en perjuicio de los acreedores legitimados de revocación. Es innegable que la pérdida de un elemento patrimonial por parte del deudor generalmente es *consecuencia* de una correlativa adquisición por un tercero de ese elemento, siendo esta adquisición la causa de ello. Pero esto no es siempre así, ni por tanto justifica el estudio de la acción revocatoria exclusivamente desde estos esquemas. La revocación por fraude «ataca» la pérdida patrimonial sufrida por el deudor, como un resultado jurídico en sí mismo considerado³³ independientemente de que, además, conlleve o no una correlativa y causalmente enlazada adquisición por un tercero, y por ello, independientemente de que esa pérdida patrimonial tenga causa negocial. Porque no sólo las pérdidas patrimoniales que implican una correlativa adquisición son rescindibles por fraude: también las que no lo implican, por escasos que en la práctica puedan resultar estos supuestos³⁴.

³³ Llama la atención que la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, elaborada por la Comisión General de Codificación, aunque regula la revocación en sede de rescisión del contrato, evita, en la regulación general de la figura, referirse sólo al «contrato» fraudulento, y procura emplear el término más amplio de «acto jurídico» –cfr., especialmente, art. 1310 de la Propuesta–.

³⁴ Por ejemplo: el acto de abandono de un inmueble debe entenderse susceptible de rescisión pauliana (y así lo era en el Derecho Romano, en opinión de GAYO recogida en D. 42.8.5). La conversión *ex lege* del inmueble en un bien patrimonial del Estado, no puede

El objeto de la revocación es la pérdida patrimonial operada en el patrimonio del deudor, conlleve o no una correlativa adquisición por un tercero, producida por un *acto* o *negocio jurídico*, pues sólo los actos o negocios son susceptibles de revocación³⁵; pero no hay ninguna razón para limitar el juego del mecanismo revocatorio a sólo los empobrecimientos derivados de un *negocio jurídico*³⁶.

Cuando el empobrecimiento que justifica la acción pauliana se produce *porque* otro adquirió, no es posible atacar ese empobrecimiento sin afectar la adquisición recibida por el tercero: no hay forma lógica de revocar si no es haciendo que este adquirente padezca también sus consecuencias (y sin perjuicio de que pueda repetir de su transmitente –si tiene sobre lo que repetir–).

2.2 Lo inadecuado

No se puede comprender definitivamente el efecto restitutorio de la rescisión por fraude, sin tener una idea lo más completa posible (y probable) de cómo se comprendía en la época codificadora la llamada acción pauliana, y en especial, la Ley 6, Título VI, Libro 4, de la Instituta justiniana, que está en la base del artículo 1181 del Proyecto de Código de 1851 y que, a través de él, está en la base también de la obligación restitutoria de la rescisión en el vigente Código (art. 1295 CC).

A modo ilustrativo:

– J. Sala, al estudiar la naturaleza de la acción pauliana, comentando I. 4.6.6, llegó a la conclusión de que la acción del texto justiniano no podía ser una acción real, sino personal: los acreedores no reivindicaban ni pretenden una cosa suya, sino que la cosa permanece entre los bienes del deudor, «*sic enim hic agunt creditores, quasi revera res numquam tradita sit*»³⁷ (de este modo, en efecto

impedir que, si esa salida patrimonial perjudica a los acreedores –se trataría, de hecho, de un perjuicio equiparable al que hubieran sufrido si el inmueble hubiese sido donado–, dicho inmueble sea susceptible de agresión patrimonial por los acreedores victoriosos de revocación.

³⁵ Los hechos que, aunque provoquen una pérdida de solvencia en el deudor, no son susceptibles de revocación, aunque patrimonialmente puedan suponer un daño similar al que les genera, por ejemplo, una donación fraudulenta. Supongamos que un sujeto, deudor de otros, causa daños a terceros (con o sin finalidad de defraudar a sus acreedores), o sencillamente destruye o daña los bienes de que es propietario.

³⁶ Lo ponía de manifiesto GARCÍA GOYENA al comentar el artículo 1176 del Proyecto de 1851, el cual preveía que «las enagenaciones otorgadas por un deudor en fraude y con perjuicio de sus acreedores, deben ser rescindidas á instancia de estos en los términos que se espresan en los artículos siguientes». Al explicar qué había que entender por «enajenación» a estos efectos, el referido autor explicaba: «De estas ninguna queda exceptuada, inclusa la remisión de la deuda y hasta el arriendo hecho á bajo precio en fraude de los acreedores» (*Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852. t. III, 188).

³⁷ SALA, Juan, *Institutiones romano-hispanae: ad usum tironum hispanorum ordinatae*. Valentiae, 1808. t. II, 379.

ésta [la acción pauliana] funciona [se mueve] para los acreedores, como si realmente la cosa nunca fue entregada. Traducción propia].

– Gómez de la Serna entendía que la acción prevista en I. 4.6.6 era una acción *real*, y además, distinta de la que el Digesto regulaba en el Libro 42, Título VIII. Y en su opinión era una acción real, porque se daba contra cualquier poseedor³⁸.

– Para García Goyena, tanto la acción de I. 4.6.6 como la de D. 42.8 era la misma: la acción pauliana. Lo pondría de manifiesto que, en los comentarios a los artículos 1176 y ss. del Proyecto de 1851, cita indistintamente ambas fuentes romanas. Y concluye que, en el nuevo Derecho Civil, importa poco si en el Derecho Romano la acción era personal o real, «no habiendo duda sobre cuándo y contra quiénes se da, y cuáles son sus efectos»³⁹.

– Finalmente, estudios más recientes sobre la rescisión por fraude de acreedores en el Derecho Romano, como el de Xabier D'Ors, concluyen que I. 4.6.6 es la traducción en términos de acción, de los *interdictos* restitutorios de D. 42.8, ya convertidos en una única acción. En opinión de este autor, «el *restituere* clásico [que, por ejemplo, se emplea en D. 42.8.10,22] desborda (...) el sentido actual de restituir, devolver, etc. No se trata, pues, de «devolver» la cosa enajenada, sino de hacer que el patrimonio del *fraudator* vuelva a la situación que tenía antes del acto fraudulento. Este sentido del *restitutus* (...) es precisamente lo que hace posible que, por un lado, se ordene restituir a favor de quien, como el curador, nunca había poseído, y, por otro, que quepa demandar a quien, sin ser poseedor, puede producir el efecto restitutorio de la situación patrimonial anterior»⁴⁰.

En el Derecho Castellano, la acción revocatoria por fraude se entendía como acción personal⁴¹, sin que el acreedor debiera ofrecer, para obtener la revocación, la devolución del precio pagado a aquel que sufre dicha revocación⁴², salvo una excepción: que el que sufre la revocación fuese menor, o, como se dice en Partidas 5.15.7, fuese huérfano, porque en este caso, «efte atal nõ feria tenuto de la tornar fi no le dieffen lo que auia dada por ella, maguer le prouaffen que era fabidor del engaño».

³⁸ GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro. *Curso histórico-exegético del Derecho Romano comparado con el español*. Madrid, 1869. t. II, 562.

³⁹ GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Madrid, 1852, 188.

⁴⁰ D'ORS, Xabier, *El interdicto fraudatorio en el Derecho Romano clásico*. Roma-Madrid, C. S. I. C., 1974, 84.

⁴¹ HEVIA BOLAÑOS, Juan de, *Curia filípica*, Madrid, 1722, Libro 2, Cap. 13, §§ 11 ss.

⁴² *Op. cit.*, § 23, p. 155.

No parece que la intención del codificador fuese algo distinto que recoger y admitir la doctrina de lo que, en la época de redacción del Código, se entendía que debía ser la revocación pauliana, y sus efectos, sin que haya rastro de introducción de novedades en este sentido⁴³, más allá de la literalidad de lo dispuesto en el artículo 1295 del Código⁴⁴.

La rescisión, como categoría comprensiva de la solución a un conjunto heterogéneo de resultados indeseados por el Ordenamiento, invirtió la relación causa-consecuencia: la reparación que antes se obtenía a través de la restitución o de la inoponibilidad de la enajenación, sin tener que fundamentarla en más que el perjuicio padecido, el Código lo traduce a una categoría general-contractual, de manera que el interés que antes justificaba la restitución *per se*, o la medida de protección correspondiente, en el régimen codificado es motivo de rescisión, y es la rescisión la que es la causa de la restitución (artículo 1295 CC). El artículo 1295 CC es un intento imperfecto, por excesivamente simplificador, de reducir a una sola consecuencia la totalidad de las causas que dan lugar a la rescisión, olvidando, *al redactar ese artículo 1295*, que no todas las causas de rescisión se adaptan a esa solución, como sucede con la revocación pauliana⁴⁵.

Resalto la expresión «*al redactar ese artículo 1295*», porque el Codificador no lo olvidó del todo, ni durante los trabajos preparatorios del Código, ni en la versión finalmente aprobada del Código:

a) Lo primero, porque el antecedente del artículo 1295 es el artículo 1181 del Proyecto de 1851 (que era, en sede de rescisión por fraude, el equivalente al artículo 1172 del Proyecto pensado para el resto de causas de rescisión; cfr. también las notas de concordancia del artículo 1308 del Anteproyecto de 1882-1885, prácticamente idéntico al actual artículo 1295); y García Goyena, al

⁴³ Siguiendo, probablemente, la línea que siguió también el Derecho francés. Así, GAUDAMET consideraba que no sólo el Code, en su artículo 1167 recogió la figura de la acción pauliana, sino que, además, para edificar su teoría, era «necesario remontarse a las fuentes romanas» (*Teoría general de las obligaciones, op. cit.*, 432). Y concluyó que la acción tiene una naturaleza jurídica «intermedia entre las acciones de indemnización para la reparación de un daño, y las acciones de nulidad. Se asemeja a éstas, en que lleva a que una restitución en especie; a la de reparación del daño en que no lleva a la desaparición completa del acto, sino que obra tan sólo en la medida en que lo exige el interés del acreedor defraudado. Es una especie de anulación relativa, una acción de inoponibilidad» (*op. cit.*, 433).

⁴⁴ Además, no se olvidó lo dispuesto, a mayor abundamiento, en la Base primera de la Ley de Bases de 1888.

⁴⁵ Así, en la Propuesta realizada por los profesores BOSCH, POZO y VAQUER, que recogen en lo esencial la acción revocatoria tal y como tradicionalmente se ha venido entendiendo, niegan que el contrato se rescinda, «sino que el contrato sigue vigente» (*op. cit.*, 215). Una crítica al excesivo reduccionismo de la rescisión en el art. 1295, en GIMÉNEZ ARNAU, «La acción pauliana y la Ley Hipotecaria», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. VII, 1953, 214-215.

redactar aquel artículo 1181 del Proyecto isabelino, tenía muy presente lo dispuesto en la Instituta justiniana, 4.6.6., como demuestra la lectura de sus comentarios.

b) Lo segundo, por lo dispuesto en el artículo 643 CC en sede de donaciones, que como señaló Álvaro D'Ors, supuso una «hábil sutura (...) que hace responsable a los donatarios de las deudas del donante *fraudator*»⁴⁶.

3. LA REVOCACIÓN COMO ELEMENTO INTEGRANTE DEL *STATUS* JURÍDICO DE TODO ACREEDOR

En un sistema jurídico en el que la revocación por fraude de acreedores se concibe como un elemento más del *status* de acreedor, y no como un tipo de ineficacia contractual, el centro de gravedad de lo que haya de ser la posición jurídica del tercero adquirente, no sólo es que cambie, sino que *se invierte*. Porque cuando la revocación pauliana es un (mero) tipo de ineficacia contractual, sí es lógico partir de que, por regla general, el contrato debe entenderse eficaz *salvo que concurra alguna circunstancia que lo haga merecedor de ineficacia*; pero cuando el remedio pauliano se reubica como un elemento configurador del *status* jurídico de todo acreedor, y se concibe como un mecanismo protector del mismo, el punto de partida regulativo respecto a la posición jurídica del adquirente (tercero) pasa a ser radicalmente distinto: ya no es que el tercero adquirente del deudor haya celebrado un contrato (y de ahí derive una adquisición) que hay que mantener *salvo que concurran determinadas circunstancias*, sino que ahora el punto de partida es que el acreedor perjudicado por la enajenación debe ser protegido por el mecanismo revocatorio, *salvo que en la adquisición por el tercero concurran especiales circunstancias (es decir, no ordinarias) que lo hagan merecedor de una especial protección, no obstante el perjuicio sufrido por el acreedor*. En otras palabras: el tercero adquirente no debe ser un adquirente *normal y corriente*, porque al adquirente *normal y corriente* le debe afectar la consecuencia revocatoria: debe concurrir en él un *plus* que lo haga especial merecedor de una protección que de otro modo no tendría, sin tener que llegar a justificar en un reproche culpabilístico, doloso, o cognoscitivo, el padecimiento de esos efectos. Y en último extremo, al adquirente no le protege completamente su buena fe, que a lo sumo sólo puede atemperar su posición, pero no impedir que deba soportar la revocación.

⁴⁶ «Varia Romana», en *Anuario de Historia del Derecho*, t. XX, 1950, 777.

4. LOS SUBADQUIRENTES, REVOCACIÓN Y RESCISIÓN

En un sistema en el que la revocación se entiende como un tipo de ineficacia contractual (como tipo de rescisión) y en el que hay necesidad de articular sobre elementos subjetivos la oponibilidad de la causa de rescisión al adquirente para justificar que éste deba soportar las consecuencias rescisorias, se tiende a afirmar que la cadena de (sub)transmisiones está expuesta a la rescisión en la misma medida, y por las mismas razones, que lo pudiera estar el adquirente inmediato. Colin y Capitant afirmaban que la acción pauliana «sólo puede alcanzar al segundo adquirente cuando cae personalmente bajo la persecución del deudor, ya porque haya adquirido él también a título lucrativo, ya porque, aunque sea adquirente a título oneroso, haya tenido conocimiento del fraude cometido contra el acreedor»⁴⁷. La idea parece sugerente, y de aparente lógica formal. En la misma línea, Mazeaud (Henry, León, Jean) y Chabas⁴⁸.

Sin embargo, en realidad esta forma de razonar introduce una cierta contradicción valorativa, y encubre una verdadera objetivación de los requisitos de la acción pauliana (por mucho que se la quiera revestir de culpabilidad) aunque seguramente en un lugar inapropiado. Porque la idea conforme a la cual, el adquirente a título lucrativo de un deudor, cuando esa enajenación a título lucrativo supone para los acreedores del enajenante un perjuicio en la solvencia de éste, debe soportar las consecuencias de la rescisión porque no puede ignorar que la enajenación supone al enajenante un *perjuicio neto* (y por ello, el daño que ello supone a los acreedores resulta oponible al adquirente), *no vale* para justificar automáticamente la extensión de la consecuencia revocatoria a otro subadquirente también a título lucrativo, que puede perfectamente desconocer, incluso, que su propio transmitente adquirió a título lucrativo, y con ello, la identidad siquiera de dicho transmitente remoto. Lo que no se puede pretender es que una hipotética presunción de *scientia fraudis* en el primer adquirente a título gratuito, se extienda también sobre los subadquirentes: o se prescinde definitivamente del empleo de la lógica presuntiva, o si se mantiene, la

⁴⁷ COLIN, A., CAPITANT, H.. *Curso elemental de Derecho Civil* (traducción de la última edición francesa por Demófilo De Buen), 1923. t. III, *Teoría general de las obligaciones*, 95.

⁴⁸ «Lorsque le premier acquéreur n'était pas exposé aux poursuites (il avait acquis à titre gratuit, ou il était complice de la fraude), il faut, pour savoir si l'action peut être intentée contre le sous-acquéreur, tenir compte de la situation personnelle de celui-ci; or recherchera les conditions dans lesquelles il a lui-même acquis: pour que l'action puisse réussir contre lui, il faudra qu'il ait acquis à titre gratuit, ou que, ayant acquis à titre onéreux, il ait été complice de la fraude» (*Droit Civil. III Obligations*, 1998, p. 1066 –§ 997–).

presunción debe jugar donde *lógicamente* tiene sentido (donde la presunción es concebible como medio de prueba), y es en cada una de las transmisiones en particular en sí y por sí.

De esta forma se entiende bien que, en presencia de subadquirentes, los términos del debate cambian. Y ello porque el acto o negocio a través del cual el subadquirente adquiere, no es el que produce el perjuicio de los acreedores: ese acto o negocio por el que adquiere el subadquirente no es, en sí mismo, revocable, porque no supone ni materializa el empobrecimiento del deudor que justifica el ejercicio de la acción⁴⁹. Por ello, no existe una verdadera razón de necesidad (de lógica jurídica) por la que tener que someter los efectos de la revocación sobre los subadquirentes a los mismos presupuestos que para hacerla triunfar sobre el adquirente que podemos llamar «inmediato». O expresado de otra forma: para que un subadquirente deba padecer las consecuencias revocatorias en una cadena de transmisiones, debe haber buenas razones que, valorativamente, aconsejen esta extensión de las consecuencias revocatorias que, de otro modo, sólo se hubiesen podido localizar en el primer adquirente. Tales buenas razones puede ser, por ejemplo, que la subadquisición sea un elemento de una compleja operación fraudulenta, o que la cadena de subtransmisiones se haya producido a título lucrativo (por donaciones). Fuera de estos casos, la posterior transmisión no tiene por qué quedar expuesta a la revocación de la misma forma que en la que se localiza el perjuicio pauliano⁵⁰.

Por ello, en un Sistema en el que la revocación se analiza como un mecanismo de protección de los acreedores, y no como un tipo de ineficacia contractual, intentar deducir los requisitos que deben concurrir en el adquirente inmediato a través de los requisitos que deben concurrir en el subadquirente para que se extiendan a él también las consecuencias de la revocación, es un error metodológico.

En el proceso codificador civil (en sentido amplio, incluyendo aquí la legislación hipotecaria también), no sólo no se intentó hacer iguales los requisitos que debía reunir el adquirente y los subadqui-

⁴⁹ Pensemos, volviendo al ejemplo propuesto más arriba, que el deudor enajena un bien inmueble a un sujeto, perjudicando así a sus propios acreedores. Posteriormente, es ese adquirente el que abandona el inmueble, que pasa a ser bien patrimonial del Estado.

⁵⁰ El esquema de razonamiento conforme al cual el subadquirente está expuesto a la revocación sólo si en él se reproducen las mismas circunstancias que en el adquirente inmediato, lleva a resultados coherentes en un Sistema en el que la revocación se concibe como un tipo de ineficacia contractual, y en el que, por lo dicho, el éxito de la revocación depende de que en el adquirente concurren circunstancias intelectivas o volitivas respecto del perjuicio a los acreedores: no habría ninguna razón para exponer, el contrato del subadquirente, a revocación más fácilmente que al contrato del adquirente inmediato.

Pero en un Sistema en el que el mecanismo revocatorio (pauliano) no depende más de que se lesionen los intereses legítimos del acreedor demandante, la lógica de la expansión de la revocación a los subadquirentes es muy distinta.

rentes para justificar la extensión de la consecuencia revocatoria, sino que se partía, probablemente, de que no habrían de ser los mismos. La Ley Hipotecaria de 1861 disponía en sus artículos 36 y 37 un contenido similar al artículo 37 actual; y en su artículo 41 el texto de 1861 enumeraba unas circunstancias en las que había que considerar al poseedor del inmueble o derecho real «cómplice en el fraude» a efectos del artículo 37. De estas circunstancias, tal vez la de interpretación más problemática sea la del ordinal segundo, que señalaba que hay que considerar que hay fraude cuando el poseedor «hubiere adquirido su derecho bien inmediatamente del deudor, bien de otro poseedor posterior (...)». A pesar de la terminología empleada por el primer Legislador hipotecario, un comentarista tan autorizado como lo era Gómez de la Serna explicaba este pasaje legal de la siguiente forma: «es decir, como adquirente inmediato á aquel á quien el deudor enagenó la cosa, porque en otro caso no sería tercero»⁵¹.

Por todo lo anterior, se comprende así que el que es parte en el acto o contrato que es objeto de rescisión, siempre podrá ser afectado por la misma, independientemente de su buena o mala fe. Sin embargo, el tercero que es protegido frente a los efectos de la sobrevenida desaparición de un eslabón en la cadena de transmisiones, salvo casos excepcionales (que sea un adquirente a título gratuito, o haya adquirido de mala fe), es el *subadquirente*, no el que adquiere del deudor⁵². Lo demuestra seguramente que el artículo 37 LH, ya desde su primera redacción de 1861, se preocupaba sólo de la protección del que, en la rescisión por fraude, fuese un subadquirente respecto del acto o contrato revocable: el precepto se refería a la segunda enajenación hecha a título gratuito (aquí, pues, no hay duda), y a que «el tercero haya sido cómplice en el fraude» (aquí, aunque no se habla de subadquirente, los comentaristas de la época lo dan por supuesto: así, Pantoja⁵³ y en especial Gómez de la Serna, que señalando que el artículo 37 LH de 1861 deja vigente el derecho antiguo respecto al primer adquirente, el artículo 37 se refiere sólo a los efectos de la «segunda enajenación»⁵⁴).

⁵¹ GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro. *Ley Hipotecaria, comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera, precedida de una introducción histórica y seguida de un diccionario y formularios para su más fácil aplicación*. Madrid, 1862. t. I, 686.

⁵² No obstante, en contra, ver DE BUEN, Notas a COLIN / CAPITANT, *Curso de Derecho Civil*, t. III, p. 142.

⁵³ Implícitamente, en su *Ley hipotecaria: comentada y explicada, concordada con las leyes y códigos extranjeros*. Madrid, 1861. t. I, 242.

⁵⁴ GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro. *Ley Hipotecaria, comentada y concordada, op. cit.*, 652.

Para finalizar, simplemente señalar que, como ideas *de lege ferenda*, en alguna ocasión se ha propuesto modificar el artículo 37 LH con el fin de proteger al adquirente directo del deudor, bajo el pretexto de «dar mayor seguridad en el tráfico, no teniendo así el adquirente necesidad de averiguar la posición económica del deudor»⁵⁵.

IV. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS PARTICULARES DE LA RESTITUCIÓN EN LA REVOCACIÓN POR FRAUDE DE ACREEDORES

Las restituciones que entre los interesados proceden por razón de la nulidad (o anulación) del contrato, por razón de la resolución por incumplimiento, y en el marco de la rescisión, son teóricamente muy distintas, y no tienen por qué responder a la misma lógica, siquiera sea porque las instituciones y los fines a cuyo servicio la restitución se pone son igualmente muy distintos. Por ello mismo, su alcance en uno u otro caso debe estudiarse de forma separada, aunque el Código establezca «hilos» de comunicación entre ellas que conviene aclarar.

El problema de delimitación del fenómeno restitutorio en el sentido apuntado seguramente radica en que, de forma instintiva, se tiene una idea preconcebida de qué deba ser la restitución, reduciéndola a un mecanismo «devolutivo» común. Esta idea, trasladada al ámbito de las relaciones obligatorias bilaterales (en lo fundamental, de fuente contractual), se traduce en un problema de justificación del mantenimiento de lo realizado (ejecutado) al amparo de un contrato que, a la postre, se revela inapropiado en el mundo jurídico para justificar dicho mantenimiento; la consecuencia, así, ha de ser la devolución (*restitución*) de las prestaciones. De aquí sólo hay un paso hasta la conclusión de que los problemas restitutorios son esencialmente idénticos, con independencia de que la razón por la que procede la restitución, y en definitiva, la razón por la que la relación obligatoria no puede justificar el mantenimiento de las prestaciones ejecutadas.

El mismo Código Civil parece dar pie a esta «no diferenciación» cuando, al regular la resolución por incumplimiento, el artículo 1124

⁵⁵ VILLARES PICÓ, Manuel. «La Ley Hipotecaria de 1861. Artículos modificados y los motivos de tales modificaciones», *RCDI*, marzo abril, 1960, 157. Este autor proponía añadir en el art. 37 LH el siguiente inciso: «No existiendo mala fe por parte del adquirente, éste gozará de la protección registral, aunque haya adquirido directamente del deudor» (*loc. cit.*).

se remite a los artículos 1295 y 1298 (dictados en sede de rescisión) cuando trata de la extensión subjetiva de los efectos resolutorios, dando la impresión que tanto en materia de rescisión como en materia de resolución en este punto los problemas son los mismos. El problema se agrava cuando jurisprudencial y doctrinalmente se introduce en esta ecuación la restitución consecuencia de la nulidad-anulación del contrato.

1. NULIDAD (Y ANULABILIDAD), RESOLUCIÓN Y RESCISIÓN COMO IMPEDIMENTOS EN EL ÍTER TRANSMISIVO

De forma resumida, puede afirmarse que tanto la nulidad como la anulabilidad suponen un defecto genético del contrato, y por tanto, presente y actual al tiempo de contratar.

La rescisión, como se ha explicado, implica una causa de sacrificio de las consecuencias patrimoniales que no afecta a la génesis del contrato, ni por tanto a su existencia.

Finalmente, la resolución se produce por una causa sobrevenida, posterior, en fase ya de ejecución, que no estaba presente al tiempo de contratar, ni afecta genéticamente al contrato. Es, sencillamente, un mecanismo de tutela del acreedor⁵⁶.

Esta breve descripción de las figuras, aunque muy general, permite apreciar una importante consecuencia: ni las causas de rescisión ni las causas de resolución impiden que haya surgido eficazmente el contrato, no sólo como fuente de obligaciones, sino también como *título* en el sentido del artículo 609 CC, y que, seguido de la tradición, sea uno *de los contratos* que, en su caso, es suficiente para transmitir la propiedad al *accipiens*; lo que no sucede con el título nulo ni con el que se anula. En otras palabras: el tercero subadquirente que adquiere del que, más tarde, está obligado a la restitución, adquiere eficazmente, *a domino*, y por tanto, el mantenimiento de su adquisición no depende de que en él concurren los requisitos que, para cada caso, el Ordenamiento Jurídico prevea para mantener las adquisiciones *a non domino*. En realidad, en estos casos el único margen regulativo respecto a la extensión subjetiva de la restitución por rescisión y por resolución, no es para proteger al subadquirente de una adquisición que, de otra forma, no

⁵⁶ Deben hoy entenderse superadas aquellas tesis que veían en el incumplimiento resolutorio una caída o desaparición, sobrevenida y *retroactiva* de la causa del contrato. Esta forma de entender la resolución por incumplimiento, con todo, sí fue útil para reinterpretar la regla tradicional en la compraventa *periculum est emptoris*, y permitir así la devolución total de las prestaciones por pérdida total de la cosa vendida por causa no imputable al vendedor (PINTÓ RUIZ, LACRUZ), o su no exigibilidad si aún estaban pendientes de cumplimiento.

podría mantener, sino al contrario, para determinar cuándo, a pesar de haber adquirido regular y eficazmente, merece ser afectado por las consecuencias restitutorias que, de otra manera, se habrían detenido en su transmitente, sin llegar a él.

A esta forma de comprender la cuestión responde la Ley Hipotecaria, tanto antes como después de publicado el Código Civil. El artículo 37 LH, de cara a la protección del subadquirente de un *tradens* que sufre las consecuencias de la resolución o rescisión, prevé que sobre tal subadquirente no se expanden las consecuencias de la resolución o rescisión del título de su particular *tradens*, siempre que «haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo prevenido en esta Ley».

El artículo 37 LH se está refiriendo a la expansión de las «acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias», que no pueden estar comprendidas en el radio de protección ofrecido por el artículo 34 LH. Y con razón: el citado artículo 34 está pensado para proteger al tercer adquirente en un ámbito de supuestos de *naturaleza* muy distinta de aquellos para lo que está pensado el artículo 37: en aquél (el 34) la fe pública registral protege de la falta de dominio del *tradens* titular registral, y al disponer los requisitos de protección del tercer hipotecario, el Legislador expresa en términos valorativos cuándo debe sacrificarse la regla lógica *nemo dat quod non habet*; pero en el artículo 37 la transmisión es *a domino*, y no hay por qué someter al mismo juicio valorativo al tercer subadquirente en ambos grupos de casos⁵⁷.

Todo ello conduce a afirmar que cuando el artículo 37 LH condiciona la protección del subadquirente a que éste haya inscrito su título «conforme a lo prevenido en esta Ley», no está refiriéndose a que haya inscrito reuniendo los requisitos del artículo 34 LH, sino que, tanto desde un punto de vista de coherencia institucional como desde una lectura completa del artículo 37, se demuestra que en éste, no importa tanto cuándo el subadquirente queda protegido, sino al contrario: cuándo debe quedar expuesto a las consecuencias restitutorias procedentes de la revocación, rescisión o resolución del título de su transmitente.

Desde este punto de vista, el requisito consistente en que el subadquirente haya inscrito su título «conforme a lo prevenido en esta Ley» podría entenderse como que *haya inscrito* antes de que le sea oponible la causa de rescisión, resolución o revocación, que típi-

⁵⁷ No lo pensaban así SANZ FERNÁNDEZ (*Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Barcelona, 1945, 305) ni GIMÉNEZ ARNAU (*op. cit.*, 1953, 226-228); ni lo piensa, actualmente, JEREZ DELGADO (*La buena fe registral*. Madrid, 2005, 99-104). SANZ entendía que el art. 37 LH podría haber sido eliminado, pues en su opinión el art. 34 LH comprendería esta cuestión; en una línea similar, GIMÉNEZ ARNAU, aunque con matices.

camente entraría en el Registro (salvo el caso de condición resolutoria expresa) mediante anotación preventiva, que resultaría oponible, no desde la fecha del asiento de presentación, sino desde la fecha de su práctica. Sin embargo, habida cuenta de que tanto la revocación como la resolución tienen naturaleza personal, y no real⁵⁸, probablemente la idea no consista tanto en que el subadquirente haya inscrito antes de que se haya anotado la demanda de revocación o de resolución, sino simplemente de que *la adquisición* (se inscriba o no) sea *anterior* a que *registralmente pudiera oponérsele*, por anotación preventiva, la revocación o la resolución. Esta última lectura parece la más coherente a la naturaleza de las figuras implicadas⁵⁹.

2. EL SENTIDO DE LA REMISIÓN DEL ARTÍCULO 1124 A LAS REGLAS RESTITUTORIAS DE LA RESCISIÓN (ARTS. 1295 Y 1298)

El artículo 1124 CC, después de regular la resolución como una forma de protección del derecho de crédito de fuente contractual, y suponiendo las consecuencias restitutorias de las prestaciones que se hayan ejecutado cuando proceda la resolución, concluye:

«Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1295 y 1298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria».

El punto de arranque de cualquier intento interpretativo de los artículos 1295 y 1298, a la luz de la remisión que hace a ellos el artículo 1124, parece sencillo: el Codificador, al redactar el último párrafo del artículo 1124, está *presuponiendo* una cierta interpretación de los artículos 1295 y 1298, que convierte en útil y apropiada dicha remisión. ¿Cuál es esa interpretación *presupuesta* que hace útil y apropiada la remisión que el artículo 1124 contiene?

Para dar respuesta a este interrogante, creo que no puede perderse de vista, en primer lugar, la interpretación que la Jurisprudencia ha hecho de ello, y en segundo lugar, el contexto en el que se produjo la redacción de ese último párrafo del artículo 1124.

⁵⁸ Por todos, el trabajo de CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de, *La adquisición «a non domino» de bienes muebles (Nuevo estudio sobre el artículo 464-1 del Código Civil)*, Madrid, 1982, 93 y ss.

⁵⁹ Parece admitirla GIMÉNEZ ARNAU, *op. cit.*, 215, con cita al art. 1235 del Codice Civile italiano de 1868.

2.1 El sentido que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha dado a la remisión del artículo 1124 a los artículos 1295 y 1298, para interpretar estos últimos

En un intento simplificador, podemos señalar que han sido dos las cuestiones para cuya resolución el Tribunal Supremo ha empleado como línea argumental una determinada interpretación de dicha remisión. Y creo que, en ambos casos, de forma cuestionable. Estas cuestiones han sido: a) En primer lugar, para afirmar que los efectos de la rescisión contractual tiene consecuencias *ex tunc*, y no meramente *ex nunc*; b) en segundo lugar, para afirmar que no sólo los terceros protegidos por la Ley Hipotecaria, quedan inmunes a los efectos devolutivos de la resolución contractual.

a) En relación con lo primero, hay que reconocer que la idea es sugerente, y en cierto sentido favorecida por la dicción del artículo 1124, último párrafo, al remitirse de forma expresa a los artículos 1295 y 1298: la resolución de las obligaciones sinalagmáticas se producirá «sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1295 y 1298 y a las disposiciones de la ley Hipotecaria». Esto ha hecho concluir a la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el siguiente sentido: «[E]s opinión comúnmente aceptada, tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia, que la resolución contractual produce sus efectos, no desde el momento de la extinción de la relación obligatoria, sino retroactivamente desde su celebración, es decir, no con efectos *ex nunc* sino *ex tunc*, lo que supone volver al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiera concluido, con la secuela de que las partes contratantes deben entregarse las cosas o las prestaciones que hubieran recibido en cuanto la consecuencia principal de la resolución es destruir los efectos ya producidos, tal como se ha establecido para los casos de rescisión en el artículo 1295 del Código Civil, al que expresamente se remite el artículo 1124 del mismo Cuerpo legal, efectos que sustancialmente coinciden con los previstos para el caso de nulidad en el artículo 1303 y para los supuestos de condición resolutoria expresa en el artículo 1123» (STS de 10-XII-2015 –RJ 2015\5387–, con cita a las de 17-VI-1986, 5-II-2002 y 27-X-2005). A partir de este razonamiento, sería, además, lógico que su admisión condujera casi de manera necesaria, a que, debido a los pretendidos efectos *ex tunc* de la restitución, ésta alcanzara también a los frutos que la cosa haya generado en manos del obligado a la restitución.

Sin duda alguna, como se ha señalado más arriba, el Codificador, al redactar el artículo 1124 y en lo que se refiere a la remisión

a los artículos 1295 y 1298, presupone una interpretación y sentido tal de estos últimos, que la remisión que a ellos hace el primero resulta útil. Esto parece evidente, y es de lo único de lo que puede estarse seguro en su interpretación. Cuál sea ese sentido presupuesto por el Codificador de 1889 resulta dudoso; pero lo que sí parece probable, es que su intención no era regular los efectos de la rescisión, ni por lesión ni por fraude de acreedores, uniformándolos con los efectos de la resolución contractual. Antes al contrario: la lógica del artículo 1124 del CC no pretende extenderse a la rescisión contractual, sino al revés, y para la concreta hipótesis prevista en los artículos 1295 y 1298. El 1124 no pretende reportar utilidad interpretativa a los artículos 1295 y 1298, sino que el sentido de éstos resulta útil para *integrar* un efecto concreto de la resolución *ex* 1124, que se remite a ellos por una mera cuestión de economía legislativa. Por tanto, desde un punto de vista metodológico, lo correcto no es deducir el sentido de los artículos 1295 y 1298 a la luz de lo previsto en el 1124, sino esclarecer el sentido de aquéllos, sin perder de vista la concreta naturaleza de las acciones rescisorias, y ver en qué medida puede resultar útil a las consecuencias restitutorias propias de la resolución contractual, que es una sede bien distinta, siquiera sea porque la rescisión por fraude de acreedores no destruye el título adquisitivo, mientras que la resolución sí.

b) En relación a lo segundo (no sólo los terceros protegidos por la Ley Hipotecaria quedarían inmunes a los efectos devolutivos de la resolución contractual, sino también los que reúnan los requisitos, a lo que ahora interesa, del art. 1298), debe partirse de una idea que ya aparece clara en la lectura del artículo 1124-4.º: esta disposición hace remisiones normativas a un doble bloque: un primero constituido por los artículos 1295 y 1298, por un lado; y un segundo, que son «las disposiciones de la ley Hipotecaria», por otro. Sobre esta base, resulta inverosímil que la inclusión a última hora de la remisión a los artículos 1295 y 1298 CC (*vid. infra*), cuando *ya estaba prevista* la remisión a la Ley Hipotecaria, tuviera *la misma finalidad*, cual es limitar la expansión, por repercusión, de la ineficacia contractual; y ello, por una razón sencilla: *la remisión a «las disposiciones de la ley Hipotecaria» sería redundante y sobraría*. No puede mantenerse, como ha hecho nuestro Tribunal Supremo en sentencias de 21-VI-2002 (RJ 2002\5257) y de 10-II-2006 (RJ 2006\1700), que la remisión que el artículo 1124-4.º hace a los artículos 1295 y 1298 sea con el objeto de poner de manifiesto que el tercero protegido frente a los efectos de la resolución (sede del art. 1124) «no es sólo el tercero hipotecario (...). [F]

altando la seguridad que deriva de la ley Hipotecaria, no queda absolutamente desprotegido el tercero, es decir, el tercero adquirente de buena fe es respetado por el Derecho no necesariamente cuando es tercero hipotecario; en otras palabras, éste no es el único tercero de buena fe que está protegido por el derecho». Y no puede ser este el sentido de la repetida remisión, porque de ser así, sencillamente y como se ha señalado, la remisión a la Ley Hipotecaria sobraría, pues ésta exige más requisitos de protección que la mera buena fe (que, conforme a este parecer jurisprudencial, sería suficiente).

Lo expuesto hasta aquí, creo que permite llegar a una conclusión preliminar: *la remisión a los artículos 1295 y 1298 no puede ser, por tanto, útil para determinar los requisitos de protección del tercero frente a los efectos expansivos, por repercusión, de la resolución, sino para determinar el contenido de la acción resolutoria en el caso en que la devolución no pueda llevarse a cabo «in natura», que es el denominador común de ambos preceptos.*

2.2 Los avatares de la redacción de lo que, a la postre, acabó siendo el vigente artículo 1124-4.º

Resulta curioso comprobar que lo que hoy es el último párrafo del artículo 1124 CC, debe su redacción a una decisión de última hora, para cuyo entendimiento creo que no pueden perderse de vista los trabajos codificadores al respecto, al menos desde el Anteproyecto de 1882.

El Anteproyecto de 1882-1888, en su artículo 1141 (antecedente del actual artículo 1124), estructurado en cuatro párrafos, prevenía en el último de ellos que el efecto resolutorio/restitutorio «se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a las disposiciones [del título de este libro]». Se dejó adrede el hueco para la referencia a *un* título, que no se sabía qué número tendría en una hipotética composición final del Código Civil, pero que en principio habría de formar parte de él. Pero, ¿cuál era *la materia* de este título a que probablemente se remitía el artículo 1141 del Anteproyecto? Casi con toda probabilidad, la regulación del Registro de la Propiedad.

En la primera edición oficial *íntegra* del Código Civil, publicada por el Ministerio de Justicia (año 1888), el último párrafo del artículo 1124 se remitía, con igual redacción que el artículo 1141 del Anteproyecto, a *un* título de ese mismo libro del Código Civil, pero ya a un título *concreto*, «al *Título IX* de *este Libro*» (libro cuarto). Lo que

únicamente podía ser una errata, pues en esa edición oficial el Título IX del Libro cuarto regulaba el «contrato de mandato» (que nada tiene que ver con estas cuestiones). En la fe de erratas que acompaña a esa primera edición del Código en sus últimas páginas, se pone de manifiesto que la remisión al título IX es errónea: debe haberse hecho la remisión al Título XV. Y este Título XV es el que se encarga de regular los «contratos de prenda, hipoteca y anticresis».

La remisión que el último párrafo del artículo 1124 CC hacía al Título XV del Libro cuarto, posiblemente se debe a cierto mimetismo regulativo en relación con el artículo 1141 del Anteproyecto de 1882-1888, en el cual *sí* podría tener más sentido la remisión a *un* título *dentro* del Código Civil. La razón es que en la época en que se estaba elaborando lo que fue el Anteproyecto de 1882-1888, se había encargado a Bienvenido Oliver⁶⁰ la redacción de un título referente al Registro de la Propiedad y a la Hipoteca. Oliver cumplió el encargo, y estructuró su trabajo en tres partes, no limitándose sólo a regular la hipoteca como derecho real, sino con pretensión de dotar al Código Civil de una regulación sustantiva de los efectos de la inscripción y de la publicidad registral⁶¹.

Pero puede saberse por los testimonios directos del mismo, que su trabajo no pasó al Código porque, en palabras de Gamazo (recogidas por el propio Oliver), «iba a crear entre el derecho hipotecario de las provincias sujetas a la legislación común y el derecho hipotecario de las provincias aforadas, antagonismos que creía la Comisión que no se conciliaban con la base de la ley [de Bases] de 1888, ni tampoco podían admitirse sin detrimento de la potestad que el Estado tiene, y sin menoscabo de la unidad de ciertas materias» (sesión del Congreso de los Diputados de 10 de abril de 1889)⁶² ⁶³.

⁶⁰ Por Real Decreto de 11-XI-1886. Ver la referencia en *Crónica de la Codificación española* (ed. LASSO GAITE). 4-I, 1970, 560.

⁶¹ Si atendemos a las palabras del propio OLIVER, su trabajo se dividió en tres títulos: 1) De la inscripción; 2) De las hipotecas; 3) De la organización del Registro de la Propiedad.

⁶² OLIVER, Bienvenido, *Derecho Inmobiliario español. Exposición fundamental y sistemática de la Ley Hipotecaria*, Madrid, 1892-1896, 779-780.

⁶³ Véanse también las referencias en *Crónica de la Codificación española* (ed. LASSO GAITE), 4-I, 1970, 561-562. En palabras de LASSO:

«En nuestro archivo está la ponencia de Oliver, legajo 18, carpeta 4, dividida en dos subcarpetas. En la cubierta de la primera dice Antequera: “Legislación hipotecaria / (Ponencia Sr. Oliver) / Artículos aprobados por la Subsección / (1887)”; y más abajo: “Este trabajo quedó completamente sin efecto, acordando el Sr. Ministro que se redactase en otra forma, trayéndose al Código puramente lo sustancial de la materia de hipotecas y dejando intacta la Ley hipotecaria”. Contiene escritos en cuartillas, generalmente una por cada artículo, la ponencia del título I, y al margen la indicación, de los que quedaban pendientes de revisión por la Comisión o aprobados con tal enmienda. Acordaron suprimir una adición a la ponencia, artículo 39, para “que se derogue el artículo 467 del proyecto de Código Civil presentado al Senado”» (el de 1882).

En la cubierta de la segunda subcarpeta dice el Secretario citado: «“Artículos aprobados por la Comisión / 1888”. Contiene los títulos II y III, que constan respectivamente de 18 y 17 artículos, más otros cuatro de hipotecas legales (...)» (transcrito de LASSO, *op. cit.*, 562).

Lo anterior posiblemente venga confirmado, si se tiene en cuenta el *primer texto oficial* que tuvo el último párrafo del artículo 1124 CC, publicado en la Gaceta de 24 de noviembre de 1888 (gaceta núm. 329, pág. 594), época en que el Código Civil se fue publicando por partes: el efecto de la resolución «se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes con arreglo á las disposiciones del título IX *del libro segundo*». Ese Título IX del Libro *segundo*, cuyo texto ya se había publicado días antes en la Gaceta de 7 de noviembre de 1888 (núm. 312, página 403) era el «Del Registro de la Propiedad», comprendiendo únicamente los artículos 605 a 608, y cuyo contenido es idéntico al de la versión actual del Código vigente.

La remisión que el artículo 1124 hace a los artículos 1295, 1298 y a la Ley Hipotecaria aparece por primera vez en la publicación de la edición oficial *reformada* del Código, del año 1889, y se trata, por todo lo anterior, de una inclusión de última hora⁶⁴. Por ello, resulta inverosímil que el Codificador, al dar la redacción final al artículo 1124, y remitirse a los artículos 1295 y 1298 CC pretendiera regular los efectos de la rescisión contractual, sino más bien al contrario: que la remisión es un recurso de «economía» regulativa, a través del cual el Codificador se remite al régimen de la rescisión para extender al régimen de la resolución un aspecto que estaba regulado son en aquella sede: la hipótesis de imposibilidad de devolución *in natura*, y consiguiente conversión en el equivalente pecuniario. Por ello, un comentarista del Código Civil de aquella época tan cualificado como era Manresa, y que participó en la redacción del Código Civil, al comentar el último párrafo del artículo 1124 concluye que la consecuencia inmediata del mismo «será que no pudiendo intentarse por la parte perjudicada el ejercicio pleno de las facultades que el resto del artículo le concede, tendrá entonces que ser la indemnización, no medio parcial para resarcir los perjuicios causados, sino además medio casi único para satisfacer los derechos todos de la referida parte perjudicada»⁶⁵; o dicho de otra forma: el contenido «restitutorio» que se presupone en el artículo 1298 CC, y que resulta útil en el contexto del artículo 1124, no es indemnizatoria

⁶⁴ Remisión, mucho más «natural» que la que hacía la primera edición del Código al Título XV del Libro cuarto, ya que, en palabras de la *Redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, los artículos 1295 y 1298 «contienen disposiciones especiales dignas de tenerse en cuenta cuando se trata de derechos de terceros adquirentes» (*Código civil español conforme a la edición oficial reformada con arreglo a lo dispuesto en la Ley de 26 de mayo de 1889. Anotado y concordado con el derecho vigente a su publicación por la Redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1889, 270).

⁶⁵ *Comentarios al Código Civil español*, Madrid, t. VIII, 1907, 152.

en el sentido técnico del término (consecuencia de responsabilidad alguna), sino un mecanismo sustitutorio de la devolución de las prestaciones, cuando éstas no pueden llevarse a cabo *in natura*, pero *sin prejuzgar* imputación de responsabilidad a aquel que no puede devolver la cosa.

3. FRAUDE DE ACREEDORES Y NULIDAD POR CAUSA ILÍCITA. EL ARTÍCULO 1290 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 1290 CC ha supuesto –y sigue suponiendo–, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, un encorsetamiento excesivo a la hora de señalar los requisitos de triunfo de la acción revocatoria, en un intento de buscarle un campo de juego autónomo, que en consideración a lo dispuesto en el artículo 1294 («La acción de rescisión es subsidiaria; no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio») queda reducido prácticamente a lo residual, esto es, a llenar los «huecos» que no entran en el radio de acción de otras acciones distintas, marcadamente, de la acción de nulidad.

Valga como ilustración de lo anterior la doctrina sostenida en la STS de 10-X-2016 (RJ 2016\4896): «[s]i el fraude de acreedores fuese un supuesto de nulidad negocial por causa ilícita, quedaría sin ninguna justificación tales normas [en relación a los artículos 1290 a 1299], que parten de la base de que se aplican a un negocio válido (art. 1290), es decir, que el fraude de acreedores no da lugar a ningún negocio nulo, como lo sería (...) por ilicitud de la causa». También, de forma similar, Pantaleón, en el voto particular a esta sentencia afirmó que si un contrato es nulo, por ilicitud de la causa, ello hace que «el considerarlos rescindibles no se compezezca con los artículos 1290 (...) y 1294».

Sin embargo, ello no ha impedido una tendencia a la objetivación de los requisitos para el triunfo de la acción revocatoria. Lo que sucede es que, manteniéndose el encorsetamiento referido, el sin embargo imparable (y sin duda deseable) avance hacia esa objetivación no ha hecho más que aumentar la tensión entre las distintas instituciones, intentando hacer que el Código Civil diga, no sólo lo que no dice, sino incluso algo distinto de lo que positivamente dispone, por muy deseable que *de lege ferenda* sea el fin al que se pretenda llegar.

Buen exponente de lo anterior es la doctrina sostenida en la STS de 3-XI-2015 (RJ 2015\4939). En ella se afirma que la causa ilícita que hace nulo al contrato bien puede ser defraudar a los

acreedores, por contravenir «al principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código Civil». Con cita a la STS de 5-VII-2010, reitera que «determinados supuestos de actos para defraudar constituyen un supuesto paradigmático de actos con causa ilícita y nulos, y que uno de tales supuestos era el del fraude de los acreedores». A ello, la Sentencia de 2015 añade: «En contraposición a lo anterior, el régimen de la acción rescisoria por fraude de acreedores se ha objetivado progresivamente, desplazándose el centro de gravedad desde el elemento intencional de defraudar al elemento objetivo del perjuicio para el acreedor. En ocasiones, el fraude se presume (art. 1297 del Código Civil) y en otros casos basta con el elemento del perjuicio (...). En estos casos, el fraude de acreedores no es el propósito común de los contratantes que, como tal, se eleva a la categoría de causa del contrato y que por su ilicitud determina su nulidad. Por el contrario, el contrato es válido, pero al tener como consecuencia el fraude de los acreedores, o de alguno de ellos, puede ser rescindido» (fundamento de derecho noveno, punto 4).

La doctrina sostenida en esta sentencia tiene la virtud de seguir en la línea de la progresiva objetivación de los requisitos de la acción revocatoria (rescisoria por fraude de acreedores), que es lo que probablemente le corresponde a la acción revocatoria o pauliana como elemento integrante del *status jurídico* de todo acreedor. Pero al diferenciar el fraude como *causa* (o más bien, *motivo*), y el fraude como *consecuencia*, señalando que en primer caso el contrato es nulo por causa ilícita (lo que excluye la revocabilidad *ex* artículo 1290), mientras que en el segundo el contrato es rescindible⁶⁶, creo que se ha perdido una buena ocasión para señalar que, en realidad, no es que la revocación sea *incompatible* con un propósito fraudulento común, sino que, sencillamente, le es *irrelevante* que exista o no.

Finalmente, esta sentencia parte de una premisa que es *negada* por el propio Código Civil, cual es que la ilicitud de la causa exige que el fin empírico en cuestión sea compartido. Y esto lo niega el Código, tanto en el artículo 1305 como en el 1306, que claramente admiten que la ilicitud de la causa pueda venir por el fin empírico pretendido por una sola de las partes.

En la doctrina, las conclusiones circulan por lo general en una línea similar de especialidad-exclusión entre la nulidad por causa ilícita y la rescisión por fraude.

Son buenos ejemplos Labandera y Blanco, José María Peña y Fernández Campos. Para el primero de ellos⁶⁷, partiendo de que la línea diferencial entre las obligaciones nulas y las rescindibles

⁶⁶ De esta forma, el radio de acción de la acción revocatoria queda definido por un elemento positivo, y por otro negativo: 1) el positivo es que haya un resultado *fraudulento* –*eventus damni*–; 2) y el negativo, que el contrato no sea nulo o anulable por otras causas.

⁶⁷ LABANDERA Y BLANCO, Víctor, «Nulidad, anulabilidad y rescindibilidad en el Código Civil», *Revista de Derecho Privado*, 1914, 182.

se encuentra en la *validez*, concluía que «[h]abiendo pasado el error, dolo, fuerza y miedo a figurar entre los defectos del consentimiento que invalidan las obligaciones, por exclusión quedaba la lesión combinada con el fraude, como único motivo para rescindir las». Por su parte, para José María Peña, entre la rescisión por fraude y la nulidad había una relación de especialidad, en la que la rescisión habría de operar con preferencia a la nulidad: «el C. c. establece una regulación especial *precisamente* para este supuesto [del fraude de acreedores]; enajenación *onerosa con complicidad* (...), regulación que sería inútil si entendiésemos que hay nulidad absoluta»⁶⁸. Finalmente, Fernández Campos, para llegar al mismo resultado práctico de incompatibilidad, pero otro camino distinto, apunta que «el problema no se resuelve en función de la subsidiariedad como criterio de ordenación jerárquica de los medios de que dispone el acreedor para defender su crédito; sino que se trata, sobre todo, de una cuestión de prueba: si concurre, y son demostradas todas las circunstancias para que sea apreciada la nulidad del acto impugnado, habrá que estimar que dicho acto es nulo. Pero el acreedor puede, en la misma demanda, *ejercer conjuntamente, pero de forma subsidiaria* [la cursiva es mía] la acción rescisoria por fraude de acreedores para que, dado el caso de que resultara difícil acreditar las circunstancias necesarias para estimar la nulidad del acto, el juez si desestima la petición de nulidad, pueda estimar la acción rescisoria al concurrir los presupuestos del fraude de acreedores»⁶⁹.

Esta pretendida y en cierto modo consolidada incompatibilidad entre la *nulidad* (del contrato) y la *revocación de la enajenación* (que provoca la *rescisión* del contrato), creo que puede ponerse en cuestión en un doble ámbito: tanto en el del supuesto de hecho, como en el de las consecuencias jurídicas:

3.1 En relación al supuesto de hecho del artículo 1290 CC

Es difícil no calificar una enajenación en fraude de acreedores, cuando hay ánimo fraudulento (ya del enajenante, ya también del adquirente), como un contrato con causa ilícita (al menos, con causa *torpe*), y por tanto, origen de una situación que hay que liquidar conforme a las obligaciones restitutorias previstas en los artículos 1305 y 1306 CC. Esta idea ya estaba admitida por la civilística más temprana. Manresa resulta especialmente claro al respecto: «no encontramos en el texto superior de la ley [la] (...) limitación que supone la palabra «sólo», y además, examinando la cuestión, en sus fundamentos vemos que los mismos perjuicios para tercero,

⁶⁸ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, José María, «Causa ilícita y fraude de acreedores (Sentencia de 26 de abril de 1962)», *Anuario de Derecho Civil*, 1962, fasc. IV, 1089.

⁶⁹ *El fraude de acreedores: la acción pauliana*. Bolonia, 1998, 103-104.

ocasionados por un contrato válido, que son motivo de la rescisión, pueden ocasionarse por un contrato anulable (...). Además, examinando los distintos casos que enumera el artículo 1291, y el desenvolvimiento del tercero en el 1297, vemos en él ocasión para el ejercicio de las acciones rescisorias por los acreedores; se trata casi siempre de contratos con causa falsa o ilícita, para defraudar á aquéllos, es decir, con vicios que pueden motivar la nulidad del contrato. (...) Es, pues, compatible la acción rescisoria de éstos con la de nulidad de los contratos». Y añade: «Lo que sí sucede es, que la posibilidad de la rescisión no supone necesariamente la nulidad del contrato»⁷⁰.

La particular naturaleza de la revocación pauliana no es excluyente de la presencia de otros tipos de ineficacia, que atienden a otro tipo de intereses, a otro círculo de legitimados, y por ello, concede otro tipo de efectos. Por eso, la relación que pueda haber entre nulidad y rescisión por fraude de acreedores, no es necesariamente de especialidad (exclusión entre ellas), sino de concurrencia, cada una con sus presupuestos, legitimación, plazos de ejercicio, fines, y consecuencias.

Por otro lado, la pretendida preferencia institucional de la rescisión por fraude sobre la nulidad por causa ilícita, con exclusión de esta última, no otorga una adecuada protección a los legítimos intereses de todo acreedor.

Esto se pone de manifiesto en los casos en que la falta de solvencia del deudor viene provocada por donaciones realizadas por éste con la finalidad, precisamente, de defraudar a los acreedores. Tal fue el caso del que conoció la STS de 4 de febrero de 2005, y sobre el que se volverá más abajo.

Pero en este punto resulta esencial dilucidar una cuestión (que aparentemente ha quedado resulta en nuestra doctrina), y es si las reglas especiales de los artículos 1305 y 1306 CC, en tanto excepción a la regla devolutiva del artículo 1303, son aplicables a los contratos unilaterales (p. ej., una donación). En mi opinión, y a reserva de lo que se explica a continuación, los artículos 1305 y 1306 están dictados sobre el esquema del contrato bilateral, no del contrato unilateral. Esto no es lo mismo que decir, como acertadamente ha hecho notar Delgado Echeverría, que dichos artículos no resultan aplicables cuando sólo una de las partes ha ejecutado la prestación prevista⁷¹.

⁷⁰ *Comentarios al Código Civil*, t. VIII, 1907, p. 727.

⁷¹ «Artículo 1306», *Comentario del Código Civil* (dirs., Cándido Paz-Ares, Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Rodrigo Bercovitz, Pablo Salvador Coderch), Madrid, 1991, t. II, 560.

Señaló Díez-Picazo al analizar el artículo 1306 (aunque lo mismo cabría señalar para el 1305) que dicho precepto «no excluye su aplicación en los casos en que sólo se produzcan obligaciones unilaterales»⁷². Desde luego el precepto no traza la distinción entre uno y otro tipo de contratos; ahora bien: ello no obsta a que el objetivo pseudosancionador y disuasorio de los mencionados preceptos sólo se desarrolla verdaderamente en los contratos bilaterales, por la sencilla razón de que su aplicación a los unilaterales conduce a reconocerles la misma eficacia que los regularmente celebrados: ni el donante ni los terceros interesados podrían solicitar la devolución de la cosa donada, ya el donatario sea partícipe o no de la finalidad ilícita (defraudatoria). Esto ya sería, en mi opinión, bastante para negar que el artículo 1305 y el 1306 sean aplicables, por ejemplo, en el marco de una donación con fin defraudatorio de los acreedores del donante.

Díez-Picazo señaló que los problemas aplicativos de los artículos 1305 y 1306 a estos casos arrancan del caso resuelto por el Tribunal Supremo en su sentencia de 16-X-1959. Se trató de un caso en el que la demandada había sido amante del actor, y éste le había ido entregando una serie de joyas y objetos de valor. Sufrió después un desengaño y promovió el pleito para obtener la restitución de aquellos bienes⁷³. El Tribunal Supremo estimó la pretensión devolutiva sobre la base de que el artículo 1306 no resultaba aplicable, porque dicho precepto «contempla la hipótesis de contratos con prestaciones recíprocas y no aquellos otros en los cuales sólo consta la entrega de algo, sin compensación de adverso, por una de las partes»⁷⁴. Es cierto que esta doctrina resulta cuestionable en tanto que contrapone al contrato bilateral y las hipótesis en que sólo consta la entrega por una sola de las partes, porque la contraposición habría que ser entre contratos unilaterales y bilaterales, al margen de que en este último caso sólo conste la entrega por una sola de las partes o por ambas; pero al margen de esto, creo que debe compartirse la negación de la aplicación de los artículos 1305 y 1306 a los contratos unilaterales con causa ilícita, a los cuales habría que aplicar la regla general del artículo 1303. Y ello, sin perjuicio de que también sea cierto que la solución dada por el Tribunal Supremo en esta sentencia de 1959 al caso sea criticable; pero no porque el artículo 1306 sea o no aplicable a los contratos unilaterales, sino porque en el caso la donación cumplía, en el contexto general de las relaciones entre los protagonistas, una cierta compensación por los favores recibidos por el actor (que es lo que «contaminaba» de ilicitud esas «donaciones») análoga a la bilateralidad o, como señaló Díez-Picazo, hubo «compensación de adverso»⁷⁵, que hubiese justificado la aplicación del artículo 1306.

⁷² *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. I, 2007, 585.

⁷³ Extraído de *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, Madrid, t. I, 1973, 141.

⁷⁴ *Op. cit.*, ult., 142.

⁷⁵ *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, *op. cit.*, 143.

Si se admite (como aquí se defiende) que las donaciones realizadas con ánimo fraudulento a sus acreedores por el donante son nulas por causa ilícita, y que el hecho de que su finalidad (motivo casualizado) sea el fraude de los acreedores (del que típicamente protege la acción pauliana) no impide su nulidad, con los efectos restitutorios típicos de la nulidad (devolutivos *ex art.* 1303, y no los de los artículos 1305 y 1306), se llega a una adecuada protección de los intereses legítimos de los acreedores, en casos como del que conoció la STS de 4-II-2005 (RJ 2005\946): en ella, se plantea si el propietario de un bien, el cual lo adquirió por donación, cuando la finalidad de esa donación fue por parte del donante defraudar a sus acreedores (la relación entre donante y donatario era de padre-hijo⁷⁶) puede evitar el embargo trabado sobre ese bien, interponiendo eficazmente tercería de dominio. El Tribunal Supremo llegó a la conclusión de que la tercería de dominio no puede prosperar, añadiendo que ello se sostiene «cualquiera que sea la opinión que se tenga acerca de si la rescisión por fraude de acreedores es o no excluyente de la nulidad por causa ilícita, cuando la ilicitud consista precisamente en la finalidad fraudulenta del negocio transmisor» (fundamento de derecho tercero).

En mi opinión, el Tribunal Supremo llega a una solución adecuada en términos valorativos, y además correcta *de lege lata*. Pero aunque el Alto Tribunal afirme que su conclusión es al margen de que se admita o no la compatibilidad entre nulidad y rescisión por fraude de acreedores, lo cierto es que admite implícitamente esa compatibilidad, o al menos, que la presencia del ánimo fraudulento no excluye la anulación del contrato (en el caso, una donación), por la razón de que la *nulidad* del título transmisor se admite en la jurisprudencia como argumento para probar el *no dominio* del que interpone la tercería de dominio (pretendiendo así el levantamiento del embargo) y por tanto su desestimación, mientras que la revocabilidad de la adquisición por fraude se entiende que excede de los límites de lo que puede ser conocido en el incidente de tercería de dominio (sin perjuicio de que, en un procedimiento aparte, pueda interponerse acción revocatoria), y por tanto no impide el éxito de la tercería de dominio⁷⁷.

Las anteriores consideraciones permiten afirmar, como alternativa interpretativa, que el artículo 1290 CC no está empleando la

⁷⁶ Cfr. art. 1310.2-2.º de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Derecho de obligaciones.

⁷⁷ Sobre estas cuestiones, véase TORRES PEREA, José Manuel de. «La acción rescisoria por fraude de acreedores en la práctica judicial, en especial análisis del requisito de la subsidiariedad procesal», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 28, 2012, 195 y ss.

idea de contrato «válidamente celebrado» como contrapuesta a la de «contrato nulo», sino probablemente como contrapuesto a la de contrato «simuladamente celebrado». En este sentido, me parece muy relevante que el Código Civil federal mejicano del año 1870 (que sabemos que, en otras materias, fue tomado en cuenta por el codificador español), en su artículo 1801, al regular la revocación por fraude de acreedores disponía que «los actos o contratos celebrados *realmente* por el deudor, en perjuicio de su acreedor, pueden rescindirse (...) si (...) resulta la insolvencia del deudor», oponiendo sistemáticamente la idea de contrato celebrado realmente, con el contrato simulado (cfr. arts. 1797 a 1801)⁷⁸.

A modo de conclusión: los acreedores no necesitan de una especial protección para defenderse frente a los actos o negocios que, siéndoles perjudiciales, resultan también nulos, salvo que las consecuencias de la nulidad no les satisfaga. En otras palabras: si la acción revocatoria se reconoce a los acreedores, es porque a través de ella los legitimados para su ejercicio consiguen una protección que, de otra forma, no podrían obtener. Por ello, la acción revocatoria debe operar independientemente de las acciones de nulidad, y de igual forma, los efectos de unas y otras operan también sin excluirse.

El artículo 1290, concretado a la revocación por fraude, es una formulación imperfecta de los requisitos de la rescisión que seguramente se debe al intento de someter a una categoría y regulación unitarios supuestos muy heterogéneos. Como señaló Álvaro D'ors, y se ha mencionado más arriba, «la doctrina del Derecho Común simplificó demasiado las cosas al huir del casuismo para caer en el «regulismo»»⁷⁹.

3.2 En relación a las consecuencias jurídicas de la revocación y de la nulidad por causa ilícita

La cuestión radica en si realmente existe una incompatibilidad o solapamiento institucional, más que en los presupuestos de aplicación, en la finalidad de ambas figuras, en las funciones que están llamadas a cumplir, y en los efectos que produce su aplicación. En otras palabras: la cuestión radica en si la acción revocatoria añade

⁷⁸ En la doctrina francesa, en el mismo sentido, GAUDEMET, al explicar la acción pauliana concluye que si el acto es simulado, en tal caso «los acreedores pueden ejercer una acción para que se declare la simulación. Y si el acto no es simulado, los acreedores pueden lograr la revocación del acto fraudulento» [*Teoría general de las obligaciones*, México D. F., 1974. (Traducción y notas de Derecho mexicano por Pablo Macedo), 431].

⁷⁹ «Varia Romana», *op. cit.*, 778.

a los acreedores «algo» que no pueden obtener por el solo hecho de la declaración de nulidad. Y la respuesta debe ser *afirmativa*, desde el momento en que los artículos 1305 y 1306, a pesar de la declaración de nulidad de un contrato, en determinadas hipótesis permite la *retención* de la prestación recibida, incluso, por el que ha participado en la causa torpe.

Los artículos 1305 y 1306 CC, de espíritu verdaderamente sancionador *inter partes* mediante la «congelación» del *status* prestacional al tiempo de la declaración de nulidad, y por tanto como normas que excepcionan la regla lógica restitutoria de las prestaciones ejecutadas faltando causa justificadora de las mismas (nulidad del título), puede perfectamente no satisfacer a los acreedores del enajenante. La acción revocatoria por fraude de acreedores es, así, la vía de protección del acreedor lesionado por la disposición (fraudulenta) de su deudor.

El particular carácter de la consecuencia *restitutoria* de la revocación por fraude de acreedores es totalmente compatible con las consecuencias previstas en los artículos 1305 y 1306, pues la revocación *no presupone retroceso* de los bienes al patrimonio del deudor, pues ese retroceso de los bienes está impedido por lo dispuesto en los artículos 1305 y 1306 (normas de carácter *pseudosancionador*). Nulidad y revocación por fraude no chocan entre sí, sino que se complementan (o han de complementarse), cada uno en su ámbito. Es así que cobra todo sentido aproximar la idea de restitución en estos casos, a la de *inoponibilidad*, limitada sólo en favor de los acreedores demandantes de revocación, *independiente de que, además, el contrato se haya declarado, o sea declarable, como nulo por causa ilícita*. Se trata, en definitiva, del efecto que ya el Derecho justinianeo preveía de la revocación por fraude en la Instituta, 4.6.6.

En efecto: si se admite, como aquí se hace, que la relación entre revocación por fraude de acreedores y la nulidad contractual no es de especialidad-desplazamiento, sino de concurrencia, es porque se *presupone* que las consecuencias de una y otra categoría de ineficacia son compatibles, es decir, la de una no puede anular la finalidad de la otra.

Como sabemos, la posibilidad aplicativa de los artículos 1305 y 1306 CC exige por necesidad atender a los concretos motivos que impulsan a las partes a contratar; de otra forma resulta imposible identificar una causa contractual ilícita, en especial cuando el contrato celebrado es un contrato típico. En un sistema en el que el *animus fraudatoris* es presupuesto de la acción revocatoria, como hemos visto no es posible separar la enajenación revocable del contrato con causa ilícita. Pero en un Sistema (como el español) en el que se tiende progresivamente a objetivar los pre-

supuestos de la revocación (descartando la necesidad del *animus fraudatoris*, y bastando lo que se llama la mera *scientia fraudis*), la cuestión se ve más clara: habrá casos de contratos revocables que, además, sean nulos por ilicitud de la causa, y otros que serán rescindibles aunque no haya causa ilícita (pues la *scientia fraudis*, tal y como hoy se concibe, está desprovista de connotaciones intencionales); y en estos últimos casos, las consecuencias de la revocación por fraude de acreedores deben ser las mismas que en el caso en que el contrato revocable sea, además, nulo por ilicitud causal. En otras palabras: con casi toda probabilidad, las consecuencias restitutorias típicas de la revocación por fraude de acreedores no hay que adaptarlas a cada caso concreto para hacerlas, en el caso concreto, institucionalmente compatibles con las consecuencias de la nulidad (o anulación) que en su caso procedan; sino que han de ser las consecuencias típicas de la revocación las que, por la finalidad que la revocación cumple en el Ordenamiento civil, como elemento integrante de la posición jurídica acreedora como tal, ya se presupone que son típicamente compatibles con ellas. Se llega así a conectar con una idea que es habitual en la doctrina a la hora de explicar las consecuencias de la rescisión por fraude de acreedores: al acreedor demandante *le basta*, es decir, *le es suficiente*, para que la rescisión cumpla su finalidad, con que la enajenación en cuestión no le impida la persecución del bien, ahora en el patrimonio del *accipiens*, como si aún estuviera en el patrimonio del enajenante-deudor suyo.

De Castro, en un estudio de la acción pauliana publicado en 1932⁸⁰, apunta que el efecto principal de la misma se centra en una cuestión de eficacia / ineficacia del acto impugnado respecto de los acreedores del disponente. En su opinión, «[n]uestra ley marca, y bien claramente, la oposición entre inexistencia, nulidad y revocación; el acto revocado será considerado como ineficaz –tan ineficaz como si fuese nulo o inexistente– pero sólo para el demandante» (...); su objeto es sólo que ciertos actos se consideren como no ocurridos, en relación del acreedor que interpuso la revocatoria, y de esa manera, posibilitar la ejecución. Años más tarde, al escribir su obra «*El negocio jurídico*», apuntará que la consecuencia devolutiva prevista en el artículo 1295 «ciertamente no es posible en el supuesto de fraude de acreedores. Para evitar una interpretación absurda, habrá de entenderse que (...) lo dispuesto en el artículo 1295, párrafo 1, se refiere a los supuestos de los contratos celebrados en representación de las personas sujetas a tutela y de los ausentes (artículo 1291, 1.º y 2.º). La misma letra del artículo 1295 muestra que no se piensa en los contratos en fraude de acreedores, ya que se parte de que quien pretenda la rescisión está *obligado a devolver* algo que había recibido por el contrato rescindible. Hipótesis totalmente extraña al supuesto de la acción del acreedor defraudado»⁸¹.

Roca Sastre, en su *Derecho Hipotecario*, al estudiar la acción pauliana, afirma que dicha acción «despliega su efecto revocato-

⁸⁰ *La acción pauliana, op. cit.*, 204-205.

⁸¹ *El negocio jurídico*, Madrid, 1985, 524.

rio o restaurador, merced al cual los bienes enajenados se reputan que se hallan otra vez en el patrimonio del deudor enajenante, a los efectos de que los acreedores puedan proceder ejecutivamente contra tales bienes, en la medida necesaria para que cobren sus créditos» (p. 304). Pero más adelante, es aún más explícito cuando concluye: «la enajenación fraudulenta no se anula, sino que se deshace o rescinde, lo que es muy distinto, y esto se demuestra con la consideración de que la ineficacia de tal enajenación no opera *ex tunc*, (...) ya que la acción Pauliana queda paralizada en su efecto revocatorio frente a un subadquirente oneroso de buena fe (...). [E]l acto alienatorio fraudulento no queda sin efecto en absoluto, sino de un modo parcial o limitado, o sea que las cosas enajenadas se reputan como si no hubieran salido del patrimonio del deudor, pero ello a los efectos procesales de la ejecución que contra ellos pueden entablar los acreedores, y en cuanto sea necesario para que el acreedor defraudado pueda cobrar sus créditos, subsistiendo la enajenación en todo lo demás. Se considera como si los bienes enajenados fraudulentamente no hubieran sido transmitidos (...), pero tan sólo en la medida necesaria para que el acreedor impugnante pueda resarcirse del importe de su crédito» (p. 308). A la tesis de Roca se unirá también Moreno Quesada⁸².

Jordano Barea, en una línea similar concluye que «la ineficacia revocatoria se limita a eliminar –relativa y limitadamente–, sólo frente al acreedor impugnante y sólo en la medida cuantitativa del perjuicio económico, el efecto sustractivo a su garantía patrimonial de la enajenación impugnada. Lo que supone, que *sin* deshacerse/eliminarse el efecto transmisivo/adquisitivo de la enajenación impugnada, el acreedor actor podrá perseguir, con su acción ejecutiva, el bien o bienes objeto de dicha enajenación, hasta la medida de su perjuicio, *pese* a encontrarse ahora en el patrimonio del tercer adquirente (tercero no-deudor suyo), *pese* a *no* pertenecer ya al deudor enajenante. De esta otra forma (...) *no* hay, como consecuencia de la ineficacia, reingreso del bien enajenado en el patrimonio de quien fue sujeto transmitente en la enajenación impugnada»⁸³.

Cristóbal Montes, ahondado en la misma dirección, concluye estudiando la acción pauliana que «[n]o estamos en el campo de la invalidez (nulidad y anulabilidad), sino en el de la ineficacia estricta. El negocio fraudulento no es un negocio nulo ni anulable, sino tan solo un negocio que, de prosperar la acción revocatoria, carecerá de efectos frente al acreedor que le haya hecho valer y que en ningún supuesto (...) restablecerá la común garantía del deudor y permitirá a todos sus acreedores, incluidos los no impugnantes, ocurrir [sic. –debería decir “concurrir”] a la garantía así establecida»⁸⁴. Y añade un poco más abajo: «¿Para qué haría falta

⁸² «Art. 1295», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirs. Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart), Madrid, Tomo XVII, vol. 1.º, 1981, 165.

⁸³ *La acción revocatoria o pauliana. Algunos aspectos esenciales de su régimen en el derecho vigente*, Granada, 2001, 58.

⁸⁴ «Fundamento y naturaleza jurídica de la acción pauliana», *Revista de Derecho Privado*, octubre, 2001, 780.

en este supuesto, en el caso de que fuera posible, anular la enajenación? Absolutamente para nada, porque ello, amén de desproporcionado, trastorna por completo la contemplación correcta del supuesto»⁸⁵.

Fernández Campos explica que con la acción pauliana «no se persigue reintegrar el patrimonio del deudor, sino que el objetivo que se propone el ordenamiento consiste en restaurar el destino del bien, como integrante de la garantía patrimonial, a la satisfacción del crédito; o dicho en otros términos, (...) reconstituye la posibilidad de realizar el crédito mediante la ejecución de los bienes que estaban sujetos a responsabilidad patrimonial». Y añade a continuación: «La devolución del bien enajenado al patrimonio del deudor resulta innecesaria para alcanzar la finalidad perseguida»⁸⁶.

De esta forma, si tuviéramos que condensar en un solo concepto los efectos de la rescisión por fraude de acreedores, posiblemente éste sería en el *inoponibilidad*. De hecho, un sector doctrinal emplea este concepto para describir los efectos de la rescisión por fraude de acreedores:

– Marín Pérez, al explicar la rescisión por fraude de acreedores, apunta que «muchas dudas existen sobre cuál es el carácter de esa impugnación, pero hay acuerdo en que no produce la nulidad absoluta del acto de disposición impugnado, medida que excedería del interés del acreedor. Un medio suficiente e incluso más seguro es el de la simple inoponibilidad frente al acreedor del efecto traslativo del acto»⁸⁷.

– Torres Perea, desarrollando argumentos similares, da un paso más en relación a los efectos de la rescisión fraude, y conecta abiertamente tales efectos con el fenómeno de la inoponibilidad, hasta el punto que reconoce que las diferencias entre ambas instituciones «no los encontramos en el ámbito de sus efectos, sino en el ámbito de los requisitos de ejercicio»⁸⁸.

– Por último, Gullón, partiendo de los mismos postulados que los sostenidos por los autores anteriores, también conecta los efectos propios de la rescisión por fraude de acreedores, y el efecto de la (in)oponibilidad, hasta el punto que concluye que «la inoponibilidad del negocio frente a los acreedores» es el «concepto que seguramente resume con más propiedad el conjunto de aquellos efectos antedichos»⁸⁹.

⁸⁵ *Op. cit.*, 781.

⁸⁶ «Actuación de la acción pauliana», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (coords. Antonio Cabanillas Sánchez, Jorge Caffarena Laporta, José María Miquel González, Vicente L. Montés Penadés, Antonio M. Morales Moreno, Fernando Pantaleón Prieto), Madrid, 2003, t. II, 1827.

⁸⁷ MARÍN PÉREZ, José Antonio, *La rescisión del contrato (en torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, Barcelona, 1995, 368.

⁸⁸ TORRES PEREA, José Manuel de, *Presupuestos de la acción rescisoria*, Valencia, 2001, 112.

⁸⁹ «Negocios a título gratuito y fraude de acreedores», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, 2003 *op. cit.*, 2071.

El centrarse en estas consecuencias de la acción rescisoria por fraude de acreedores, y apoyarse en la idea de *inoponibilidad* para explicarlas, no es exclusivo de nuestra doctrina. Se reproduce este enfoque también, señaladamente, en el ámbito del Derecho italiano, aunque allí tal vez con más razón a la vista de lo dispuesto en el artículo 2902 del Codice Civile⁹⁰. A nivel doctrinal, Gazzoni proporciona una clara visión del efecto rescisorio («revocatorio») como mecanismo de protección de los acreedores ante actos del deudor realizados en perjuicio suyo: «la sentencia de revocación tiene como efecto considerar ineficaz, sólo con respecto al acreedor que ha ejercitado la acción, el acto de disposición, a fin de que en caso de incumplimiento, el acreedor pueda operar con la acción ejecutiva por equivalente (...) en relación con el bien ingresado en el patrimonio del tercero o, preventivamente, obtener un embargo. La acción revocatoria (...) no tiene efecto restitutorio porque el acto de disposición es válido y eficaz erga omnes, con la única excepción del acreedor que ejecuta en juicio (...). Los acreedores que han permanecido pasivos no podrá agredir el bien que está en poder del tercero, ni intervenir en el procedimiento ejecutivo iniciado por el acreedor revocante». Y concluye: «el tercero es propietario y por tanto no puede concurrir al reparto, pudiendo apropiarse del eventual residuo del precio, no ya como acreedor, sino como *uti dominus*»⁹¹.

En una línea similar, y aun sin un precepto como el artículo 2902 del Codice italiano, también la doctrina francesa ha condensado en la idea de *inoponibilidad* los efectos de la acción revocatoria o pauliana. Así, Mazeaud (Henri / Leon / Jean) y Chabas (François)⁹². También Terré, Simler y Lequette⁹³; Marty y Raynaud⁹⁴; y Carbonnier⁹⁵.

4. EL ALCANCE DE LOS EFECTOS DE LA REVOCACIÓN PAULIANA EN RELACIÓN A LOS FRUTOS QUE LA COSA HAYA PRODUCIDO

A priori, podría decirse que la revocación por fraude de acreedores, no alcanza, en cuanto a la consecuencia restitutoria, a los frutos que la cosa enajenada haya podido producir desde su enajenación hasta la restitución (o, al menos, hasta la interposición de la

⁹⁰ Art. 2902 del Codice Civile, apartado 1: «*Il creditore, ottenuta la dichiarazione di inefficacia, può promuovere nei confronti dei terzi acquirenti le azioni esecutive o conservative sui beni che formano oggetto dell'atto impugnato.*»

⁹¹ GAZZONI, Francesco, *Obbligazioni e contratti*, Nápoles, 2009, 683.

⁹² MAZEAUD (Henri / Leon / Jean); CHABAS (François). *Leçons de Droit Civil. t. II-1.º Obligations. Théorie générale*. París, 1998, 1070.

⁹³ TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves, *Droit Civil, Les obligations*. París, 1996, 855-856, y 872 (§ 1060 y § 1085 respectivamente).

⁹⁴ MARTY, Gabriel; RAYNAUD, Pierre, *Droit Civil, Les obligations*, t. 1: *Les sources*, París: Sirey, 1988, 283 (§ 269).

⁹⁵ CARBONNIER, Jean. *Droit Civil, 4, Les obligations*, París: Presses Universitaires de France, 2000, 639 (§ 367).

demanda de revocación). En efecto: la rescisión, como elemento configurador de la posición jurídica de todo deudor, su virtualidad y eficacia no presupone la ineficacia del título por el que el deudor transmite, ni consiguientemente, cuestiona que el *accipiens* haya adquirido su dominio, con todas las facultades que ello comporta (en particular, el llamado *ius fruendi*). Por tanto, sobre esta base, parece fácil concluir que el *ius fruendi*, en cuanto integrante de la posición jurídica de propietario, y por cuanto la propiedad no se cuestiona, lógicamente ha de corresponder al dueño. Esto habría de conducir, en definitiva, a que los efectos la revocación (rescisión por fraude de acreedores) no han de poder proyectarse sobre los frutos que la cosa haya generado en manos de adquirente de la cosa (propietario).

Sin embargo, a esta forma de razonar se le puede oponer la literalidad de lo dispuesto en el artículo 1295 CC, a cuyo tenor «la rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses (...)». Precisamente por lo que se ha explicado al inicio de este epígrafe, el precepto ya fue criticado en trabajos tempranos, como el ya citado de Labandera y Blanco, en el que expone que «[n]o se acierta a comprender cómo puede reputarse un contrato válido, sin producir siquiera mientras no se rescinda el efecto de legitimar la adquisición de frutos e impedir el abono de intereses. El procedimiento del Código, lógico en las obligaciones nulas (...) no se justifica en las rescindibles por ningún argumento serio (...). El contrato sirvió de base a la posesión y buena fe del adquirente hasta la demanda»⁹⁶.

Es verdad que el artículo 1295 CC parece estar pensado para disciplinar los efectos restitutorios de la rescisión por lesión, y no para la revocación por fraude; y podría añadirse a mayor abundamiento, que sabemos que el Codificador de 1888 refundió en un mismo capítulo la disciplina de la rescisión contractual, cuando el Proyecto de 1851 separaba en distintas secciones la rescisión por fraude del resto de causas de rescisión; y esto podría llevarnos a pensar que el artículo 1295 no resulta aplicable a la rescisión por fraude, y por tanto, sus efectos no se extienden a los frutos generados por la cosa. Sin embargo, a esta forma de razonamiento le son objetables dos argumentos que resultan difíciles de salvar: el primero es que, si se admite que el 1295 CC no resulta aplicable a la rescisión por fraude de acreedor, ¿dónde se disciplinan entonces sus efectos?; y el segundo, es que

⁹⁶ «Nulidad, anulabilidad y rescindibilidad en el Código Civil. Arts. 1.261, 1.300 y 1.290», *Revista de Derecho Privado*, 1914, 182.

también en el Proyecto de 1851 (en el que se pretendía diferenciar bien la rescisión por fraude del resto de supuestos de rescisión), se preveía en su artículo 1181, dictado en sede expresa de rescisión por fraude, que «declarada la rescisión debe el adquirente de las cosas enagenadas [sic] devolverlas con todos sus frutos y utilidades».

Como se ve, *de lege lata* todo parece conducir a que los efectos de la revocación se extienden a los frutos que la cosa haya generado desde que fue adquirida por el tercero.

Sin embargo, la cuestión es más compleja de lo que aparenta.

Probablemente la clave de la respuesta se halle en una adecuada lectura del artículo 1298 CC. Porque contra lo que a primera vista pueda parecer, dicho precepto no contiene una regla sancionadora de la mala fe, como si supusiera un desvío expreso de lo que, de otra forma, habría de ser la regla general.

El hecho de la pérdida o menoscabo fortuitos, y la distribución del riesgo de su acaecimiento, sólo tiene sentido en el marco de una relación obligatoria *vigente*, en la que está implicada la cosa perdida como objeto de prestación. Trasladada esta idea a la dinámica de la revocación por fraude, en la que el demandante exige del propietario que un bien quede a su alcance como elemento de responsabilidad patrimonial por deudas del transmitente de dicho bien, parece claro que la relación jurídica revocatoria⁹⁷, en cuyo marco cobra sentido la distribución del riesgo por pérdida de la cosa, comienza precisamente con la interposición de la demanda. Pero el demandado adquirente de *mala fe*, precisamente por su mala fe, no puede desconocer la revocabilidad de su adquisición, ni por tanto su eventual deber restitutorio (en el sentido revocatorio), no a partir de la interposición de la demanda de revocación, sino desde el momento de la adquisición. Por consiguiente, el artículo 1298 CC admite ser leído, no como una regla sancionadora a la mala fe –como si ésta pudiera suponer una excepción a lo que habría de ser la regla general–, sino como una regla aplicativa de oponibilidad *de lo que* el Ordenamiento entiende que el afectado no puede razonablemente ignorar, y *desde el momento en que* razonablemente no puede ignorarlo: el adquirente de mala fe, *desde el principio*; el de buena fe, desde la condena (sólo que en este último caso, como se ha señalado, los efectos se retrotraen al *momento de la interposición de la*

⁹⁷ La eventual estimación de la demanda de revocación permite retrotraer los efectos al momento de su interposición.

*demanda*⁹⁸). No hay, por tanto, necesidad de ver en el artículo 1298 CC un reflejo de lo previsto en el artículo 457⁹⁹.

La oponibilidad se refiere aquí a la existencia de la relación jurídica restitutoria típica de la revocación, la cual surge al modo de las relaciones obligatorias de fuente legal (cfr. art. 1089 CC), por la mera integración de su supuesto de hecho, al margen de la voluntad de los que resultarán obligados.

El problema típico de las obligaciones de fuente legal es que es teóricamente posible que una persona ocupe en ella la posición deudora sin que razonablemente pudiera exigírsele que conociera tal circunstancia¹⁰⁰. Como se ve, no se trata en estos casos de un problema de *eficacia* de la ley como fuente de obligaciones, sino de un problema de *seguridad jurídica*, y en concreto, de exigibilidad¹⁰¹. Así, el demandado de rescisión de buena fe, si en ese momento paga al demandante el perjuicio ocasionado, no se dirá que realiza un pago *indebido*, ni se dirá tampoco que carece de efecto solutorio, en el entendido que el procedimiento en el que se conocería de la rescisión carece ya de objeto.

Afirmar que desde el momento en que al deudor de la relación jurídica restitutoria le es oponible su existencia no puede liberarse por el hecho de la pérdida de la cosa, es una regla no sólo razonable, sino complemento coherente con lo previsto como regla general en el artículo 1182 *in fine* CC; así, al adquirente de mala fe, desde el momento mismo de su adquisición; al de buena fe, desde la demanda de rescisión.

Esta misma lógica, y por las mismas razones, es perfectamente coherente trasladarla para explicar la posible extensión de las consecuencias de la revocación, también a los frutos generados por la cosa en manos ya del adquirente. No obstante, esto exige una aclaración:

La extensión de las consecuencias revocatorias a los frutos no cumple una función indemnizatoria, ni compensatoria, ni ninguna función análoga a la que la atribución de los frutos cumple en sede de posesión según si el poseedor es de buena o mala fe. La finali-

⁹⁸ En este mismo sentido, en el Derecho comparado, véase la doctrina italiana al respecto en CENDON, Paolo. «2902-Effetti», *Commentario al Codice Civile*, Artt. 2740-2906, Milán, 2009, 1229-1230.

⁹⁹ En contra, viendo esa relación, D'ORS, Álvaro. *Varia Romana*, *op. cit.*, 777.

¹⁰⁰ Y la obligación restitutoria típica del enriquecimiento injusto adopta este mismo esquema. De ahí una regla como la del art. 212, libro 6, del Código Civil holandés, el cual, después de señalar los límites típicos de la pretensión de enriquecimiento injusto (el enriquecido no debe más de en cuanto se haya enriquecido), dispone en su apartado 3 que el enriquecimiento será descontado tanto como haya decrecido durante el período de tiempo en el que la persona enriquecida no era razonable que reconociera la existencia de la obligación (restitutoria) derivada del enriquecimiento.

¹⁰¹ Es el mismo problema que subyace, por ejemplo, en el art. 148 CC. Véase al respecto la doctrina de la STS de 30-IX-2016 (RJ 2016\4844).

dad de la acción revocatoria, desde su origen y hasta su aceptación por el Código Civil, ha sido y es hacer para el acreedor demandante como si el bien sobre el que se proyecta la revocación no hubiera salido del patrimonio del deudor, o como se señalaba en la *Instituta*, 4.6.6, como si la cosa «sigue estando en el patrimonio del deudor». De este modo, podría concluirse que si el bien es fructífero, en principio no debería haber problema, al menos teórico, para que esos frutos sigan la misma suerte que la cosa fructífera, y los efectos de la revocación pudieran extenderse sobre ellos¹⁰².

Esta forma de razonar, más bien de pura lógica formal, encuentra sin embargo problemas. Ello se debe a que los frutos, una vez percibidos, tienen una consideración objetiva autónoma e independiente como objetos de tráfico y de derechos, y son relativamente independientes de la cosa «madre»¹⁰³. Si hay alguna razón para que sobre los frutos se extiendan también las consecuencias revocatorias, es porque suponen la medida de un beneficio cuya no obtención por el deudor significa un perjuicio (pauliano) para sus acreedores *añadido al que ya les supone la enajenación del bien en sí*.

En mi opinión, no parece que deba haber problemas para admitir que los frutos generados por un bien sobre el que opera el efecto revocatorio, estén expuestos también, y *por este solo hecho*, a las consecuencias revocatorias. Ahora bien: probablemente con un cuádruple condicionamiento:

a) Esos frutos sólo habrían de ser expuestos a la consecuencia revocatoria si la revocación sobre la cosa fructífera (la que fue objeto de enajenación en perjuicio de los acreedores) no fuese suficiente para proteger a los acreedores, no en otro caso. En otras palabras: parece conveniente defender en este punto una especie de prioridad de la revocación sobre el bien con respecto a los frutos posteriormente recogidos¹⁰⁴.

b) La revocación sobre los frutos sólo debe operar en la medida en que sobre ellos se reproduzcan los presupuestos que hacen posible la acción (por ejemplo: el adquirente es un donatario).

c) El plazo de caducidad de la acción revocatoria sobre los frutos, que en general el artículo 1299 CC establece en cuatro años,

¹⁰² De hecho, esta consecuencia ya la calificaba de «lógica» Benito GUTIÉRREZ, «puesto que se finge que la cosa nunca salió de los bienes del deudor» (véase su *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, Madrid, 1869. t. IV, 177). Estaba también expresada en ULPIANO, D. 42.8.10, § 22.

¹⁰³ Los frutos generados por un bien sobre el que recae un gravamen o un derecho real, no quedan gravados por el solo hecho de haber sido producidos por un bien que sí lo está.

¹⁰⁴ Cabe recordar en este momento, que es doctrina reiterada que la acción revocatoria sólo justifica la revocación en la medida necesaria, y no más, para proteger el legítimo interés de los acreedores.

debe tener su *dies a quo* en el mismo momento en que se cuenta el plazo de caducidad de la acción de rescisión sobre la cosa cuya enajenación provoca el perjuicio pauliano. En otras palabras: si se admite la extensión del efecto revocatorio a los frutos generados por la cosa, no puede pretenderse que cada vez que se obtengan frutos, cada uno de esos momentos marque el *dies a quo* particular de un plazo independiente de cuatro años *ex* artículo 1299. La extensión de la revocación a los frutos debe entenderse *accessorio*.

d) Finalmente, parece sensato someter el efecto revocatorio sobre los frutos obtenidos por el adquirente a los siguientes límites:

1. Límite temporal: sólo a los frutos percibidos desde que la revocabilidad le fuese oponible.
2. Límite cuantitativo: seguramente doble (concurrente):
 - Nunca superior a lo que *realmente* hubiese obtenido el adquirente¹⁰⁵.
 - Nunca superior a lo que *hipotéticamente* hubiese obtenido el deudor de no haber enajenado¹⁰⁶.

Estos límites cuantitativos no sólo, al menos en mi opinión, resultan convenientes, sino que tampoco resultan desconocidos en la tradición jurídica castellana¹⁰⁷, que en esta materia, más que en

¹⁰⁵ La razón de este límite radica en que la rescisión por fraude de acreedores no puede justificar, como tal, su extensión a bienes particulares del que no sea el deudor.

Piénsese, también, que si el bien aún estuviese en manos del deudor, no sólo (por razones obvias) el poder de agresión de los acreedores no puede extenderse sobre los frutos hipotéticamente perceptibles (y realmente no percibidos) por el deudor, sino que tampoco tiene, en líneas generales, derecho a que los bienes del deudor sean administrados y explotados por el mismo de una forma eficiente, ni siquiera a que mantenga el nivel de frucción. Consecuentemente, por motivo de la rescisión pauliana el acreedor no puede obtener del adquirente unas ventajas que no podría haber exigido del deudor si el bien aún estuviese en su patrimonio.

Excepcional es, por lo dicho, la llamada acción de devastación hipotecaria (art. 117 LH) para las garantías hipotecaria inmobiliaria; para las garantías sobre bienes muebles hipotecados o pignorados sin desplazamiento, *cfr.* arts. 18 y 63 LHMyPSD. No obstante, se ha querido ver, en D. 42.8.3, § 2 y en D. 42.8.25, § 7, que la acción revocatoria extendía su protección también respecto a los actos de destrucción y pérdida material de la cosa, si bien, claro está, en estos supuestos no podría «mediar la responsabilidad de un tercero» —KIPP, T. *op. cit.*, 7—.

¹⁰⁶ Aunque el adquirente del bien hubiese obtenido más frutos de los que hubiese obtenido el deudor enajenante. Una solución distinta supondría una injerencia en el patrimonio del adquirente que sin duda sobrepasa la finalidad de la acción rescisoria por fraude, pues conduce a poner al acreedor demandante en una posición *mejor* que la que tendría si la enajenación no se hubiese producido. No hay ninguna razón para hacer al acreedor partícipe de esa mejor explotación realizada por el adquirente.

¹⁰⁷ Tampoco, probablemente, en el Derecho Romano, aunque los textos no son tan claros. En efecto, en D. 42.8.10, § 19 se recoge la opinión de ULPIANO conforme a la cual «per hanc actionem res restitui debet, cum sua scilicet causa», y en el siguiente pasaje (§ 20), se añade: «Et fructus non tantum, qui perspecti sunt, verum etiam hi, qui percipi potuerunt a fraudatore, veniunt (...)». A primera vista, parece que la restitución de frutos es de *todos* los que la cosa haya generado. Sin embargo, D'ORS, siguiendo a HUSCHKE, concluye que en este pasaje ULPIANO se está refiriendo a los frutos *cohaerentes*, distinguiendo así «entre aquellos *qui perspecti sunt* (por el demandado) y los que *percipi potue-*

otras, se revela especialmente útil para averiguar el «esquema revocatorio» que el Legislador daba por presupuesto¹⁰⁸. Así, en la Ley 11, Título XV, Partida V, se puede leer:

«Tornada deue ser la cosa, que algún debdor enagenasse maliciosamente, faziendo engaño a aquel cuyo debdor era, en el estado que estaua ante que fuesse enagenada, con los frutos que auia sobre si, a la sazón que la enageno, e con los otros que salieren ella, desde el día que fue demandada en juyzio, fasta que sea dada sentencia contra el que fuesse tenedor della. Sacadas ende las des-pensas, que fuesen fechas en razón de los frutos, o por mejoramiento que fuesse fechoe n al cosa enagenada. Mas los frutos que saliessen della, desde el día que fuesse enagenada, fasta el día que la començaron a demandar en juicio, deuen fincar al que compro la cosa».

La doctrina castellana era clara al negar que la revocación pudiera extenderse a los frutos producidos por la cosa en el periodo de tiempo comprendido entre la enajenación y la revocación como tal¹⁰⁹. Y respecto de los frutos verosímilmente perceptibles, aunque no hubieran sido realmente percibidos, Gregorio López se mostraba partidario de una interpretación muy amplia, pues la revocación habría de alcanzar los frutos que pudieron haberse percibido «ya por el actor, ya por el que hizo el fraude, según fuere más útil al actor»¹¹⁰, pudiendo, así, elegir el demandante. Probablemente la facultad de elección resulte hoy difícil de argumentar; pero lo que interesa resaltar es que la extensión de los efectos de la revocación no sólo sobre la cosa enajenada, sino también a los frutos que verosímilmente la cosa hubiera producido *desde la interposición de la demanda de revocación*, no es algo desconocido en nuestra tradición jurídica.

runt a fraudatore, es decir, aquellos frutos que existiendo ya como *cohaerentes* en el momento de la enajenación, no había sido *perspecti* por el demandado» (*El interdicto fraudatorio*, *op. cit.*, 186). Y más adelante, concluye: «el demandado por el interdicto fraudatorio debía restituir, cuando se trataba de cosas, éstas mismas *cum sua causa*, es decir, con los frutos *cohaerentes* en el momento de la enajenación, aunque el adquirente del *fraudator* no los hubiera recogido, y con los frutos *recepti* después de entablado el interdicto, pero no los del tiempo intermedio» (*op. cit.*, 188).

¹⁰⁸ Conviene en este punto recordar los términos de la base primera de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888.

¹⁰⁹ Así, en la *Curia Filipica*, HEVIA BOLAÑOS explicaba: «La revocatoria de la enagenación fraudulenta de los bienes enagenados, fe ha de hazer con los frutos de ellos, pendientes à la fazón que fe enagenaron, y los cogidos, y que fe pudieron coger depues de la conteftacion de la caufa de la revocatoria, hafta la reftitucion de la cofa, facada la cofa de ellos, y la de la mejora hecha en ella hafta entonces, mas no los demás frutos, que en el medio tiempo d ela enagenacion, y conteftacion fueron cogidos, ò fe pudieron coger, porque effos no fe han de reftituir» (Tomo II, Libro 2, capítulo 13, § 22 –p. 155 edic. 1725–).

¹¹⁰ Traducción de la glosa de Gregorio LÓPEZ realizada por Ignacio SANPONS y BARBA, Ramón MARTI DE EIXALA y José FERRER Y SUBIRANA. *Las siete partidas del sabio rey D Alonso [sic] IX [sic]*. T. III. Barcelona, 1843, p. 393.

Una vez abordada la cuestión de si los efectos de la rescisión por fraude de acreedores pueden extenderse a los frutos generados por el bien, cabe hacerse una última cuestión: ¿*Quid* si lo que hubiese sido enajenado en fraude de acreedores hubiese sido una cuantía de dinero (por ejemplo: una donación de dinero)? Si se admite que los efectos revocatorios pueden extenderse a los frutos generados (o incluso presumiblemente obtenibles por el deudor enajenante), ¿debiera en este caso extenderse el efecto revocatorio, al menos, sobre el *interés legal del dinero*?

La respuesta negativa parece la más segura. La razón de ellos es que el interés legal del dinero se presenta en el Derecho Privado como una liquidación objetiva del perjuicio sufrido (indemnizable) en las deudas pecuniarias, relevando (aunque no impidiendo) al acreedor que sufre el incumplimiento de cualquier prueba del daño sufrido. Se trata, por tanto, de una liquidación legal del daño que facilita la liquidación del perjuicio, no de una presunción de *lucro cesante*, por la sencilla razón de que el interés legal del dinero no es un indicador del rendimiento del capital en el mercado. Esto es ya suficiente para negar que las consecuencias de la revocación, aunque se admita que puedan extenderse sobre los frutos de la cosa, puedan sin embargo extenderse al interés legal del dinero.

5. LA «INDEMNIZACIÓN» DE LOS ARTÍCULOS 1295 Y 1298 CC

Los artículos 1295 y 1298 contemplan la hipótesis en que, procediendo la revocación, la cosa ya no esté en poder del que debe soportar sus efectos. Conviene detenerse en la naturaleza de esta «indemnización».

Ni el artículo 1295 CC (dictado como regla general para todo caso de rescisión) ni el artículo 1298 (dictado específicamente para el caso en que proceda la rescisión por fraude de acreedores) impide la rescisión cuando la cosa ya no esté en manos del que deba soportar la revocación. La finalidad de ambos preceptos es adaptar las consecuencias de la rescisión a la situación de hecho concurrente; para ello, el Código «subroga» (subrogación real) el valor de la cosa en su lugar, pues dicho valor es el único término con el que ya resulta practicable la revocación. Además: esta forma de entender los artículos 1295 y 1298 es la que convierte en útil la remisión que a ellos hace el artículo 1124 CC (remisión que deja aparte, para someterla a otros requisitos, la partida verdaderamente *indemnizatoria*).

Los antecedentes históricos conducen a esta conclusión. Así, en el Derecho Romano, cfr. D. 42.8.9: «...el que compró con dolo malo, pero vendió al que compró de buena fe, estará obligado por todo el precio de la cosa que recibió».

De forma similar, en el Derecho Castellano. El siguiente fragmento de la *Curia Filípica* (§ 22, Libro 2, Capítulo 13, t. II) es ilustrativo: «(...) si el recipiente de la cosa enajenada en fraude, por título oneroso, la enajenare después a otro, que la recibe con buena fe, no se le puede pedir a éste, sino a aquél el valor, y lo mismo si la consumió, o por otra razón o hecho suyo, no la posee (...). Y lo mismo se entiende enajenándose en el recipiente por título lucrativo, siendo sabedor del fraude, porque si no lo fue, no es obligado a volver el valor, sino es en cuanto por ello se hizo más rico (...)».

Admitido lo anterior, deben señalarse las siguientes ideas complementarias:

a) El remedio revocatorio, *como tal*, no puede justificar que el acreedor legitimado obtenga más (una indemnización) que lo que hubiese obtenido si la rescisión hubiese podido ser desarrollada *in natura* sobre el bien. Por lo mismo, el remedio revocatorio no puede justificar que el acreedor legitimado de rescisión quede en una posición mejor que la que hubiera tenido, si el bien no hubiera salido del patrimonio del deudor.

b) En estos casos, no hay ninguna razón, precisamente atendiendo a los fines de la acción rescisoria, para no aplicar el plazo de caducidad de cuatro años a que se refiere el artículo 1299 CC también cuando la acción deba ejercitarse sobre el valor de la cosa.

5.1 Apuntes sobre la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones

La Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Derecho de Obligaciones, sigue las mismas ideas que la expuestas. Así se desprende del artículo 1314 de dicho texto. En su segundo párrafo, para el caso en que el bien ya no esté en poder del adquirente que haya de soportar los efectos de la rescisión (por haber transmitido a un subadquirente protegido, o por haberse destruido el bien o perdido de cualquier otra forma), se diferencia según el adquirente sea de buena o de mala fe: para el primer caso, el adquirente «responderá del perjuicio causado sólo en cuanto se haya enriquecido», mientras que el de mala fe no puede limitar su responsabilidad al enriquecimiento. Lo que interesa es que, aunque se hable de responsabilidad, no lo es en el sentido de acción indemn-

zatoria en sentido técnico. Lo pone de manifiesto el que el adquirente de buena fe también «responde», lo que seguramente demuestra que la idea de responsabilidad empleada no equivale a medida de resarcimiento de un daño imputable, sino a un cambio objetivo de aquellos bienes sobre los que se va a hacer efectiva la rescisión, aunque por el mismo valor. Es, por decirlo gráficamente, la expresión del paso de una «responsabilidad» *cum viribus*, a otra que es *pro viribus*.

V. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA EXISTENCIA, DE *LEGE LATA*, DE LOS REQUISITOS *ANIMUS FRAUDATORIS* Y *CONSILIUM FRAUDIS* (O *SCIENTIA FRAUDIS*) PARA EL TRIUNFO DE LA ACCIÓN RESCISORIA POR FRAUDE DE ACREEDORES

Desde la consideración de la rescisión por fraude de acreedores como una categoría de ineficacia contractual, se ha ido consolidando la necesidad de que el deudor transmitente lleve a cabo la disposición patrimonial con ánimo de defraudar a sus acreedores; y que, además, el adquirente sea partícipe en el fraude, o que, al menos, no pueda razonablemente ignorar que la transmisión por la que él adquiere, es realizada por su *tradens* con una finalidad fraudulenta.

1. MARCO TEÓRICO DE LA OBJETIVACIÓN, RESPECTO DEL ADQUIRENTE, DE LOS PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN REVOCATORIA

Un Sistema Jurídico que aspire a desprenderse de la exigencia de requisitos subjetivos para el éxito de la acción pauliana, debe tender a reubicar el mecanismo revocatorio como un elemento configurador de la posición jurídica acreedora, en vez de como un tipo de ineficacia contractual.

Las causas de rescisión, comprendidas como causa de ineficacia contractual, se entiende que son *externas al contrato*, en el entendido que no afectan genéticamente al mismo, sino que es la consideración a unos intereses tipificados (por ejemplo, la minoría de edad, o la ausencia) lo que convierte a esos contratos en rescindibles¹¹¹.

¹¹¹ Como señaló DE CASTRO, «[l]os casos de rescisión se dan como medidas correctoras, para evitar una consecuencia injusta, resultante del juego normal del sistema jurídico» (*El negocio jurídico, op. cit.*, 520)

En este sentido, desde un punto de vista de política legislativa, el principal problema que plantea la virtualidad práctica de la rescisión como categoría es de seguridad jurídica. No basta con que concurra la causa externa al contrato para que éste haya de rescindirse: es necesario explicar por qué esa causa *le es oponible* a la otra parte del contrato, que debe así soportar la ineficacia del mismo aun cuando, genéticamente, el contrato es válido; o mejor dicho: el contrato no deja de ser válido por el solo hecho de que concurra una causa de rescisión¹¹².

El problema es haber sometido a esta lógica rescisoria la protección por el fraude a los acreedores. Y ello, porque todas las causas de rescisión previstas en el artículo 1291 CC (salvo, precisamente, la rescisión por fraude de acreedores) están construidas sobre, o apoyadas en, situaciones o contextos cuyos elementos son *oponibles* a los sujetos cuyos efectos han de soportar: la mayoría o minoría de edad, el cargo tutelar, el procedimiento judicial, y finalmente, el precio de mercado –que en buena lógica no puede resultar nunca «sorprendente» para los actores en el tráfico jurídico–; consecuentemente con ello, ni *de lege lata* se exige ni doctrinalmente se defiende, que para que prospere la rescisión por estas causas sea preciso que en el adquirente concurra el ánimo de causar un daño, ni siquiera la consciencia de que pudiera causarse: las causas de rescisión le son oponibles, sin más.

Nada de esto se da en relación a la situación que justifica la rescisión por fraude de acreedores; es decir: los elementos que permiten lógicamente hacer valer la ineficacia rescisoria sobre el adquirente (y por ello, sobre la legítima expectativa de mantener los efectos del contrato) son irreproducibles en el contexto en el que se permite la rescisión por fraude de acreedores.

En términos, de nuevo, de política legislativa, la única forma lógica de seguir manteniendo la protección «pauliana» en los esquemas de la ineficacia rescisoria, era (y es) traducir la oponibilidad de la situación que legitima la rescisión en este contexto (imposible en términos de oponibilidad *objetiva* o *real*) a términos de *imputabilidad* al adquirente de la situación que justifica la rescisión. La única forma *teórica* de hacerlo, es mediante el recurso a particulares circunstancias subjetivas del adquirente que justifiquen esa oponibilidad de la causa rescisoria, y así, las consecuen-

¹¹² Vid. MANRESA, *op. cit.*, VIII, 727. De ahí que la rescisión pueda calificarse, por emplear la terminología usada por SCOGNAMIGLIO, como una categoría de ineficacia en sentido estricto, pues sólo faltan los efectos finales del negocio, sin tocar su validez (*op. cit.*, § 165).

cias sobre él de la rescisión por fraude de acreedores¹¹³. De ahí que la principal preocupación *práctica* del régimen rescisorio, en un sistema así, sea tipificar unas situaciones de las que deducir, con valor de *presunción* (a veces, se nos dice, que con valor *iuris et de iure*¹¹⁴) un determinado estado intelectual (y en su caso volitivo) por parte del adquirente del daño que la enajenación causa a los acreedores del enajenante¹¹⁵, lo que sería suficiente para convertir en oponible el daño ocasionado a los acreedores, y por ello, justificar que haya de soportar la consecuencia revocatoria.

No se cuestiona que se llegue a soluciones apropiadas: lo que se cuestiona es el camino seguido para llegar a ellas: la evolución legislativa y la aplicación jurisprudencial de la figura, confirman

¹¹³ ROCA SASTRE entendía en este sentido que el adquirente en el negocio rescindible no es, en realidad, un auténtico *tercero*: «el primer adquirente, o sea, el adquirente directo del deudor (...) no es tercero (...) porque está ligado con él por una relación o vínculo jurídico cuasi delictual». Y añade: «[I]a acción Pauliana (...) es una acción personal, que obra *ex nunc* (...). ¿Ataca, pues, al adquirente, y, no obstante, la acción Pauliana es de carácter personal? Pues esto demuestra que acreedor y adquirente no son terceros» («La acción Pauliana y el artículo 37 de la Ley Hipotecaria», *op. cit.*, 512-513).

En este sentido, el estado subjetivo del adquirente es lo que permite, en palabras de BETTI, desgarrar el diafragma que, otro modo, hubiese permitido separar la esfera jurídica de los terceros respecto de la relación deudor-acreedor. En opinión de este autor, «la relación de obligación será separada de la esfera jurídica de los terceros por un diafragma de intrascendencia (...). [M]ientras que el tercero se hace cómplice de una iniciativa conscientemente lesiva de la garantía patrimonial de los acreedores, se puede decir que este comportamiento suyo, violando un elemental deber de corrección y estableciendo un nexo de causalidad psicológica objetivamente controlable, penetra y desgarrar, por así decir, el mencionado diafragma de irrelevancia, para herir un elemento patrimonial que pertenece a la esfera de los acreedores» (BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*. Traducción y notas de Derecho español por José Luis de los Mozos, Madrid, t. II, 1970, 399). Más adelante, en p. 404-405, añade: «[P]ara el tercero que se presta a la enajenación fraudulenta el ilícito tiene naturalmente carácter extracontractual. Es una especie de aquel genérico deber de conservación y de respeto que le incumbe frente a las esferas de los intereses de los demás miembros del cuerpo social. Especificación que nace del hecho de que, por efecto de la oferta contractual que le viene del deudor fraudulento, el tercero se encuentra en esta situación de contrato [sic; probablemente se quiso decir «contacto»] social: poder concurrir con él a violar la garantía patrimonial y así defraudar la expectativa del acreedor. Normalmente no se encuentra en esta situación, pero si se presta a ser cómplice del fraudulento deudor, está claro que lesiona, en combinación con él, la garantía patrimonial que corresponda a los acreedores y precisamente por ello se convierte en persona pasivamente legitimada para el ejercicio de la acción revocatoria».

¹¹⁴ Así, en los casos en que el adquirente del deudor lo es a título lucrativo. ROCA SASTRE entendía que en estos casos incluso había enajenación *con causa torpe* por haber una posición fraudulenta del enajenante y una posición no equitativa del adquirente, el cual se enriquece injustamente a expensas de los acreedores (*op. cit.*, 515).

También en los casos contemplados en el art. 1292 CC, que es una disposición muy valiosa para identificar en torno a él un grupo de supuestos en que la rescisión debe mantenerse apoyada sobre parámetros objetivos (la mera lesión al interés del acreedor). *Vid.* sobre esta cuestión JEREZ DELGADO, Carmen. *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos (La acción de rescisión por fraude de acreedores)*, Madrid, 1999, 171, y 321 y ss.

Como proposición *de lege ferenda*, en igual sentido, véase la propuesta de BOSCH, POZO y VAQUER, *op. cit.*, art. 62.1, y su comentario en p. 214.

¹¹⁵ Ilustrativa al respecto es la lectura de TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves. *op. cit.*, §§ 1079-1080 (pp. 867-868).

que a lo que se tiende es a ampliar los contextos en los que se *pre-sume* la imputabilidad de la causa de la rescisión al adquirente (que, así, no puede desconocerla), hasta acabar identificando *eventus damni* con *scientia fraudis*¹¹⁶ y ¹¹⁷.

Desde el punto de vista de la evolución legislativa, lo pone de manifiesto la redacción propuesta del artículo 1310 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia del Derecho de Obligaciones, y el tratamiento de la rescisión en el marco del concurso de acreedores¹¹⁸.

Jurisprudencialmente, se llega de hecho a una exigencia de «diligencia» por parte del adquirente, que reduce a meramente nominal el requisito de *scientia fraudis*. Buenos ejemplos de ello son las SSTs de 7-IX y de 26-X, ambas de 2012.

La STS de 7-IX-2012 (RJ 2012\2265) hace un interesante análisis del sentido del requisito del *consilium fraudis* y de la *scientia fraudis* como elementos de triunfo de la pretensión revocatoria, en una decidida dirección objetivista, aunque no se desprende enteramente de cierto grado de imputabilidad al adquirente de la causa de la rescisión, como tipo de ineficacia contractual. En ella se puede leer 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 deri-

¹¹⁶ Identificación ésta que viene de antiguo, y que de forma más o menos implícita se ha venido arrastrando desde el Derecho Romano, pasando por el Derecho de Partidas, hasta el vigente Código Civil.

Señaló Xabier D^oORS que «[l]as construcciones de genitivo con «causa» y «gratia» tienen, para los clásicos, un sentido totalmente diferente, si bien en un momento posterior terminan por confundirse. «Causa», para los clásicos, es todo hecho antecedente que determina la eficacia o ineficacia de un hecho subsiguiente. «Gratia», en cambio, indica la finalidad que persigue el acto (...). [P]arece muy probable que los bizantinos hayan entendido la expresión *fraudenti causa* con un matiz final [finalista] (...). Para los clásicos esta expresión no tuvo ese sentido final, sino el causal que aparece en otras expresiones similares» (*op. cit.*, 137). Y continúa el mismo autor que, al margen de qué se entienda por causa aquí, lo cierto es que el demandante no tenía que probar dicha causa (ya entendida como intención, ya entendida como insolvencia); y en este sentido concluye: «no siendo el *consilium* [que se identifica con la idea anterior de *causa*] un hecho que haya de ser probado, se debe decir que es un hecho presumido, precisamente *ex eventu damni*. En otras palabras: de la comprobación del *eventus damni* realmente causando a los acreedores, se deduce retroactivamente un *consilium fraudis* en el deudor, que consiste precisamente en una previsión conjetural de la ulterior insolvencia patrimonial (*op. cit.*, 137-138).

En relación al Derecho Castellano, de una forma muy similar, explicaba GÓMEZ DE LA SERNA que «una presunción *juris et de jure* hace que se suponga que procede con intención de defraudar a sus acreedores el que ha sido condenado a pagar una o más deudas, y á hacer entrega de sus bienes, porque el que enajena en tales circunstancias, dá claramente á entender, como dicen las Partidas, que *lo faze maliciosamente y con engaño*, cuando por resultado de la enajenación viene á quedar insolvente» (*Ley Hipotecaria, op. cit.*, t. I, 1862, 650).

¹¹⁷ Lo mismo sucede, v. gr., en el Derecho italiano. Por todos, véase GAZZONI, *op. cit.*, 686.

¹¹⁸ Para una visión general de la rescisión por fraude en el concurso, véase el citado trabajo de JEREZ DELGADO, en *Anuario de Derecho Concursal, op. cit.*, 2013.

vada bajo el protagonismo del *eventus damni* como presupuesto impulsor del ejercicio de la acción rescisoria (...) 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 (...) 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 (...) no se basa en el dolo al menos entendido como un grado de conciencia, sino 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 por qué 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*» (la cursiva es mía).

En la de 26-X-2012 (RJ 2012\10414) se puede leer que «la [compradora] sabía que había pendiente un procedimiento de reclamación de cantidad de intereses moratorios (...) [contra el vendedor], pues así se hizo constar en la escritura si bien se mencionaba que por una cantidad inferior a la real, al transcribir una nota simple, errónea, del Registro de la Propiedad, que puede expresar, aunque equivocadamente, el importe del embargo, pero no el importe reclamado en el procedimiento, que con un mínimo de cautela [el comprador] pudo conocer». «A la vista de ello la [compradora] era consciente de que la venta se efectuaba pocos meses después de iniciado un proceso de ejecución (artículo 1297 CC) y una diligencia mediana *habría exigido que se hubiese puesto en contacto con el acreedor para conocer la totalidad de la deuda, no limitándose sólo a confiar en una Nota simple*» (fundamento de derecho cuarto; la cursiva es mía).

En ambas resoluciones de 2012, en mi opinión se llegó a la solución apropiada: estimar la rescisión; lo que ocurre es que, seguramente, forzando demasiado los términos de la doctrina tradicional de la acción revocatoria en lo que se refiere al estado subjetivo del adquirente, con tal de poderle oponer (autoimputándole) la causa de rescisión y hacerle así merecedor de los efectos de la acción.

2. CRÍTICA DE LA TRADICIONAL DISTINCIÓN ENTRE LAS ENAJENACIONES A TÍTULO ONEROSO Y A TÍTULO GRATUITO, DE CARA A EXIGIR O NO *SCIENTIA FRAUDIS* EN EL ADQUIRENTE PARA QUE SOPORTE LAS CONSECUENCIAS DE LA RESCISIÓN

Es tradicional afirmar que, de cara al triunfo de la acción revocatoria, no merece la misma protección el adquirente del deudor, según dicha adquisición haya sido a título oneroso o a título gratuito. Y ello, se dice, porque no es adecuado que el adquirente a título oneroso (que ha dado una contraprestación para su adquisición) quede tan expuesto a la revocación como pueda quedar el adquirente a título lucrativo, que sólo ha experimentado beneficio-enriquecimiento con su adquisición; por ello, hay que ser más cauto a la hora de sacrificar la adquisición a título oneroso, que la adquisición gratuita, porque en esta última hipótesis, en el peor de los casos el adquirente se queda en la misma posición que la que tenía antes de su adquisición; lo que no sucede con el adquirente a título oneroso¹¹⁹.

De esta doctrina es tributario nuestro artículo 1297 CC, que *presume* el fraude siempre en las enajenaciones a título gratuito¹²⁰, mientras que en las enajenaciones a título oneroso, sólo en determinados contextos, no en otros.

Sin embargo, esta forma de enfocar el conflicto de intereses sobre el que se pretende justificar la extensión de los efectos revocatorios en uno y otro grupo de casos, lleva a una incoherencia que ha sido puesta de manifiesto por Terré, Simler y Lequette¹²¹. Tanto la adquisición onerosa como la gratuita son revocables, *porque* suponen un daño a los acreedores del disponente que el Ordenamiento entiende que no han de soportar. Ese perjuicio (insolvencia o difícil solvencia del enajenante) no es, objetivamente, de distinta calidad *porque* proceda de una enajenación onerosa o gratuita; o lo que es igual: no hay ninguna razón por la que, cuando el acto de disposición implica *todo él* un empobrecimiento en el disponente sea innecesario investigar el estado subjetivo del adquirente, mientras que *si sólo lo implica parcialmente* –en la parte en la que, en términos de mercado, no hay conmutatividad–, sí es necesario investigar dicho estado subjetivo. Entre nosotros, ya señaló Puig Brutau que «[d]ebería imponerse la consideración de que no puede

¹¹⁹ Por todos, JEREZ DELGADO, Carmen, *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos (La acción de rescisión por fraude de acreedores)*, *op. cit.*, 161-164.

¹²⁰ Cfr. también art. 643 CC. Su conexión con la acción pauliana ha sido defendida, por todos, por JEREZ, *op. cit.*, 1999, 179-191.

¹²¹ *Op. cit.*, § 1083 (pp. 870-871).

prevalecer el interés de los donatarios por encima del de los acreedores del donante. Socialmente es más conveniente proteger a los acreedores que a los donatarios». Y concluía: «con una apreciación realista de nuestra legislación en este punto, creemos que el Código Civil está muy próximo al sistema de supresión de este requisito subjetivo»¹²².

Esta forma tradicional de enfocar la cuestión conlleva problemas añadidos, en aquellos casos en los que ni siquiera es fácil saber si estamos ante una enajenación onerosa o gratuita, aun cuando haya existido «precio»¹²³. Cuando, en este estadio regulativo, el Legislador tipifica supuestos en los que se *presume* el fraude¹²⁴, acaba por perderse definitivamente la referencia de la presunción, que ya no se sabe si se refiere a la buena o mala fe del adquirente, o a la onerosidad o gratuidad del negocio (y de ahí, a su vez, presumir la buena o mala fe, respectivamente).

3. LAS PRESUNCIONES DEL ARTÍCULO 1297 DEL CÓDIGO CIVIL

El problema de coherencia institucional en la regulación de la rescisión por fraude de acreedores, en lo referente al intento de seguir justificando la rescisión en un reproche subjetivo de los intervinientes en el negocio objeto de rescisión, alcanza su máxima expresión en aquellos casos en los que, sin renunciarse a la exigibilidad de tal elemento subjetivo, se tipifican supuestos legales en los que, no sólo es lícito presumir que concurra, sino que la presunción ni siquiera admite prueba en contrario (presunción *iuris et de iure*). En tales casos, es verdad que el Legislador no está renunciando a que el requisito subjetivo sobre el adquirente siga siendo constitutivo de la acción revocatoria. Más bien al contrario; lo que sucede

¹²² *Op. cit.*, 349.

¹²³ Los problemas se plantean, y son descritos, en los ordenamientos que parten de esta distinción tradicional. Así, el Derecho francés (TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves, *loc. cit.*). Para el Derecho italiano, cfr. GAZZONI, *op. cit.*, 687.

¹²⁴ Este es el modelo del art. 1310.2 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Derecho de Obligaciones: «(...) son fraudulentos: los actos dispositivos a título gratuito; los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos y los actos a título oneroso en los que éste y el otro contratante hayan conocido o debido conocer el perjuicio causado. Las disposiciones onerosas en las que, en detrimento del patrimonio del deudor, haya un notable y manifiesto desequilibrio entre el valor de las prestaciones, serán tenidas por gratuitas en la medida del enriquecimiento del otro contratante». Y se añade: «Se presume el fraude de acreedores en las disposiciones onerosas a favor de personas especialmente relacionadas con el deudor, en las realizadas por éste en una situación de insolvencia notoria y en las enajenaciones a título oneroso hechas después de haberse pronunciado contra él sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes».

es que tal y como se articula la presunción, como veremos, el elemento subjetivo es completamente *inútil*, y más bien la presunción vale como una *formal* intención de continuar exigiendo ese requisito, tanto en esos supuestos donde rige la presunción, como en el resto de casos, en los que la presunción no juega.

Esto es lo que pasa en el contexto del artículo 1297. Contra lo que pudiera parecer a primera vista, las presunciones del artículo 1297 se refieren al elemento subjetivo de fraude, referido al adquirente (y no al transmitente), y además, son presunciones que operan *iuris et de iure*:

a) Respecto a lo primero (la presunción recae sobre la intención del adquirente, y no del enajenante), me parece que ello se deriva de que es la lectura que hace a la presunción más útil. Todas las causas de rescisión enumeradas en el artículo 1291 CC (salvo, precisamente, el fraude de acreedores) son eficaces frente al adquirente, porque se apoyan en circunstancias que son oponibles a ese tercer adquirente, independientemente de que éste sea de buena o de mala fe: es la propia naturaleza, de la situación que justifica la rescisión, la que ya es de por sí oponible al adquirente: que éste sea de mala o de buena fe puede ser un elemento que agrave su posición, pero no hace la situación «más o menos oponible» a él. Pero en el caso de la rescisión por fraude, la situación determinante de la rescisión es la insolvencia (o reducción grave de la solvencia) del enajenante: la situación patrimonial del enajenante es inoponible, por su propia naturaleza, al adquirente: de ahí que el empleo del requisito de la mala fe, y de sus presunciones, sea necesario para articular la oponibilidad de una situación que, por su propia naturaleza, es inoponible: la mala fe (también la presunta) la convierte en oponible.

De ahí que las presunciones del artículo 1297 se refieran al elemento subjetivo referido al adquirente: dichas presunciones sólo son útiles por cuanto construyen el elemento referente de la oponibilidad de la insolvencia respecto al adquirente, que es en definitiva el que ha de soportar los efectos de la revocación.

b) Por lo que se refiere a lo segundo (la presunción es *iuris et de iure*), la razón de ello se encuentra en la propia estructura de la presunción, en la que, de haber, la prueba en contrario que cabría para destruir dicha presunción sólo podría recaer sobre el hecho de que la enajenación, ya la hecha a título gratuito, ya la realizada en el contexto del segundo párrafo del artículo 1297, no produce el perjuicio «pauliano» del que protege la acción «pauliana».

La presunción, como herramienta procesal, es la tipificación de un proceso deductivo, a través del cual de un hecho cierto se deduce un hecho incierto con verosimilitud lógica (legalmente tipifica-

da) suficiente para ser tomado como cierto. Pero ya la presunción sea *iuris tantum* o *iuris et de iure*, lo cierto es que debe existir una relación *lógica* (Cortés Domínguez) entre el hecho probado y el hecho presunto deducido de aquél.

Trasladado este esquema al ámbito del artículo 1297, y ante la alternativa de referir la presunción, ya al *consilium fraudis* –o al menos a la *scientia fraudis*– del adquirente, ya al elemento consistente en el *eventus damni*, parece más probable que se refiera a lo primero, siquiera sea porque referirlo a lo segundo conduce a que a cualquier acreedor, por ejemplo, de un donante, le bastaría alegar su condición de tal acreedor, sin más, para que, por ese solo hecho, se cargue al adquirente (donatario) con la prueba de que la donación no le perjudica; pero sin embargo, no quede relevado de probar la mala fe, o al menos la *scientia fraudis* en el adquirente.

Una regla presuntiva como la del artículo 1297 debe presuponer que el perjuicio revocatorio se ha producido¹²⁵, porque sólo en ese contexto tiene sentido una presunción como al del artículo 1297, que por tanto ha de referirse al estado subjetivo del adquirente.

El artículo 1297 es probablemente la traducción a términos presuntivos de lo dispuesto en P. 5.15.7, cuando se preveía que «acaefce a las vegadas que defpues que es condenado [el deudor personal], en juzzio, que pague las debdas e ha mandado el juzgador fazer entrega de los bienes del que los enagena todos porque no pueden fallar de lo fuyo, de que entregue a aquellos que lo deuen auer. E porende dezimos que tal enagenamiento como efte, puede revocar aquellos (...). Porque fe da a entender, que pues que todo lo fuyo enagena defta manera, que lo faze maliciosamente e con engaño»¹²⁶.

¹²⁵ La carga de la prueba del perjuicio recae sobre el acreedor demandante (JEREZ DELGADO, Carmen, La restitución de los enriquecimientos causados, *op. cit.*, 2013, § 22.

¹²⁶ Si el artículo 1297 presume el fraude, y a lo que ahora interesa, presume también el ánimo fraudulento por el mero hecho de ser la enajenación a título lucrativo, la lógica de las presunciones impone que, el efecto presuntivo de ésta, se ha de romper probando el hecho opuesto, que en este caso, si lo que se presumiera es el ánimo fraudulento, tendría el demandado de rescisión que probar que tal ánimo no existe. El ya derogado artículo 1251 CC, en su redacción original, ya preveía que las «presunciones establecidas por la ley pueden destruirse por la prueba en contrario, excepto en los casos en que aquella expresamente lo prohíba». ¿Bastaría, pues, para evitar la rescisión de la enajenación a título lucrativo, a pesar de ser objetivamente perjudicial para los acreedores, que se lograra probar que no hubo *animus fraudatoris*, sino otro distinto? Porque si fuera así, entonces *sí* que el *animus fraudatoris* resulta un elemento constitutivo de la pretensión revocatoria.

La cuestión se ve aún más clara en la construcción de la presunción del segundo párrafo del art. 1297. En él, y de nuevo presuponiendo que el acto de cuya rescisión se trata es objetivamente dañoso, *presume* fraudulenta toda enajenación a título oneroso hecha «por aquellas personas contra las cuales se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes». Nótese que el contrato rescindible aquí no es aquel que tenga por objeto las cosas que hayan sido objeto de embargo o de medida cautelar, sino aquel que es realizado por una persona sobre la que ha recaído sentencia condenatoria, pendiente de ejecución. Ante la alternativa de interpretar esta disposición como si dijera que aquel sobre el que ha recaído sentencia condenatoria pendiente de ejecución tiene paralizada su actividad económica (opción interpretativa ésta que parece descartable), sólo parece posible otra alternativa interpretativa: las presunciones del artículo

En definitiva, la virtualidad de dicho precepto consiste en señalar unas hipótesis o contextos *sospechosos*, en los que es *posible* presumir, no el *eventus damni*, sino el *consilium fraudis* y la *scientia fraudis*. En este sentido, en el Derecho comparado, resulta ilustrativo lo dispuesto en el artículo 2179 del Código Civil Federal mejicano del año 1928, en el cual, con una similitud literal tal que permite afirmar que el legislador mejicano tuvo como modelo el precepto español, se prevé: «Se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso hechas por aquellas personas contra quienes se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquiera instancia, o expedido mandamiento de embargo de bienes...»; pero se añade un último inciso que no aparece en el precepto español: «... cuando estas enajenaciones perjudican los derechos de los acreedores». La disposición mejicana, con este inciso, no pretende separarse de la disposición española, sino exteriorizar lo que en el Código español sólo puede deducirse: que la presunción tiene como objeto el estado subjetivo de los protagonistas, y no el daño a los que acreedores que produce la enajenación, pues este daño es un *presupuesto*, no un hecho *presumido*.

En otras palabras: el fraude a los acreedores no se produce por el hecho de que se enajene en los contextos descritos en el artículo 1297, sino porque tales enajenaciones sean objetivamente dañosas desde el punto de vista de la solvencia del deudor enajenante. Resulta exagerado presumir de ahí «ánimos fraudulentos». Más bien, se trata de *contextos sospechosos* (enajenaciones a título lucrativo, sentencia condenatoria pendiente de ejecución). Contextos sospechosos del *daño*, no del ánimo fraudulento en el enajenante, porque de hecho en estos casos se prescinde por completo de dicho ánimo¹²⁷. Y pueden justificar una inversión de la carga de la prueba, no de la buena o mala fe del transmitente o del adquirente, sino del *eventus damni* como dato objetivo¹²⁸.

Nótese la diferencia de la idea de fondo de este artículo 1297 CC y el artículo 1310.2 de la *Propuesta de Modernización*. En el primero, *presupuesto* el menoscabo de la solvencia del deudor provocada por la enajenación (*eventus damni*), *se presume* el fraude en

lo 1297 suponen una inversión de la carga de la prueba contra el demandado de rescisión, que para evitar sus efectos, lo que ha de probar es que el acto en cuestión *no es perjudicial* para sus acreedores, es decir, no produce el perjuicio del que protege la acción pauliana. Porque lo que no tiene ningún sentido, es partir de que todos los actos realizados por un deudor en la situación del segundo párrafo del art. 1297 deban *presumirse*, salvo que el demandado demuestre otra cosa, que se hacen con ánimo fraudulento por ese solo hecho.

¹²⁷ En este sentido, y en relación a las enajenaciones a título gratuito, PUIG BRUTAU señalaba que «tal vez sería preferible afirmar, pura y simplemente, esto es, al margen de toda presunción real o ficticia, que un deudor no puede sustraer bienes a la acción de sus acreedores a base de enajenarlos a título gratuito». Y más abajo, ante la alternativa de entender que la presunción del art. 1297 sea *iuris tantum* o *iuris et de iure*, concluye que «la solución no es muy satisfactoria y, en todo caso, la tendencia moderna señala al conveniencia de considerar rescindibles las enajenaciones a título gratuito». *Op. cit.*, 347-348.

¹²⁸ Inversión de la carga de la prueba, que es jurisprudencia consolidada entre nosotros. Así véase el reciente ATS de 15-III-2017 (RJ 2017/71538), en el que se citan al respecto las SSTs de 20-II y 11-IV-2001, 31-X y 12-XII-2002, y 21-IV-2004.

las dos hipótesis señaladas (enajenación a título lucrativo, enajenación a título oneroso cuando ya se dictó sentencia condenatoria o mandamiento de embargo), esto es, se introduce (forzadamente) en el supuesto, presumiéndolo, el *consilium fraudis* o la *scientia fraudis* a pesar de ser contextos en los que es perfectamente posible la ignorancia por parte del adquirente. En cambio, en el artículo 1310.2, es un precepto dictado en un contexto en el que el estado subjetivo del adquirente no es elemento *constitutivo* de la pretensión rescisoria, de modo que, probado el perjuicio a la solvencia del deudor enajenante, la presunción sólo tiene sentido referida a la *mala fe* del adquirente.

4. EL ÁNIMO FRAUDATORIO EN EL DEUDOR ENAJENANTE

Es tradicional enumerar entre los requisitos para que prospere la acción revocatoria, una intencionalidad fraudulenta en el enajenante (deudor). Las razones de la exigencia de este requisito giran fundamentalmente en torno a dos órdenes de ideas:

– Contemplada la acción revocatoria como un mecanismo de reacción típico ante el «ilícito» que supone la despatrimonialización del deudor, y por tanto desde una perspectiva que pone la acción revocatoria en un lugar muy cercano, sino entre los casos, de responsabilidad, se ha afirmado que puesto que esta acción supone para los acreedores una protección frente a la «violación de la relación de *garantía* patrimonial» presente en toda relación obligatoria, la acción revocatoria es un mecanismo por el que hacer valer la responsabilidad *contractual* del deudor¹²⁹.

– Para otro sector, la razón por la que se defiende la necesidad de este requisito es explicada por Mazeud (Henry, León y Jean) y Chabás en el sentido que la acción pauliana constituye una injerencia grave en los asuntos del deudor, y por ello, también los intereses de los terceros que contratan con él; por ello, tanto la libertad de acción del deudor, como los intereses de los terceros que contratan con él, sólo deben ser sacrificados cuando puede afirmarse que existe *fraude*, porque un acto involuntario o imprudente, con ser dañoso para los intereses de los acreedores, no justifica dicha injerencia¹³⁰.

¹²⁹ BETTI, Emilio, *op. cit.*, t. II, 404.

¹³⁰ «[L]’action paulienne constitue une immixtion grave dans les affaires du débiteur; d’autre part, elle lèse gravement les intérêts du tiers qui a traité avec lui. La liberté d’action du débiteur, comme les intérêts des tiers, ne doivent être sacrifiés aux créanciers que si une fraude a été commise; une faute involontaire, une imprudence serait insuffisante» (MAZEAUD / MAZEAUD / CHABÁS, *op. cit.*, 1063)

Sin embargo, en un sistema revocatorio por fraude de acreedores, articulado sobre el esquema rescisorio contractual, el problema se plantea no tanto en encontrar las razones por las que hacer que el deudor soporte las consecuencias de la rescisión, sino las razones por las que debe soportarlas el tercer adquirente, porque es sobre su patrimonio sobre el que se legitima, al acreedor victorioso de rescisión, para actuar. En un panorama tal, no se ve qué utilidad añadida ofrece al Sistema Jurídico, en el marco de la rescisión contractual, seguir exigiendo como requisito que el deudor enajenante actúe con ánimo fraudulento. A lo que cabe añadir que, si la acción revocatoria exigiese ánimo fraudulento en el deudor, sería conceptualmente imposible diferenciar la nulidad por causa ilícita –torpe– y la rescisión por fraude de acreedores¹³¹, a menos que ésta se entendiera un subtipo de aquélla.

VI. RELACIÓN JURÍDICA RESTITUTORIA ENTRE EL ADQUIRENTE QUE SOPORTA LA REVOCACIÓN Y EL DEUDOR ENAJENANTE

Esta cuestión tampoco está regulada en el Código Civil. Sin embargo, hay buenas razones para entender aplicable a esta materia el régimen de saneamiento por evicción¹³², cuando el tercero que soporta la revocación fue un adquirente a título oneroso; con una única excepción: en los casos en que resulten de aplicación, también, las consecuencias de los artículos 1305 y 1306¹³³.

En este sentido, deben tenerse en cuenta las siguientes ideas:

a) El régimen de saneamiento por evicción, aunque ubicado sistemáticamente en sede del contrato de compraventa, no es sólo para la compraventa. Lo demuestra el que se trata de una regulación que el mismo Código declara aplicable en sede del contrato de

¹³¹ Ello conduciría, como ha señalado SABORIDO SÁNCHEZ, a «confundir ambas figuras» (“Donación realizada en fraude de acreedores. Nulidad por causa ilícita o rescisión de la donación”. Comentario a la STS de 4 de febrero de 2005 (RJ 2005, 946)», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2006, núm. 17, 170).

¹³² Así lo defendió DE CASTRO, Federico, *La acción pauliana*, *op. cit.*, 226. No obstante, téngase presente que PUIG BRUTAU entendía que la legitimación pasiva en la acción pauliana no se reducía sólo al adquirente que debía soportar sus efectos, sino que se extendía a «los dos contratantes que hayan celebrado [el] contrato en fraude de acreedores» (*op. cit.*, 353).

¹³³ La razón es obvia: ya el *accipiens* sea o no participe en el fraude-causa ilícita, debe tener cerrada toda posibilidad de acción por evicción frente al transmitente (*fraudator*): la congelación del *status quo*, como desviación de la consecuencia que de otro modo se revelaría apropiada (la reposición de las prestaciones *ex art.* 1303), quedaría fuertemente desvirtuada (y anulada) si se admitiera el saneamiento en este sentido.

arrendamiento (cfr. art. 1553), al censo enfiteútico (cfr. art. 1643) o al contrato de sociedad civil (cfr. art. 1681); incluso a las adjudicaciones consecuencia de la partición hereditaria (cfr. art. 1069).

b) El adquirente que soporta la revocación pauliana y el adquirente al que el Código protege con el saneamiento por evicción, tienen una posición análoga, que no merece ser tratada de una forma distinta: sus *propios bienes* están cumpliendo una función patrimonial puesta al servicio de otra persona distinta: en el primer caso, al servicio de la responsabilidad patrimonial del transmitente (*ex art. 1911 CC*, como si el bien aún fuese de él); en el segundo caso, ya al servicio del uso o disfrute de un tercero (aspecto *activo* patrimonial), ya al servicio también de la responsabilidad del deudor (p. ej., por haberse constituido previamente una hipoteca mobiliaria, una prenda sin desplazamiento de la posesión, o incluso una hipoteca inmobiliaria) (aspecto *pasivo* patrimonial)¹³⁴.

Como explicó De Castro, el concepto de patrimonio es un elemento de referencia que facilita, o incluso permite, el desarrollo adecuado de otras instituciones¹³⁵. Al analizar el concepto de patrimonio, De Castro diferenciaba una perspectiva *activa* de la idea de patrimonio (lo que De Castro llamaba «poder, ámbito de libertad») y una perspectiva *pasiva* (lo que el mismo autor llamaba «garantía para los acreedores»)¹³⁶.

La persona es el punto de referencia subjetivo del patrimonio: no puede existir «patrimonio» si éste no pertenece a «alguien» (ya

¹³⁴ Téngase presente que el artículo 1483 CC resulta aplicable aun en el caso de que la carga o servidumbre estuviesen inscritas en el Registro de la Propiedad. La cuestión se ve con claridad considerando tanto el caso en que la finca no esté inmatriculada, como cuando lo está: (1) si no está inmatriculada, y por ello no está (porque no puede estar) inscrita la carga o el gravamen previo, estos *son oponibles* al adquirente posterior, por la propia lógica de los derechos reales. (2) Si la finca está inmatriculada: (2.1) si la carga o gravamen están inscritos, son oponibles igualmente a cualquier adquirente posterior, no tanto por la inscripción en sí, sino por la propia naturaleza del derecho; (2.2) si no están inscritos, sencillamente no le son oponibles por el principio de fe pública registral. El radio de acción del art. 1483 CC, lógicamente, sólo puede cuestionarse respecto a los supuestos (1) y (2.1) anteriores, porque la razón del perjuicio que sufre el adquirente es la misma. Debe evitarse considerar que la inscripción del gravamen o carga elimina en el tercer adquirente su *buena fe*, por el mero hecho de la inscripción; basta pensar que es perfectamente posible la usucapción *ordinaria* y *contra tabulas*, a pesar de lo dispuesto (aún) en el art. 1949 CC. Consecuentemente, la mera publicidad registral de la carga o gravamen a que se refiere el art. 1483 no puede impedir la protección del adquirente por vía del saneamiento por evicción.

¹³⁵ De forma similar, también DE LOS MOZOS, para el cual el concepto de patrimonio «es un concepto diferente de otros conceptos jurídicos, ya que no se corresponde, como sucede en otras ocasiones, con un concepto natural que toma en consideración el Ordenamiento (...), sin que llegue a formar parte de los conceptos jurídicos puros, es decir, de los derechos» («Aproximación a una teoría general del patrimonio», *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto, 1991, 588)

¹³⁶ DE CASTRO, FEDERICO, *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972, reimp. 1976, 28.

sea una persona física o jurídica)¹³⁷. Desde este punto de vista, el *punto de partida* debe ser, naturalmente, que las funciones patrimoniales activa y pasiva vengan referenciadas a una única persona. Pero ello no implica una imposibilidad ontológica para asignar, en determinados casos y para determinados elementos patrimoniales (no de la estructura patrimonial como tal, sino sólo de determinados elementos), las funciones patrimonialmente activas a un sujeto (titular de ellas) y las pasivas a otra persona distinta.

La ruptura del *prejuicio* conforme al cual la titularidad del aspecto activo y pasivo del patrimonio deban ir juntos¹³⁸, es lo que ha permitido, recientemente, *de lege ferenda*, proponer entre nosotros la idea del *trust* como conjunto de bienes separado y autónomo, y lo más importante, excluido de la persecución por los acreedores del constituyente del *trust*¹³⁹. Y *de lege lata*, ha permitido también un serio intento de concepción de la hipoteca como «patrimonio de destino», como un supuesto en que el bien hipotecado es un elemento afecto a la responsabilidad (patrimonial) del deudor, aunque dicho bien haya pasado a manos de un tercero (y que por tanto sólo será titular de lo que podría llamarse «perspectiva patrimonial activa»)¹⁴⁰. Este último intento de construcción, que parte de una determinada concepción de lo que deba entenderse por «patrimonio», es quizá novedosa en su aplicación a campos muy específicos, pero no es tan novedosa en las bases de su formulación, contra lo que a primera vista pudiera parecer. Von Tuhr ya puso de manifiesto que «la situación jurídica del patrimonio expuesto a la acción ejecutiva del acreedor puede expresarse bastante exactamente con la palabra *Responsabilidad*», y más abajo,

¹³⁷ «El sujeto da unidad al patrimonio porque, en principio, rige la norma de que a cada sujeto le corresponde un único patrimonio (...). El sujeto no puede dividir arbitrariamente sus derechos patrimoniales en dos masas diferentes (...). El sujeto no puede liberarse de su patrimonio». VON TUHR, Andreas. Derecho Civil. Vol. 1-1. *Los derechos subjetivos y el patrimonio*. Traducción de Tito Ravá. Madrid-Barcelona, 1998, 322-323

¹³⁸ Prejuicio que está presente, por ejemplo, en PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, cuando afirman que «[d]e la idea de unidad –rectamente entendida– se desprende que la adición y la separación de partes del patrimonio puede modificar su extensión, pero no su identidad. Haciéndose eco de esta idea el art. 1.911 habla de bienes presentes y futuros, pero omite toda mención de los pasados. Otra cosa es la acción de impugnación de los actos en fraude de acreedores (arts. 1.111, 1.291 núm. 3.º, 1.297 y 1.298), que deriva de consideraciones prácticas y no de abstracciones en torno al concepto de patrimonio» (cursiva añadida). Ver sus notas a ENNECCERUS/LEHMANN, *Tratado de Derecho Civil*, Primer tomo, *Parte General*, I, Barcelona: Bosch, 1947, 598.

¹³⁹ Así, resulta de interés la lectura del trabajo de MUÑIZ ESPADA, Esther, *La acción revocatoria como vicisitud del concurso*, Madrid, 2006. Por su parte, ARROYO I AMAYUELAS ha afirmado que, entre nosotros, el art. 1911 CC no supone un verdadero impedimento para reconocer el *trust* como posibilidad. Véase su trabajo «Dos principios básicos para la incorporación del *trust* en España: el patrimonio de destino y la limitación de la responsabilidad», en GARRIDO MELERO, Martín, y FUGARDO ESTIVILL, Josep Maria, *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, t. III, *Forma y seguridad jurídica. Los patrimonios en el Derecho internacional y comparado. Fiducias y trust*, Barcelona, 2005, 600 y ss.

¹⁴⁰ Al respecto, véase el interesante trabajo de CANALS BRAGE, Fernando, *La hipoteca como patrimonio de destino. Una charla y sus digresiones*, Madrid, 2013, sobre la base de que la acción ejecutiva sobre el bien, aunque esté hipotecado, se encuentra no en la hipoteca como *derecho*, sino en la responsabilidad que deriva del incumplimiento correspondiente.

añade que, en el desenvolvimiento concreto de la responsabilidad, «no responden los bienes que salgan del patrimonio del deudor antes de entablarse la acción ejecutiva, a menos que se hallen sujetos a gravamen real, o que se puedan retrotraer nuevamente a la zona ejecutiva mediante el procedimiento de impugnación [la cursiva es mía]. A esta responsabilidad que abarca el patrimonio todo del deudor, suele darse el nombre de responsabilidad personal»¹⁴¹. En esta línea, no sorprende que en la doctrina italiana, al estudiar los efectos de la acción revocatoria (rescisoria por fraude de acreedores) se haya señalado expresamente el paralelismo entre la situación del tercero que sufre la acción revocatoria, y el tercer poseedor hipotecario¹⁴².

Consiguientemente, un autor como Von Tuhr, que parte de una construcción de patrimonio referenciada necesariamente a un sujeto titular del mismo (*vid. supra*), no tiene más que reconocer que la acción revocatoria por fraude de acreedores supone en cierta medida una *excepción* a esa idea de unidad patrimonial por referencia al sujeto que sea su titular¹⁴³.

¹⁴¹ VON TUHR, Andreas, *Tratado de las obligaciones*. Traducción del alemán y concordado por W. Rocés. Edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez. Granada, 2007, 8-9. De forma similar, también en su *Parte general del Derecho Civil*. Traducción del alemán y concordado por W. Rocés. Edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez. Granada, 2006, 29.

¹⁴² Al respecto, DI MARTINO, Angelo, Voz «Azione revocatoria (Diritto Privato)». *Novissimo Digesto Italiano* (dirs. Antonio Azara y Ernesto Eula) t. II, (AZ-CAS), Torino, 1958, 155. También D'ERCOLE, S., «L'azione revocatoria», *Trattato di Diritto Privato* (dir. Pietro Rescigno). 20-II, *Tutela dei diritti*. Torino, 1985, 163. También MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Traducción de Santiago Sentis Melendo, t. IV: *Derecho de las obligaciones. Parte general*, Buenos Aires, 1979, 158.

¹⁴³ Se pronuncia en términos muy expresivos en su Derecho Civil, en el volumen dedicado a *Los derechos subjetivos y el patrimonio*: «lo afectado a la responsabilidad es el patrimonio actual del deudor; lo que egresó del patrimonio no está expuesto a la aprehensión de los acreedores. Pero hay una excepción: la acción revocatoria de los acreedores (...). Algunos autores ven en ese caso –según creo, injustamente– un acercamiento de las obligaciones a los derechos absolutos: la obligación respecto de la prestación incumbe únicamente al mismo deudor. El deudor contra quien se dirige la acción revocatoria no viola esa obligación, sino que simplemente quita a la aprehensión de los acreedores ciertos objetos que el legislador no quiere liberar de la responsabilidad en consideración de las circunstancias en que se ha producido la adquisición. Por eso, el acreedor tiene la facultad de dirigir la ejecución sobre estos objetos, aun cuando hayan salido del patrimonio del deudor (...)» (pp. 218-219). Y más adelante, al explicar el patrimonio como idea que respalda la responsabilidad, explica, en una línea muy similar, que «[e]l acreedor cuenta con el patrimonio del deudor, aunque ninguno de los derechos que posteriormente lo componen existiese en la época en que nació su crédito. Sin embargo, así como se beneficia por todos los incrementos del patrimonio del deudor, de la misma manera debe tolerar cualquier egreso que se realice en él: cualquier derecho que por enajenación o de otra manera se separa del patrimonio del deudor, queda, por eso mismo, sustraído a la aprehensión de los acreedores. Es ésta una norma indispensable (...). La acción pauliana constituye una excepción; por ella, en ciertos casos, el derecho que se separó del patrimonio del deudor continúa afectado a la satisfacción de un acreedor determinado» (p. 325). VON TUHR, Andreas, *Derecho Civil*, Vol. 1-1. *Los derechos subjetivos y el patrimonio, op. cit.*

Entre nosotros Clemente DE DIEGO explicaba la acción pauliana desde «el principio (...) de que los bienes del deudor son la garantía de los acreedores», y en este sentido, la acción pauliana «evita el fraude activo que puede cometer por acción el deudor, desmembrando su patrimonio y haciendo desaparecer con ello la seguridad en el cobro de los créditos» (*Curso elemental de Derecho Civil español, común y foral*, Madrid, 1945. t. V. *Derecho de obligaciones*, 99). La evitación de esa desmembración, que como sabemos no

Que la función patrimonial (en su aspecto *pasivo*) la cumpla el bien, en favor de un tercero (distinto del dueño), ya por un acto de tráfico (constitución de garantía real por el anterior propietario), ya por un acto judicial (la sentencia condenatoria estimatoria de la revocación pauliana) debe ser irrelevante: en ambos casos el titular debe gozar de una protección similar, que es la ofrecida por el régimen del saneamiento por evicción.

Además, el régimen restitutorio del saneamiento por evicción ofrece unas soluciones apropiadas y coherentes al conflicto presente en este punto: artículo 1478.1.º (respecto a la restitución de la cosa) y 2.º (respecto a los frutos).

Ahora bien: si el negocio es, también, nulo por causa ilícita, y por consiguiente resultan de aplicación las consecuencias de los artículos 1305 y 1306 CC, *lógicamente* el adquirente que soporta la revocación no puede estar protegido por el régimen del saneamiento por evicción: lo contrario conduce a dejar, más o menos directamente, sin eficacia las normas restitutorias de los citados artículos 1305 y 1306.

VII. CONCLUSIONES

1. El devenir histórico de la acción pauliana o revocatoria por fraude de acreedores, está marcado por una evolución que va desde su concepción como una subespecie de responsabilidad civil, hasta su consideración como un elemento más en la posición jurídica de todo acreedor. Esto explica el progresivo vaciamiento de la institución de consideraciones culpabilísticas o de reproche subjetivo (cuya máxima tensión conceptual se encuentra en las hipótesis en que se presume la *scientia fraudis iuris et de iure*) hacia el que ha de soportar la revocación: ahora se trata de buscar una adecuada ponderación de los intereses enfrentados (el del acreedor perjudicado por la despatrimonialización de su deudor y el del adquirente de ese deudor), en términos de justicia material y de seguridad en el tráfico.

2. El perjuicio pauliano no es, en sí mismo, causa de anulación / nulidad del contrato. No afecta, pues, a la validez del negocio, sino sólo a sus consecuencias o «eficacia final» pretendida. La

supone la recuperación del dominio del bien, sólo puede producirse a base de la reconstrucción patrimonial del deudor *sólo en su perspectiva pasiva*, lo que, necesariamente, supone una *disociación* de ambos aspectos patrimoniales (activo y pasivo), que por tanto pertenecen a distintos titulares.

consecuencia de estas ideas, en la lógica transmisiva de nuestro Derecho (título más modo) es que la rescisión, como tal, no niega que haya existido un título válido a efectos del 609, como sí lo niega la nulidad. Esto conduce a que la protección que ofrece la rescisión o revocación, admite *graduación* sobre los efectos finales del negocio: la rescisión sólo se produce en la medida *necesaria* para salvaguardar los intereses del acreedor, y *no más*; a diferencia de la nulidad / anulabilidad, puesto que en estos casos el ataque es al título, y por tanto, respecto a la eficacia transmisiva es «de todo o nada». Por ello, identificar la consecuencia restitutoria típica de la rescisión con la destrucción del contrato origen de las prestaciones que hay que restituir, es un mecanismo simplificador que aproxima a la categoría de la rescisión a los esquemas, seguramente más familiares, de la nulidad y de la anulabilidad, aunque funcionan justo «al revés» en el orden causa-consecuencia. El contrato *se rescinde* en la medida en que el Ordenamiento *extirpa del tráfico* sus consecuencias perjudiciales a los acreedores del enajenante. Por eso el artículo 1171 del Proyecto de Código Civil de 1851 preveía que «el efecto de la restitución es el de *rescindir* el contrato».

3. Como consecuencia de lo anterior, la protección registral del que adquiere, de un titular registral que a su vez adquirió por un negocio *rescindible por fraude de acreedores*, no se rige por lo dispuesto en el artículo 34 LH, puesto que aquel subadquirente adquiere *a domino*: no se trata –como sí sucede típicamente en el artículo 34 LH– de reconstruir en el tercero un dominio que nunca pudo adquirir derivativamente de su *tradens* puesto que *nemo dat quod non habet*, sino de considerar cuándo a ese tercero le debe resultar oponible la causa de rescisión que afectaba al negocio de su *tradens*. A esta lógica responde el artículo 37 LH. Por ello, cuando el artículo 37 LH protege al subadquirente cuando éste haya inscrito «conforme a lo prevenido en esta Ley», no debe entenderse como sinónimo de que «reúna los requisitos del artículo 34 LH», sino a que su adquisición sea de fecha *anterior* a que *registralmente le resultara oponible la causa de revocación* (típicamente, mediante anotación preventiva).

4. Lo dispuesto en el artículo 1290 («Los contratos *válidamente celebrados* pueden rescindirse en los casos establecidos por la ley») ha hecho concluir que el remedio rescisorio-revocatorio por fraude de acreedores queda descartado si puede afirmarse que el contrato tiene causa ilícita o torpe; y el contrato celebrado con el fin de defraudar a los acreedores lo es. Cuando el artículo 1290 se refiere a los contratos «*válidamente celebrados*», parece estar refiriéndose a los contratos «*verdaderamente celebrados*», y no al con-

trato que no es nulo o anulable. Lo confirma el hecho de que la aplicación de las reglas restitutorias previstas en los artículos 1305 y 1306 del Código Civil no siempre ofrecen una adecuada respuesta al acreedor.

Nulidad por causa ilícita, y rescisión-revocación por fraude de acreedores, más que excluirse, deben ser mecanismos complementarios.

5. La *restitución* que procede en caso de rescisión contractual por fraude de acreedores, no puede equipararse a la *devolución* que opera en caso de resolución por incumplimiento, o de nulidad o anulación del contrato. El bien cuya enajenación supuso el *perjuicio pauliano* no retrocede al deudor enajenante: permanece *activamente* al patrimonio del adquirente, pero *pasivamente* queda afecto a la responsabilidad del deudor enajenante.

6. Respecto a los frutos que la cosa haya podido generar desde la enajenación hasta la interposición de la demanda de revocación, las consecuencias de esta revocación no afectan a los frutos de igual manera que afecta al bien enajenado que los ha producido: la triple consideración consistente en que

a) los frutos no han ingresado nunca en el patrimonio del deudor enajenante;

b) los frutos tienen la consideración de bienes como tales, independientes del bien fructífero una vez se han obtenido;

c) sólo de una forma indirecta se puede afirmar que el deudor enajenante se ha empobrecido en la medida de la no obtención de los frutos que luego la cosa ha generado (y que, de no haber enajenado el bien, hubiesen quedado al alcance de sus acreedores); conduce a afirmar que los frutos generados por el bien sólo pueden ser objeto de *revocación pauliana*

1) desde el momento en que la causa de revocación es oponible al adquirente demandado de revocación (si es de mala fe, desde el momento de la adquisición del bien fructífero; si es de buena fe, desde el momento de interposición de la demanda); y 2) subsidiariamente, cuando la consecuencia revocatoria operada sobre la cosa fructífera no es suficiente para proteger a los acreedores.

7. Las reglas del saneamiento por evicción ofrecen una regulación apropiada para disciplinar la relación jurídica que, con ocasión de la revocación, surge entre el deudor enajenante y el adquirente de buena fe a título oneroso que soporta en su patrimonio la consecuencia revocatoria (agresión patrimonial de los acreedores del enajenante).

BIBLIOGRAFÍA

- ADMETLLA Y BALSELLS, J.: «Enajenación en fraude de acreedores», *Revista Jurídica de Cataluña*, tomo tercero, 1897.
- BETTI, Emilio: *Teoría general de las obligaciones*, trad. y notas de Derecho español por José Luis de los Mozos, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, t. II, 1970.
- CANALS BRAGE, Fernando: *La hipoteca como patrimonio de destino. (Una charla y sus digresiones)*, Madrid, 2013.
- CARBONNIER, Jean: *Droit Civil. 4. Les obligations*. París, 2000.
- CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. III, *Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*, Madrid, 1978 (12.ª ed.).
- CASTRO, Federico de: «La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los artículos 1.911 y 1.111 del Código Civil», *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto, 1932.
- *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972.
- *El negocio jurídico*, Madrid, 1985.
- CENDON, Paolo: «2902-Effetti», *Commentario al Codice Civile*. Artt. 2740-2906. Milán, 2009.
- COLIN, A; CAPITANT, H.: *Curso elemental de Derecho Civil* (trad. de la última edición francesa por Demófilo De Buen), 1923, t. III, *Teoría general de las obligaciones*.
- CRISTÓBAL MONTES, Ángel: «Fundamento y naturaleza jurídica de la acción pauliana», *Revista de Derecho Privado*, octubre, 2001.
- D'ERCOLE, S.: «L'azione revocatoria», *Trattato di Diritto Privato* (dir. Pietro Rescigno), 20-II, *Tutela dei diritti*, Torino, 1985.
- D'ORS, ÁLVARO: «Varia romana», *Anuario de Historia del Derecho*, t. XX, 1950.
- D'ORS, XABIER: *El interdicto fraudatorio en el Derecho Romano clásico*, Roma-Madrid: C. S. I. C., 1974.
- DELGADO ECHEVERRÍA, JESÚS: «Artículo 1306», *Comentario del Código Civil* (dirs., Cándido Paz-Ares, Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Rodrigo Bercovitx, Pablo Salvador Coderch). Madrid, 1991, t. II.
- DI MARTINO, ANGELO: Voz «Azione revocatoria (Diritto Privato)», *Novissimo Digesto Italiano* (dirs. Antonio Azara y Ernesto Eula), t. II (AZ-CAS), Torino, 1958.
- DIEGO, Clemente de: *Curso elemental de Derecho Civil español, común y foral*, Madrid, 1945, t. V. *Derecho de obligaciones*.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, Madrid, t. I, 1973.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. I, *Introducción. Teoría del contrato*, Madrid, 2007.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio: *El fraude de acreedores: la acción pauliana*, Bolonia, 1998.
- «Actuación de la acción pauliana», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (coords. Antonio Cabanillas Sánchez, Jorge Caffarena Laporta, José María Miquel González, Vicente L. Montés Penadés, Antonio M. Morales Moreno, Fernando Pantaleón Prieto), Madrid, 2003, II.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852.
- GAUDEMET, EUGÈNE: *Teoría general de las obligaciones*, México D. F., 1974, (trad. y notas de Derecho mexicano por Pablo Macedo).
- GAZZONI, Francesco: *Obbligazioni e contratti*, Nápoles, 2009.

- GIMÉNEZ ARNAU: «La acción pauliana y la Ley Hipotecaria», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. VII, 1953.
- GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO: *Ley Hipotecaria, comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera, precedida de una introducción histórica y seguida de un diccionario y formularios para su más fácil aplicación*, Madrid, 1862.
- *Curso histórico-exegético del Derecho Romano comparado con el español*, Madrid, 1869.
- GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: «Negocios a título gratuito y fraude de acreedores», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (coords. Antonio Cabanillas Sánchez, Jorge Caffarena Laporta, José María Miquel González, Vicente L. Montés Penadés, Antonio M. Morales Moreno, Fernando Pantaleón Prieto), Madrid, 2003, II.
- GUTIÉRREZ, Benito: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, Madrid, t. IV, 1869.
- HEVIA BOLAÑOS, Juan de: *Labyrintho de comercio terrestre y nautico, donde breue y compendiosamente se trata de la mercancia y contratacion de tierra y mar, vtil y prouechoso para mercaderes, negociadores, nauegantes, y sus consulados, ministros de los iuyzios, professors de derechos, y otras personas*, Lima, 1617.
- *Curia filípica*, Madrid, 1722.
- JEREZ DELGADO, Carmen: *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos (La acción de rescisión por fraude de acreedores)*, Madrid, 1999.
- «La restitución de los enriquecimientos causados por el deudor en patrimonio del tercero: una ampliación del marco de la reintegración de la masa activa del concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 28, enero-abril, 2013.
- «Elementos para la construcción del régimen jurídico del fraude de acreedores», *Estudios jurídicos en homenaje a José María Miquel* (coord. Luis Díez-Picazo), Pamplona, 2014, Vol. I, 1657-1675.
- JORDANO BAREA, JUAN: *La acción revocatoria o pauliana. Algunos aspectos esenciales de su régimen en el derecho vigente*, Granada, 2001.
- KIPP, Theodor: «Impugnación de los actos "in fraudem creditorum"», en Derecho romano y en el moderno Derecho alemán, con referencia al Derecho español», *Revista de Derecho Privado*, núm. 124, 1924.
- LABANDERA Y BLANCO, Víctor: «Nulidad, anulabilidad y rescindibilidad en el Código Civil. Arts. 1.261, 1.300 y 1.290», *Revista de Derecho Privado*, 1914.
- LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación española*, t. 4, *Codificación Civil*, vol. I, Madrid, 1970.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código Civil español*, Madrid, t. VIII, 1907.
- MARÍN PÉREZ, José Antonio: *La rescisión del contrato (en torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, Barcelona, 1995.
- MARTY, Gabriel; RAYNAUD, Pierre: *Droit Civil. Les obligations*, t. 1: *Les sources*, París: Sirey, 1988.
- MAZEAUD (Henri / Leon / Jean); CHABAS (François): *Leçons de Droit Civil*, t. II-1.º *Obligations. Théorie générale*, París, 1998.
- MESSINEO, Francesco: *Manual de Derecho Civil y Comercial*, trad. de Santiago Sentis Melendo, t. IV: *Derecho de las obligaciones. Parte general*, Buenos Aires, 1979.

- MORENO QUESADA, Bernardo: «Art. 1295», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirs. Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart), Madrid, t. XVII, vol. 1.º, 1981.
- MOZOS, José Luis de los: «Aproximación a una teoría general del patrimonio», *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto, 1991.
- OLIVER, Bienvenido: *Derecho Inmobiliario español. Exposición fundamental y sistemática de la Ley Hipotecaria*, Madrid, 1892-1896.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, José María: «Causa ilícita y fraude de acreedores (Sentencia de 26 de abril de 1962)», *Anuario de Derecho Civil*, 1962, fasc. IV.
- PÉREZ GONZÁLEZ, Blas; ALGUER, José: *Anotaciones a Enneccerus. Tratado de Derecho Civil. Parte general*, Vol. 2.º, 2.ª parte, Barcelona, 1981.
- PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos del Derecho Civil*, II, Vol. 1.º, *Doctrina general del contrato*, Barcelona, 1954.
- ROCA SASTRE, Ramón María: «La acción pauliana y el artículo 37 de la Ley Hipotecaria», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 127, 1935.
- SABORIDO SÁNCHEZ, Paloma: «Donación realizada en fraude de acreedores. Nulidad por causa ilícita o rescisión de la donación. Comentario a la STS de 4 de febrero de 2005 (RJ 2005, 946)», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2006, núm. 17.
- SALA, Juan: *Institutiones romano-hispanae: ad usum tironum hispanorum ordinatae*, Valentiae, 1808.
- SANZ FERNÁNDEZ, Ángel: *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Barcelona, 1945.
- SCOGNAMIGLIO, Renato: *Contribución a la teoría del negocio jurídico*, Lima, 2004 (edición, traducción y notas de Leysser L. León).
- TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves: *Droit Civil. Les obligations*, París, 1996.
- TORRES PEREA, José Manuel de: *Presupuestos de la acción rescisoria*, Valencia, 2001.
- «La acción rescisoria por fraude de acreedores en la práctica judicial, en especial análisis del requisito de la subsidiariedad procesal», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 28, 2012.
- VILLARES PICÓ, Manuel: «La Ley Hipotecaria de 1861. Artículos modificados y los motivos de tales modificaciones», *RCDI*, marzo-abril, 1960.
- VON TUHR, Andreas: *Derecho Civil*, Vol. 1-1. *Los derechos subjetivos y el patrimonio*, trad. de Tito Ravá, Madrid-Barcelona, 1998.
- *Tratado de las obligaciones*, trad. del alemán y concordado por W. Roces. Edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Granada, 2007
- ZIMMERMANN, Reinhard: *Derecho de obligaciones. Estudios*, Legales ediciones, Perú, 2012 (traducción de Antoni Vaquer Aloy).