

ESTUDIO COMPARADO DE LA IMPUGNACIÓN DE ACTOS JURÍDICOS REALIZADOS EN FRAUDE DE ACREEDORES

SUMARIO: Parte I: *La acción pauliana en derecho francés*. 1.- General. 2.- Requisitos para su ejercicio. 3.- El perjuicio al acreedor; 3.1 Prueba del perjuicio; 3.2 Actos que pueden ser impugnados. 4.- Efectos; 4.1 Extensión de la restitución; 4.2 Relatividad subjetiva de los efectos; 4.3 Concurso entre acreedor actor y acreedores del tercero; 4.4 Indemnización para enervar la acción. 5.- Naturaleza jurídica de la acción pauliana. Parte II: *La acción pauliana en derecho portugués*. 6.- Introducción. 7.- Requisitos de la impugnación. 8.- El perjuicio. 9.- Efectos. 10.- Conclusiones.

PARTE I. LA ACCIÓN PAULIANA EN DERECHO FRANCÉS

1.- GENERAL

El *Code civil* francés regula la acción pauliana (también llamada revocatoria)⁽¹⁾ en el art. 1167 "los acreedores pueden también, en su propio nombre, atacar los actos realizados por su deudor en fraude de sus derechos".⁽²⁾ Dicho pre-

1 La doctrina ha justificado la acepción de revocatoria porque la acción pauliana revoca o anula el acto, como si el acto nunca hubiera existido (DE PAGE, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, Tomo III, 2ª parte, 2ª ed., Bruselas, 1950, p. 210); o porque cuando el pretor Paulus la instituyó no podía declarar nulos los actos fraudulentos pues eran conformes con el derecho civil; el magistrado podía no anular, sino solo revocar los actos (DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoleon. Traité des Contrats ou des Obligations Conventionnelles*, Tomo II, 2ª ed., París, 1871, p. 149).

2 *ils peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits.*

cepto pretende sólo consagrarla, pero no ofrece una regulación completa y orgánica de la acción pauliana. Ello ha obligado a la doctrina francesa a acudir a la tradición (que juega en nuestra institución un papel muy importante) y a la interpretación y desarrollo de la jurisprudencia.⁽³⁾

La razón de la parca regulación del *code* se debe a que los redactores del código siguieron para la materia de obligaciones preferentemente la obra de POTHIER, que menciona la acción pauliana aquí y allá pero no le dedica un tratamiento específico (era una institución más frecuente en la insolvencia de comerciantes). DOMAT,⁽⁴⁾ en cambio, le dedicó más atención, y recogió la tradición justineana del derecho romano. Los redactores del *code* acudieron a POTHIER; la primera doctrina y la jurisprudencia, a DOMAT.⁽⁵⁾

La doctrina ha venido criticando la *sistemática* del *code*, pues incluye la acción pauliana entre los efectos del contrato (efectos respecto a terceros) cuando la acción pauliana es propia de todas las obligaciones (y no solo las nacidas de contrato). La doctrina considera nuestra institución como *medio de conservación del patrimonio del deudor* y no como un efecto de las obligaciones.⁽⁶⁾

Los *antecedentes* de la regulación codificada se remontan al derecho romano, pero con una importante diferencia: mientras que el *interdictum fraudatorium* (principal precedente romano de la acción pauliana) se ejercía dentro del proceso de ejecución colectiva, como en Francia no existe *faillite civile*, la acción pauliana se ejerce individualmente por cada acreedor en su propio interés; por eso, sus efectos solo aprovecharán al acreedor actor.⁽⁷⁾

3 Para el derecho francés la acción pauliana no constituye un supuesto de rescisión de contratos. La inclusión del fraude de acreedores como un supuesto más de la acción rescisoria (junto a la lesión) es original de nuestro código civil y procede del Proyecto de 1851.

4 *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Libro II, Título X, París, 1767.

5 Según DEMOLOMBE (op. cit., p. 151) "la acción pauliana fue recogida por el derecho consuetudinario francés, siendo de gran aplicación práctica, que contrasta con su escasa atención científica; muchos autores contemporáneos la consideraban extraña, pero Domat le consagra un título específico".

6 La sistemática utilizada por la doctrina francesa es más razonable, por ejemplo DE PAGE (op. cit., p. 192) incluye la pauliana y la subrogatoria como medios de conservación de la garantía patrimonial; MARTY/RAYNAUD (*Droit Civil (Les Obligations)*, Tomo II, 2ª ed, París, 1989) la incluyen al hablar de las garantías de las obligaciones y no al hablar de los efectos de los contratos. Por su parte, los MAZEAUD (*Leçons de Droit Civil (Obligations)*, Tomo II, Vol. 1, 8ª ed, París, 1991) la incluyen en la sección dedicada a los modos de obtener la ejecución, como medio de asegurar la conservación del patrimonio del deudor.

7 En el derecho romano la pauliana se ejercía por el curator, en el seno de un procedimiento de ejecución por insolvencia del deudor, en beneficio de todos acreedores, pues el bien enajenado fraudulentamente era realizado y repartido el montante obtenido. En Francia, como no está organizada la *deconfiture*, cada acreedor persigue individualmente el pago y la ejecución (DE PAGE, op. cit., p. 211).

La doctrina tradicional ha buscado el *fundamento* de la acción concedida al acreedor partiendo del principio de que el deudor puede gestionar libremente su patrimonio pero debe hacerlo de buena fe. Por eso para algunos autores el fundamento de la pauliana es evitar el abuso de derecho (el deudor ha abusado de su libertad de gestionar su patrimonio).⁽⁸⁾ Para otros, los principios de no causar daño a otro (constituiría una *faute* del art. 1382 *code*) y no enriquecerse a costa de otro (para implicar al donatario de buena fe),⁽⁹⁾ explican el régimen jurídico de la acción pauliana.

Respecto al *ámbito de la acción pauliana* cabe destacar que en Francia la jurisprudencia ha generalizado el recurso a la acción pauliana (más allá de los contornos originarios en supuestos de insolvencia del deudor) convirtiéndola en sanción general contra el fraude, y acercándola a los principios y esquemas de la responsabilidad civil.

La doctrina ha criticado esta actitud de la jurisprudencia;⁽¹⁰⁾ se habla para estos casos de *pauliana especial*, para circunscribir la pauliana ordinaria al remedio contra la insolvencia del deudor; entendiendo más correcto remitir esos problemas al ámbito de la responsabilidad contractual del deudor y responsabilidad extracontractual del tercero cómplice, solicitando la reparación en natura.⁽¹¹⁾

En otro orden de cosas a juicio de la doctrina francesa la acción va dirigi-

8 como defiende Joserrand, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Dalloz, 1928, p. 233.

9 El fundamento de la acción pauliana es doble: toda persona debe reparar los daños causados por su *faute*, y nadie debe enriquecerse a expensas de otro (AUBRY/RAU, *Cours de Droit Civil Français (d'après Zachariae)*, Tomo IV, 6ª ed., París, 1942, p. 195). En cambio para DE PAGE (op. cit., p. 214) el fundamento de la acción pauliana ha sido oscurecido por la doctrina y la jurisprudencia francesa; la jurisprudencia belga lo ha aclarado al calificarla como ilícito, un cuasidelito: la eliminación fraudulenta de la *gage* general; y ese fundamento justifica la necesidad de complicidad del adquirente oneroso y los diversos efectos de la acción (restitución *in natura* e indemnización).

10 Para MARTY/RAYNAUD (op. cit., pp. 152-153) el ámbito de la acción pauliana debe ser la protección de la *gage*, pero constatan esta generalización jurisprudencial como expediente para atacar actos fraudulentos que frustran la *gage* hipotecaria o una promesa de venta. Por su parte GHESTIN (*Traité de Droit Civil (Les Obligations. Les effets du contrat)*, avec M. BILLIAU, París, 1992, p. 681) reprocha a esta jurisprudencia "hacer salir la acción pauliana de su ámbito tradicional que es la salvaguarda de la garantía patrimonial del acreedor" ... "parece preferible limitar la aplicación del art. 1167 del *code* a los casos de insolvencia del deudor".

11 Dicha reparación se buscaría no a través de la obligación de indemnización de daños, sino incluso mediante la ineficacia parcial del acto impugnado. En definitiva la jurisprudencia utiliza el esquema de la acción pauliana como solución para otros conflictos por colisión de derechos incompatibles. En la doctrina, vid. GINOSAR, *Liberté contractuelle et respect des droits des tiers. Emergence du délit civil de fraude*, L.G.D.J., París, 1963; VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, tesis, Toulouse, 1957; GROUBER, *De la action paulienne en droit civil français contemporain*, tesis, París, 1913.

da contra el tercero adquirente,⁽¹²⁾ y en su caso contra eventuales subadquirentes, pero no contra el deudor porque contra él la acción resultaría inútil (pues es insolvente). En todo caso, el tercero puede pedir la participación del deudor en el proceso.

Respecto a los *acreedores legitimados* hay consenso en la doctrina y en la jurisprudencia para privar de legitimación a los acreedores bajo condición suspensiva porque la acción pauliana solo se puede ejercer después de la previa excusión del patrimonio del deudor. Los acreedores a término podrán hacer valer la acción pauliana cuando haya pérdida por parte del deudor del beneficio del plazo.

La acción pauliana no es propiamente una medida ejecutiva; por tanto el acreedor no tiene que justificar un título ejecutivo, pero sí debe ser titular de un crédito cierto. En cambio se afirma que no cabe legitimación del acreedor condicional, que solo tiene medidas conservativas de su crédito. La pauliana no es medida conservativa, pero tampoco directamente ejecutiva, sino preliminar al embargo.⁽¹³⁾

2.- REQUISITOS PARA SU EJERCICIO.

Los requisitos bajo los cuales se permite al acreedor acudir a la acción pauliana para impugnar determinados actos del deudor son: 1) la existencia de un perjuicio (resultado) ocasionado por un acto jurídico del deudor (acto: ambos son el presupuesto objetivo que estudiaremos a continuación con más detalle); 2) (en su caso) fraude por parte del deudor (entendido como elemento subjetivo con el contenido que cada ordenamiento, y su respectiva jurisprudencia le dan); 3) complicidad del tercero. Las condiciones para ejercer la pauliana son estrictas, para evitar injerencias injustificadas del acreedor en la gestión del deudor.

En relación al *fraude* la doctrina y la jurisprudencia en Francia han optado por no prescindir del elemento subjetivo como presupuesto de la acción revocatoria; se trata de una opción que implica un camino difícil (pero quizás más

12 DE PAGE, op. cit., p. 239; PLANIOL/RIPERT, *Droit Civil Français*, Tomo VII, 2ª parte, 2ª ed., París, 1954, p. 289.

13 En Francia se dice que las acciones subrogatoria y pauliana son algo más que actos conservativos; preparan una ejecución. Por eso restringen la legitimación de los acreedores: hace falta crédito cierto líquido y exigible, pero no hace falta título ejecutivo; la pauliana no entrega los bienes directamente al acreedor, sino que obliga al tercero a devolverlos. En este sentido también MALAURIE/AYNÉS, *Cours de Droit Civil (Les Obligations)*, Tomo VI, 5ª ed., París, 1994, p. 589.

“justo”) a diferencia de la perspectiva italiana que ha objetivado este requisito, primando la facilidad procesal para ejercer la revocatoria y así agilizar la protección del derecho de crédito.⁽¹⁴⁾

Cabe preguntarse si como contenido del fraude basta el conocimiento o hace falta la intención de perjudicar;⁽¹⁵⁾ no hay acuerdo ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, donde cabe encontrar alternativamente ambas fórmulas; los casos donde basta el conocimiento son los actos gratuitos, mientras que en los actos onerosos se requiere del deudor intención; pero esta regla no siempre se cumple. Parece proponerse una conciliación en el terreno de la prueba: la intención de dañar será necesaria; pero no se exigirá la prueba directa, sino que se deducirá dicho propósito del simple conocimiento de un perjuicio causado a un acreedor. Y es que, normalmente, el conocimiento del eventual perjuicio implica que si el deudor realiza el acto, en el fondo está aceptando y queriendo el efecto conocido, salvo que existan motivos concurrentes sobrepuestos a la intención de dañar⁽¹⁶⁾ (que nunca suele ser el móvil exclusivo) y que permiten excluir la mala fe del deudor.⁽¹⁷⁾

En la jurisprudencia se va consolidando para los actos a título gratuito esta posición “intelectual”: *basta el conocimiento*. Para los actos onerosos la jurisprudencia es más estricta.⁽¹⁸⁾ Pero la intención de perjudicar a los acreedores (frente al simple conocimiento de su perjuicio) solo se exige con rigor en tres supuestos particulares: cuando se sustiye en el patrimonio del deudor un bien fácil de agredir por un valor fácil de ocultar; en el caso del pago regular de una deuda civil exigible; y cuando se impugnaba un acto anterior al nacimiento del crédito de aquel que ejercía la acción pauliana.

Dentro de la más reciente doctrina se ha enfocado el problema del fraude como elemento subjetivo de la acción pauliana por asimilación con la estructura

14 Vid. en esta misma revista, en su anterior número, nuestro trabajo sobre la importancia del perjuicio en la estructura de la acción pauliana italiana, p. 68.

15 GHESTIN (op. cit., p.685) señala que “los autores están divididos; unos parecen exigir la intención de dañar; otros admiten que basta un simple conocimiento”.

16 AUBRY/RAU (op. cit., p. 204) entienden que el fraude se presume si deudor realiza acto perjudicial conociendo su insolvencia; y este conocimiento se admite fácilmente pues no cabe suponer que una persona ignore el estado de sus asuntos. La complicidad del tercero se deduce si conocía cuando contrató con el deudor, la insolvencia de éste.

17 por ejemplo, porque el deudor creía poder superar esta situación temporal de insolvencia; aunque esta indagación es complicada y dificulta la labor de los tribunales.

18 Pero señala GHESTIN (op. cit., p. 686) que “desde 1979 la Corte de Casación ha consagrado el principio por el cual el simple conocimiento del perjuicio basta para caracterizar el fraude pauliano”.

propia de la responsabilidad civil aquiliana.⁽¹⁹⁾

Respecto a la *complicidad del tercero* la doctrina señala que es un requisito no mencionado expresamente en el art. 1167 del *code* pero es tradicional desde el derecho romano e incontestable en la jurisprudencia. No se trata de un fraude propio sino (al modo del interdicto fraudatorio romano) de haber conocido el fraude principal del deudor (o, simplemente, conocer la situación de insolvencia del deudor y las consecuencias perjudiciales del acto para acreedores).⁽²⁰⁾

El objeto de la prueba no es el fraude mismo o su conocimiento por el tercero (no puede serlo de forma directa) sino las circunstancias por las cuales el tercero podía haber conocido: incumbe al juez la valoración de las circunstancias.⁽²¹⁾

Respecto al *nexo de causalidad* la doctrina viene entendiendo que hace falta que la insolvencia que el acto provoca se mantenga en el momento de ejercitar la acción, de lo contrario *point d'action sans intérêt* y a la inversa, hace falta que esa insolvencia que existe al momento de ejercitar la acción sea *causa directa e inmediata del acto*, no vale una causalidad mediata, mezclada con otras posibles causas posteriores.

3.- EL PERJUICIO AL ACREEDOR

La lesión al derecho de crédito al imposibilitarse o dificultarse la ejecución o realización forzosa del mismo, ante la insuficiencia patrimonial del deudor, constituye la situación de daño que se pretende remediar con la acción pauliana, impugnando el acto causante de dicha situación. Sin perjuicio no hay acción pauliana.⁽²²⁾ El art. 1167 del *code* habla solo de fraude pero para revocar un acto hace falta dos elementos: perjuicio (*eventus damni*) y conocimiento de causar dicho perjuicio (el llamado *consilium fraudis*). El perjuicio hace falta siempre, el fraude depende.

19 Para GHESTIN (op. cit., pp. 688-689) la importancia del daño objetivo dulcifica la exigencia respecto al elemento subjetivo.

20 Respecto a los terceros, no hace falta que ello persigan el mismo objetivo que el deudor, basta que tenga conocimiento de dicho objetivo y que aporten su concurso (GHESTIN, op. cit., p. 700).

21 Como el *code* no marca un contenido preciso del fraude ha permitido el desarrollo de la cuestión tanto en la doctrina (a veces enzarzada en discusiones dogmáticas) como en la jurisprudencia (muchas veces perdida en la solución del caso concreto).

22 De entre los requisitos el principal es el perjuicio consistente en que los bienes del deudor sean insuficientes para pagar sus deudas (AUBRY/RAU, op. cit., p. 198). Para MARTY/RAINAUD (op. cit., p. 162) perjuicio= acto de empobrecimiento + insolvencia del deudor. Insolvencia creada o agravada por el acto.

El perjuicio ha sido identificado tradicionalmente con la *insolvencia*,⁽²³⁾ con la situación por la cual en el momento de ejercitar la acción el activo del deudor no permite el *pago integral del crédito* por causa del acto fraudulento realizado: el acreedor no puede realizar su crédito ejecutando el patrimonio del deudor

Pero posteriormente se matizó que el *perjuicio* debe ser *efectivo*: quiere esto decir que a la hora de valorar el patrimonio del deudor no se puede contar con los bienes cuya ejecución es difícil o imposible⁽²⁴⁾ (perspectiva más concreta que la insolvencia pues hay perjuicio aun cuando existan bienes en el activo pero éstos resulten inembargables o se hallan en el extranjero).⁽²⁵⁾

El problema de la doctrina francesa es que reduce la perspectiva con la cual viene enfocado el *eventus damni* circunscribiendo las posibilidades de satisfacción del acreedor (y por tanto el propio perjuicio que cabe atacar con la acción pauliana) al activo patrimonial del deudor, la *gage*, la garantía patrimonial.

A nuestro juicio *perjuicio* no consiste en la simple disminución del patrimonio del deudor; hace falta que acreedor *no pueda realizar su crédito*. Para determinar el perjuicio no basta el balance contable del deudor, sino las *posibilidades prácticas del acreedor* de obtener el pago integral.⁽²⁶⁾

Por último la jurisprudencia francesa ha señalado que perjuicio no equivale a insolvencia en la pauliana especial. Cabe ejercer la acción pauliana para impugnar un acto fraudulento que sin causar la solvencia del deudor, perjudica una *sureté spéciale* del acreedor.⁽²⁷⁾

3.1 PRUEBA DEL PERJUICIO

La postura tradicional de la doctrina era afirmar que si la insolvencia aun no ha sido establecida por *deconfiture* o no está presumida legalmente por *failli-*

23 Para DEMOLOMBE (op. cit., p. 179) el perjuicio de los acreedores se manifiesta con la insolvencia real (*deconfiture*) o legal (*faillite*).

24 Del activo del deudor se puede excluir como valor útil les biens insaisissables, ou les biens litigieux, ou encore les biens situés à l'étranger (DE PAGE, op. cit., p. 230, n. 2 cita a BAUDRY-LACANTINERIE y LAURENT). Solo son impugnables los actos referidos a elementos patrimoniales ejecutables (PLANIOL/RIPERT, op. cit., p. 258).

25 Respecto a la dificultad del acreedor para ejecutar los bienes del deudor que se hallan en el extranjero, debemos cuestionarnos su continuidad como supuesto de perjuicio ante la proliferación de los convenios internacionales para la ejecución de sentencias extranjeras.

26 De modo que, por ejemplo, carece de interés para el acreedor ordinario el ejercicio de la acción pauliana si el bien enajenado estaba gravado con una hipoteca que garantizaba otro crédito por montante superior al valor de la cosa (aunque el bien fuera el último del deudor: MAZEAUD, op. cit., p. 1074).

27 COLIN/CAPITANT, *Traité de Droit Civil*, Tomo II (con JULLIOT DE LA MORANDIÈRE), París, 1959, p. 775; MAZEAUD, op. cit., p. 1074; MARTY/RAINAUD, op. cit., p. 162, n.3.

te entonces el acreedor deberá previamente hacer *excusión* de los bienes del deudor.⁽²⁸⁾ La prueba del perjuicio sería fácil si hubiera habido un embargo previo y el precio obtenido en el remate no hubiera resultado suficiente.

Algunos han acudido como justificación al carácter de la *subsidiariedad* de la acción pauliana:⁽²⁹⁾ no cabe ejercer la pauliana sino en ausencia de otros bienes; por eso el tercero puede pedir (salvo que el deudor haya sido declarado insolvente) la excusión previa del patrimonio del deudor.⁽³⁰⁾ Como incumbe al actor la prueba de la insolvencia, en consecuencia, no es obligación del tercero señalar bienes del deudor que puedan ser ejecutados, sino que corresponde al acreedor buscarlos.

La cuestión resulta controvertida porque otros defienden que el acreedor debe probar la insolvencia, pero basta probar la *insolvencia aparente*; porque al tercero le queda todavía la posibilidad de enervar la acción indicando otros bienes del deudor desconocidos para el acreedor.⁽³¹⁾ El juez deberá decidir si los bienes indicados por demandado son accesibles y suficientes para la satisfacción del crédito.

3.2 ACTOS SUSCEPTIBLES DE SER IMPUGNADOS.

A) Pueden ser impugnados por el acreedor mediante la acción pauliana los *actos de empobrecimiento que disminuyen el activo* del patrimonio del deudor (la *gage*, según la doctrina francesa), pero no los actos de no enriquecimiento.⁽³²⁾ Porque así se establecía en derecho romano y el *code* se remite a él; y porque

28 AUBRY/RAU, op. cit., p. 198-199, citando en su apoyo a LAROMBIÈRE, COLMET DE SANTERRE y DEMOLOMBE.

29 El carácter subsidiario de la acción determina dos consecuencias: primera, se puede acudir a ella cuando el acreedor no tiene otros medios suficientes de satisfacción (BAUDRY-LACANTINERIE/BARDE, *Traité théorique et pratique de Droit Civil (Des Obligations)*, Tomo I, 3ª ed., París, 1906, p. 660); segunda, el tercero puede exigir la excusión previa de los bienes del deudor (PLANIOL/RIPERT, op. cit., p. 258; y COLIN/CAPITANT, op. cit., p. 777).

30 DEMOLOMBE (op. cit., p. 181) califica esta subsidiariedad no como una mera oposición o excepción, sino como condición propia de la pauliana; por eso aunque el demandado no exija la excusión previa, el juez tiene que determinarla de oficio.

31 La insolvencia, como requisito de la pauliana, permite al tercero a obligar al acreedor a una excusión previa de los bienes que quedan en el patrimonio del deudor, salvo que la insolvencia sea notoria (MARTY/RAINAUD, op. cit., p. 162). La excusión previa no sería necesaria si la insolvencia fuese notoria (PLANIOL/RIPERT, op. cit., p. 259). Dicho perjuicio no exige excusión previa de los bienes del deudor, basta que la insolvencia sea notoria (DE PAGE, op. cit., p. 230; y MAZEAUD, op. cit., p. 1075, alegando Cass. civ. 13 mayo 1969).

32 MARTY/RAINAUD, op. cit., p. 156 n. 2; DE PAGE, op. cit., p. 216.

enriquecerse es acto personal, y los actos personales, igual que sucede con la acción subrogatoria, no pueden ser atacados (art. 1166 del *code*).⁽³³⁾

Aunque en general no procede la acción pauliana contra los actos de no enriquecimiento, el *code* regula dos supuestos donde ha cambiado la regla romana; la renuncia a una herencia o a un legado si son impugnables: arts. 724 y 1014 *code* respectivamente (porque ha cambiado el sistema francés respecto al romano de momento de adquisición de los bienes hereditarios); e, igualmente, la renuncia a la prescripción ganada, art. 2225 *code*).⁽³⁴⁾ Y es que según el art. 2092 del *code* forman parte de la *gage*, y por tanto, pueden ser ejecutados por el acreedor, los bienes presentes y también los futuros del deudor (luego los actos que impiden enriquecimiento caen también dentro del ámbito de la pauliana).⁽³⁵⁾

No creemos que la acción pauliana pueda ser utilizado sólo para atacar los actos que ocasionan la disminución del activo. En primer lugar porque el perjuicio que la pauliana debe eliminar consiste en impedir o dificultar las posibilidades de satisfacción del acreedor, tanto aumentando el pasivo como disminuyendo el activo del deudor. En segundo lugar porque los pagos regulares quedan excluidos de ser impugnados, y qué duda cabe que disminuyen el activo. Y además, la doctrina y la jurisprudencia incluyen también en el ámbito de actuación de la acción pauliana la asunción de deuda, que sólo aumenta pasivo, porque son conscientes de que significa reducir, mediatamente, el activo a repartir.⁽³⁶⁾

B) Aunque signifique alterar la composición del activo, *no cabe atacar actos referidos a bienes no ejecutables*, porque no forman parte de la garantía patrimonial del acreedor y por tanto, no le causan perjuicio. Pero sí puede atacarse el acto de disposición sobre un derecho, él mismo no embargable, pero que produce frutos que son susceptibles de ser ejecutados.

C) *Los pagos no son atacables con la acción pauliana*. Estos son los argumentos aportados por la doctrina: por una parte, porque los pagos no producen

33 En contra AUBRY/RAU (op. cit., p. 200) para quienes “son impugnables tanto las disminuciones como las no adquisiciones, pues también en éstas hay una manifestación de voluntad del deudor”.

34 COLIN/CAPITANT (op. cit., p. 782) opinan que se mantiene la regla romana para resto de casos como la renuncia a donación ofrecida, que no será atacable (también JUGLART, *Cours de Droit Civil*, Tomo I, París, 1967, p. 340). Por otra parte, la partición (tanto de la herencia como la división de la comunidad de bienes) no puede impugnarla el acreedor aunque sea fraudulenta, pero el ordenamiento le permite intervenir en ella para vigilar (art. 1167.2 del *code*).

35 DEMOLOMBE, op. cit., p. 158.

36 Las asunciones de deudas también serían impugnables, si media concierto doloso, porque disminuyen el activo a recibir (MARTY/RAINAUD, op. cit., p. 158) y porque la actuación fraudulenta del deudor atempera el respeto debido a los actos personales (PLANIOL/RIPERT, op. cit., p. 289).

perjuicio pues significan disminuir al mismo tiempo una parte del activo y otra del pasivo; y por otra parte porque no cabe fraude en el pago ya que para el deudor se trata de un acto debido y para el acreedor constituye una actuación legítima y diligente. En cambio el pago anticipado o la *datio in solutum* si dejan posibilidad al fraude al no constituir pagos regulares.⁽³⁷⁾

D) La jurisprudencia francesa más reciente⁽³⁸⁾ amplía los actos que pueden ser atacados mediante la acción pauliana al identificar el *eventus damni* con la situación donde queden imposibilitados o solo dificultadas las posibilidades de satisfacción del acreedor. Ello implica que se puede impugnar incluso actos que no empobrecen el patrimonio, pero ocasionan perjuicio como la *venta a justo precio* que significa sustraer un inmueble a la persecución del acreedor; dicha venta es impugnada si fraudulenta.⁽³⁹⁾

Aunque en estos actos el deudor recibe del tercero una contraprestación (incluso de igual valor a la que éste adquiere) de modo que parece no quedar perjudicado cuantitativamente el patrimonio del deudor, hay sí una modificación cualitativa del patrimonio (relativa a la distinta naturaleza de los bienes que lo componen) que sí perjudica al acreedor.

Recapitulando: el *perjuicio* es una condición para el ejercicio de la acción pauliana; integrado, según la doctrina tradicional por *acto de empobrecimiento* (acto gratuito u oneroso pero con prestaciones no equivalentes) e *insolvencia patrimonial* del deudor.

Esta concepción tradicional ha experimentado una doble evolución en la jurisprudencia: primera línea de evolución: en algunos casos (los supuestos de la denominada “acción pauliana especial”) no hace falta para que haya perjuicio al

37 Los pagos normales, en principio, son lícitos, pero no cabe excluir su impugnación si hay concierto y maniobras fraudulentas, solo que la prueba del carácter fraudulento es más rigurosa (DE PAGE, op. cit., p. 223; MARTY/RAYNAUD, op. cit., p. 158, n. 3). Son impugnables los pagos o la constitución de hipoteca si los acreedores beneficiados conocían la insolvencia del deudor (igual que la asunción de deudas) (AUBRY/RAU, op. cit., pp. 209-210).

38 GHESTIN destaca (op. cit., p. 682, n. 120) las sentencias de la *Cour de Chambéry* de 17 de diciembre de 1985, y la *Cour de París*, de 21 de noviembre de 1988; además de la sentencia de la *Cour de Cassation* civ. de 21 de noviembre de 1967, y afirma que “dicha postura debe ser aprobada: para apreciar el perjuicio del acreedor ha de tenerse en cuenta no tanto el valor matemático del activo del deudor, cuanto la *possibilité effective de se faire payer sur cet actif*” (acogen también esta postura MARTY/RAYNAUD, op. cit., p. 156).

39 DEMOLOMBE (op. cit., p. 169) y AUBRY/RAU (op. cit., p. 201) admiten impugnar una venta a justo precio realizada con el objeto de sustraer el inmueble a la ejecución del acreedor; o la aportación por el deudor de su patrimonio a una sociedad; o la conclusión de un arrendamiento a bajo precio (MARTY/RAYNAUD, op. cit., p. 157).

acreedor la insolvencia patrimonial del deudor. La pauliana, no circumscribida ya a insolvencia patrimonial, se muestra como manifestación de un remedio general del ordenamiento contra el fraude: en protección de derechos específicos de terceros. Segunda línea de evolución: los actos perjudiciales no son solo los de empobrecimiento, sino también los que alteran la composición cualitativa del patrimonio: la jurisprudencia francesa también admite la teoría, denominada por la doctrina italiana,⁽⁴⁰⁾ del *peggioramento qualitativo*.

A mi entender el acto de empobrecimiento constituye un perjuicio *particular*, que hay que encuadrar dentro de una situación o contexto de insuficiencia patrimonial que determine imposibilidad de realización del crédito (perjuicio *general*) que es la razón determinante para acudir a la pauliana como remedio último con que cuenta el acreedor.

4.- EFECTOS DE LA ACCIÓN PAULIANA.

Los efectos de la acción pauliana deben conducir a la eliminación del perjuicio que sufre el acreedor como consecuencia de la realización del acto jurídico impugnado (que en la mayor parte de las ocasiones consiste en una enajenación). Pero la articulación de estos efectos debido a la parca regulación contenida en el *code* (que no detalla las consecuencias de la acción pauliana) es bien distinta según los autores.

La disputa se centra en torno a la cuestión de si es necesario para que se elimine el perjuicio, que el bien enajenado vuelva al patrimonio del deudor (de donde salió fraudulentamente) o si, por el contrario, dicha restitución no será necesaria, de modo que la acción pauliana vendría a posibilitar la realización del crédito del acreedor (y así eliminar el perjuicio) permitiendo la ejecución del bien enajenado en el patrimonio del propio tercero adquirente.

Quienes defienden el retorno del bien enajenado al patrimonio del deudor para que allí sea embargado por el acreedor, consideran que el bien debe estar en el patrimonio del deudor como requisito imprescindible para que sus acreedores pudieran ejecutarlo.

De modo que el tercero demandado y vencido en el juicio, estaría obliga-

40 Entre otros EULA, *Commentario al Codice Civile*, Libro VI, dirigido por D'AMELIO, Barbera, Florencia, 1943, p. 851; COSATTINI, *La revoca degli atti fraudolenti*, CEDAM, Padua, 1950, p. 226; MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, CEDAM, Padua, 1970, p. 23 ss; DISTASO, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, UTET, Turín, 1974, p. 181.

do a devolver los bienes recibidos fraudulentamente. Se trataría de un régimen similar al que se produce con ocasión del ejercicio de las acciones de nulidad, de la cual derivan las obligaciones de las partes de proceder a la restitución de las prestaciones recibidas.

Los efectos serán distintos según el adquirente sea de buena o mala fe. Para la doctrina el adquirente de mala fe debe devolver y responder en la media del daño; el de buena fe solo en la medida del enriquecimiento. Asimismo, éste último no responde del deterioro de la cosa, incluso causado por él; tiene derecho a expensas, y se queda con los frutos percibidos.⁽⁴¹⁾

Algunos autores han entendido que, por semejanza con la simulación absoluta, en caso de actos realizados en fraude de los acreedores, los bienes enajenados deben ser considerados *como si nunca hubieran salido jurídicamente del patrimonio del deudor* (y de hecho deben volver allí).⁽⁴²⁾ Pero no olvidemos que a diferencia de lo que ocurre con la simulación, la acción pauliana (también en el ordenamiento francés) viene a impugnar un acto válido, un acto que no adolece de ninguna causa de nulidad. Por tanto, como tal acto válido que es, la enajenación produjo una verdadera transmisión del bien al patrimonio del tercero.

A nuestro entender, se apunta en la doctrina francesa la restitución del bien al patrimonio del deudor porque se cree que la finalidad de la pauliana es la *reconstitución* del patrimonio del deudor enajenante (reconstrucción que se realiza por medio de la obligación de restitución a cargo del tercero).⁽⁴³⁾ En nuestra opinión, la verdadera finalidad de la pauliana no es sino eliminar el perjuicio del acreedor: se trata, en consecuencia, no de hacer volver el bien al patrimonio del deudor, sino permitir al acreedor que, aunque el bien se encuentre en poder del tercero, pueda embargarlo y ejecutarlo para así realizar su crédito.

La impugnación del acto no significa "*rentrer*" de los bienes enajenados

41 PLANIOL/RIPERT (op. cit., p. 294) al que sigue DE PAGE (op. cit., p. 244) consideran que si el adquirente es de buena fe no responde de deterioros, incluso debido a su hecho; si ha enajenado solo debe el dinero efectivamente cobrado. También DEMOLOMBE (op. cit., p. 260) distingue si tercero es de mala fe, en cuyo caso debe restituir cosa con frutos, y le carga la responsabilidad de la pérdida de la cosa y deterioros; y si enajena, debe el precio recibido o el valor de la cosa (el mayor de los dos).

42 GHESTIN (op. cit., p. 702) y MARTY/RAYNAUD (op. cit., p. 168) afirman que para acreedor es como si el bien nunca hubiera salido del patrimonio del deudor, por eso no tiene que respetar los derechos del adquirente o subadquirentes. También para CARBONNIER (*Droit Civil (Les Obligations)*, 4ª ed., París, 1982, p. 593) la acción pauliana declara "nulos" los actos del deudor, de modo que le es propia la retroactividad de efectos.

43 La misión de la acción pauliana es revocar el acto, reconstituir el patrimonio del deudor a donde vuelve el bien o valor enajenado para allí ser embargado por el acreedor (MARTY/RAYNAUD, op. cit., p. 168).

en el patrimonio del deudor, sino solo levantar el obstáculo que se oponía al embargo de los bienes en manos del tercero, en beneficio solo del acreedor actor (el acto sigue siendo eficaz entre las partes) pues no hay retorno efectivo del bien al patrimonio del deudor.⁽⁴⁴⁾

4.1 EXTENSIÓN DE LA RESTITUCIÓN.

Cuando se habla de restitución al patrimonio del deudor del bien enajenado se pensaba en la consecuencia lógica dentro de un esquema de nulidad del acto y de restitución de prestaciones realizadas. Pero incluso entre los propios defensores de la teoría de la nulidad surgió el planteamiento de que la nulidad propia de la acción pauliana era especial en cuanto a sus efectos porque se trataba de una restitución parcial, solo en la medida necesaria para eliminar el perjuicio sufrido por el acreedor.⁽⁴⁵⁾

Se trata del primer paso en la evolución propiciado por el hecho de haber comprendido que la acción pauliana no pretende la reconstrucción del patrimonio del deudor, sino la eliminación del perjuicio del acreedor y para ello lo que hace falta (cuando el acto perjudicial consiste en una enajenación) es permitir que el acreedor pueda ejecutar el bien en manos del tercero (a quien le pertenece porque la transmisión ha sido válida y el acto, pese a la impugnación, sigue manteniendo eficacia inter partes). De modo que el tercero adquirente deberá soportar la ejecución forzosa de uno de sus bienes pero no se le obliga a una innecesaria devolución del bien al patrimonio del deudor.

Esta devolución es no sólo innecesaria (es más práctico permitir la ejecución sobre el bien dirigiendo la acción contra el propio adquirente) sino que además induciría a confusiones, pareciendo permitir el concurso de otros acreedores del deudor enajenante en la ejecución (sin haber participado previamente en el juicio revocatorio) o creyendo que el deudor sería el destinatario del eventual remanente que quedara después de satisfacer al acreedor impugnante. En abso-

44 Según PLANIOL/RIPERT (op. cit., p. 291, n. 2) el acreedor pide la anulación relativa del acto de modo que pueda embargar el bien enajenado en poder del adquirente, como si todavía estuviera en poder del deudor. También DE PAGE (op. cit., p. 214 y 243) para quien consecuencia de la relatividad de la cosa juzgada, y de la propia economía de la acción pauliana que es personal y no colectiva, el bien no vuelve al patrimonio del deudor, aprovechando solo al acreedor actor (también AUBRY/RAU, op. cit., p. 211).

45 Efectos parciales en la medida necesaria para remediar el perjuicio; si el acto atacado puede ser revocado parcialmente, aunque la nulidad afecte por entero al acto atacado (PLANIOL/RIPERT, op. cit., p. 293). En esta línea también MARTY/RAYNAUD (op. cit., p. 168) para quienes la revocación no es total de modo que tercero no obligado sino a restituir la parte necesaria para satisfacer al acreedor.

luto, dicho remanente pertenecerá al propietario del bien: al adquirente.⁽⁴⁶⁾

Por otra parte, la doctrina francesa ha venido defendiendo que *el acreedor no puede resultar perjudicado pero tampoco beneficiado* respecto a la situación anterior que él tenía antes de la realización del acto jurídico impugnado; y ello se concretaría, por ejemplo, en que el acreedor no puede pretender ejecutar el bien vendido (ahora recuperado) y al tiempo, ejecutar la cosa dada a cambio, o aprovecharse del precio que en su día pago el adquirente). Por eso el tercero tiene derecho a restar dicha contraprestación.⁽⁴⁷⁾

En nuestra opinión, el tercero adquirente que como consecuencia del ejercicio de la acción revocatoria sufre la ejecución del bien podrá dirigirse contra su deudor, pero no podrá compensar nada frente al acreedor.⁽⁴⁸⁾ El problema es que el recurso del tercero adquirente contra el deudor está condenado al fracaso momentáneo porque precisamente la impugnación del acreedor se debe a que el deudor es insolvente.⁽⁴⁹⁾

4.2 RELATIVIDAD SUBJETIVA DE LOS EFECTOS.

Se han mantenido en el seno de la doctrina francesa, distintas opiniones respecto al alcance subjetivo de la ineficacia, es decir, respecto a la concurrencia de los otros acreedores del deudor con el actor impugnante:

1.- Los efectos de la acción pauliana ejercida por un acreedor beneficiarán a todos los otros acreedores del deudor disponente, cuyos créditos sean anteriores o posteriores al acto impugnado; son quienes defienden que el bien enajenado fraudulentamente por efecto de la impugnación, retorna al patrimonio del deudor, *gage* común de sus acreedores.⁽⁵⁰⁾

2.- Matizando la anterior postura se encuentran quienes piensan (CHARDON, LAROMBIÈRE) que la acción pauliana aprovecha a todos los acreedores

46 MAZEAUD, op. cit., p. 1084.

47 PLANIOL/RIPERT, op. cit., p. 293. En este sentido también DEMOLOMBE (op. cit., p. 180) para quien el tercero puede deducir el precio pagado por él al deudor (o bien el acreedor para ejecutar el bien enajenado, deberá devolver dicho precio).

48 Esta posición, más coherente con la naturaleza de la acción, es la que expresamente se recoge en los ordenamientos alemán (*Anfechtungsgesetz*) y en el código portugués (art. 617).

49 En tal caso el tercero tendrá que esperar que el deudor venga a mejor fortuna. Lo reconoce (MAZEAUD, op. cit., p. 1084) el tercero tiene recurso en garantía contra el deudor pero limitándolo al supuesto de que hubiera el deudor recibido contraprestación. Para DE PAGE (op. cit., p. 244) el tercero puede dirigirse contra el deudor por evicción.

50 Es la posición de los primeros comentaristas del *code*: DURANTON, SOLON, ZACHARIAE, COLMET DE SANTÈRE.

del deudor, pero solo a aquellos cuyos créditos sean anteriores al acto, pues éstos son los únicos que han sufrido el perjuicio, porque el acto impugnado había disminuido los bienes con que podían contar para realizar su crédito.

3.- Finalmente algunos defienden que los efectos de la impugnación solo aprovechan al acreedor actor: aunque la *gage* es común y todos los acreedores están legitimados para interponer la acción, la pauliana es de ejercicio individual y no restituye la *gage* común, sino que repara un perjuicio individual.⁽⁵¹⁾ Porque el acreedor cuando ejercita la acción pauliana no actúa como representante ni de su deudor ni tampoco de los otros acreedores. Por eso el tercero demandado puede desinteresarse al acreedor satisfaciéndole su crédito (no el de todos los otros acreedores).

Los efectos relativos de pauliana, derivan del propio enunciado del art. 1167 donde viene consagrada la acción pauliana como una medida de defensa del crédito que ejercita cada acreedor en su *propio nombre* y por tanto en su propio beneficio (a diferencia de la acción revocatoria concursal que es ejercida por el síndico de la quiebra y sus efectos, al suponer una auténtica reintegración del patrimonio del deudor, convertido ahora en masa activa de la quiebra, benefician a todos los acreedores, incluso aquellos posteriores a los actos impugnados). Por tanto, el acto resulta revocado sólo respecto al acreedor (queda subsistente inter partes) y en lo necesario para satisfacerle. Relatividad de los efectos apoyada, también, en el carácter relativo de la Cosa Juzgada.⁽⁵²⁾

Ya hemos dicho que el acto “revocado” no queda “destruido” jurídicamente por el ejercicio de la pauliana, pues ésta consiste solo en una impugnación y no en una acción de nulidad.⁽⁵³⁾ Dicha subsistencia de efectos responde al hecho

51 Esta es la opinión de DEMOLOMBE (op. cit., p. 272) que cita a PROUDHON, CAPMÁS, MOURLON y GUILLOUARD) y COLIN/CAPITANT (op. cit. p. 775); también la jurisprudencia: Cass. civ. 4 diciembre 1923.

52 PLANIOL/RIPERT, op. cit., p. 297; COLIN/CAPITANT, op. cit., p. 775. Para la jurisprudencia, el fundamento de la relatividad de los efectos de la pauliana no sería, por tanto, la propia naturaleza jurídica de la acción sino los efectos relativos de la Cosa Juzgada (Cass. 4 diciembre 1923).

53 Esta subsistencia del acto impugnado viene siendo afirmada por la doctrina francesa con más o menos acierto y con más o menos coherencia respecto a las otras consecuencias predicadas como efectos de la acción pauliana. Es el caso de DEMOLOMBE para quien el acto sigue siendo eficaz entre las partes, de modo que lo que sobra después de pagar al acreedor, se lo queda el tercero (incoherente con su afirmado retorno del bien al patrimonio del deudor) (op. cit., p. 272). Igualmente, los que afirman la nulidad especial como naturaleza jurídica de la acción pauliana afirman, en cambio, la subsistencia de alguno de los efectos, lo que equivale a admitir que el acto sigue siendo parcialmente eficaz. Con más claridad AUBRY/RAU (op. cit., p. 211) afirman que el acto al revocarse solo en beneficio del acreedor actor sigue siendo eficaz entre las partes, luego no cabe retorno efectivo del bien al patrimonio del deudor.

de que la acción pauliana sea una medida personal y propia del actor que revoca, y no puede beneficiarle sino a él y no al deudor, que no es parte del proceso de impugnación, y por tanto, no cabe extenderle los efectos de la revocatoria.⁽⁵⁴⁾ El acto al revocarse solo en beneficio del actor sigue siendo eficaz entre las partes.

Los otros acreedores no se aprovechan de pauliana si no se han adherido al proceso de impugnación. Este aserto comporta dos consecuencias; por un lado, un acreedor que no haya participado en el juicio revocatorio, no puede luego pretender participar en la segunda fase, en el proceso ejecutivo del bien objeto del acto de enajenación impugnado mediante la acción revocatoria.⁽⁵⁵⁾ Pero al tiempo, como contrapartida, el acreedor que toma la iniciativa para impugnar un determinado acto, no puede impedir que otros acreedores del deudor –que igualmente resulten perjudicados y que reúnan los otros requisitos y presupuestos necesarios para el ejercicio de la acción– participen en el proceso y se beneficien así de los efectos de la impugnación.⁽⁵⁶⁾

Si un acreedor no participa en el juicio revocatorio, carecerá del título que le habilita para poder ejecutar un bien que ya no pertenece a su deudor. Es decir, el bien que con la enajenación pasó al patrimonio de un tercero, salió del ámbito de bienes sujetos a responsabilidad. Con la impugnación y la consiguiente declaración de ineficacia relativa, los acreedores impugnante obtienen título para ejecutar, recuperan la sujeción de ese bien a la satisfacción de sus créditos.⁽⁵⁷⁾

⁵⁴ Como el acto sigue siendo eficaz *inter partes* lo que sobre, una vez satisfecho el acreedor, se lo queda el tercero (DE PAGE, op. cit., p. 244).

⁵⁵ El acreedor actor no sufre el concurso de otros acreedores del deudor que no se hayan sumado a la acción en tiempo hábil (DE PAGE, op. cit., p. 214; lo repite en p. 243 sobre la base de que como la acción pauliana es de ejercicio personal, el provecho no entra en el patrimonio del deudor, de modo que actor escapa al concurso con los otros acreedores). El actor ejercita la pauliana individualmente, luego solo él se aprovecha de la ejecución; esta es la línea de la jurisprudencia después de alguna vacilación (MARTY/RAYNAUD, op. cit., p. 170). El acreedor que impugna goza así de un verdadero privilegio frente a los otros acreedores (MAZEAUD, op. cit., p. 1083).

⁵⁶ Los otros acreedores solo pueden ejercer a su vez la pauliana en otro proceso, o intervenir en el proceso iniciado por el acreedor, incluso estando éste en apelación (MARTY/RAYNAUD, op. cit., p. 170, n.2; MAZEAUD, op. cit., p. 1084). En tanto los bienes no sean embargados y el precio de venta asignado, los otros acreedores pueden intervenir en la instancia o ejercer la acción por su cuenta (COLIN/CAPITANT, op. cit., p. 785).

⁵⁷ AUBRY/RAU, op. cit., p. 213.

4.3 CONCURSO ENTRE EL ACREEDOR ACTOR Y LOS ACREEDORES DEL ADQUIRENTE EJECUTADO.

El primer argumento utilizado por la doctrina francesa para rechazar el concurso de los acreedores del adquirente con el acreedor impugnante descansaba en los postulados de la teoría de la nulidad en el sentido de que como el acto es nulo, no ha producido efectos, luego jurídicamente el bien nunca llegó a salir del patrimonio del deudor. En consecuencia, el bien nunca llegó a entrar en el patrimonio del adquirente, de modo que los acreedores de éste último no pueden contar con ese bien.⁽⁵⁸⁾ Pero afirmar la naturaleza jurídica de nulidad de la acción pauliana también comporta predicar la ineficacia de las sucesivas adquisiciones en virtud de la retroactividad de sus efectos.

También para quienes critican la asimilación de la pauliana a las acciones de nulidad el acreedor actor en impugnación no debe sufrir el concurso de los acreedores del adquirente, pues en definitiva éste ha participado en un acto anti-jurídico, de modo que sus acreedores no pueden pretender resultar beneficiado de un acto ilícito.⁽⁵⁹⁾

Pero estos acreedores del adquirente no han participado en la realización del acto fraudulento: de modo que no merecen ser sancionados por la actuación incorrecta de su causante. Su situación debe quedar regulada por los mismos principios por los cuales los subadquirentes no se verán afectados por la acción pauliana salvo que sean adquirentes a título gratuito –que no pueden pretender mayor protección que su causante– o bien, si son a título oneroso, que hayan actuado de mala fe.⁽⁶⁰⁾

Con todo en la doctrina se ha diferenciado según los casos; el acreedor no sufre el concurso de los otros acreedores del tercero cuando la restitución afecta a un bien concreto, pero si se trata de una suma de dinero (la indemnización

58 Para PLANIOL/RIPERT (op. cit., p. 299) los acreedores del tercero no concurren con el acreedor del enajenante pues “se considera como si la cosa nunca hubiera salido del patrimonio del deudor y por tanto nunca hubiera entrado en la *gage* del adquirente”.

59 DE PAGE (op. cit., p. 244) entiende que no parece correcto que los acreedores del adquirente se beneficien de un ilícito cometido por éste.

60 En la jurisprudencia ha triunfado la solución seguida en el derecho romano, por la cual solo cabe involucrar al subadquirente a título gratuito o al que fue cómplice en el fraude. Procede dicha revocación cuando el bien se halla en manos del tercero donatario o adquirente de mala fe (COLIN/CAPITANT, op. cit., p. 785). Si el bien se halla en manos del tercero, pero gravado con derechos reales en beneficio de terceros de buena fe, han de respetarse estos gravámenes (como si fueran subadquirentes) (DE PAGE, op. cit., p. 242).

pecuniaria como efecto subsidiario de la impugnación) los tribunales admiten el concurso de otros acreedores del tercero.⁽⁶¹⁾

4.4 INDEMNIZAR PARA ENERVAR LA ACCIÓN.

La *indemnización* además de segundo efecto de la acción pauliana, cuando la ejecución del bien enajenado fraudulentamente no es posible porque el bien se ha destruido, o ha sido transmitido por el adquirente a un subadquirente de buena fe contra quien no puede prosperar la impugnación; procede cuando el propio tercero ofrece una indemnización pecuniaria para enervar la restitución.⁽⁶²⁾ En contra de lo que pasaba en la *actio poenalis*⁽⁶³⁾ del derecho romano donde el deudor demandado para indemnizar el delito fraudulento cometido, podía durante el trámite del *arbitratus* ofrecer la restitución de la cosa para evitar la *condemnatio* pecuniaria.

Esta posibilidad del adquirente demandado carece de apoyo legal expreso el ordenamiento francés pero es considerada consustancial a la propia naturaleza de la acción pauliana que no es sino remedio para eliminar un perjuicio. Una vez satisfecho (aunque sea por un tercero) el crédito cuyo perjuicio justificaba el ejercicio de la acción, carecerá de sentido la impugnación.

El tercero puede desinteresarse al acreedor pagándole el valor del bien (y entonces el acreedor tendrá que contentarse con esto) o bien satisfaciéndole el importe del crédito (si el bien vale más), quedándose el tercero con la propia cosa adquirida.

5.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN PAULIANA.

Este apartado, al que los autores dedican siempre gran atención, nos permite contrastar la adecuación de los efectos predicados de la acción pauliana con su finalidad y su fundamento, así como intentar ubicar sistemáticamente nuestra figura en alguna de las categorías existentes (o reconocer su singularidad pero apuntar semejanzas con otras figuras afines) a fin de poder completar, en su caso, posibles deficiencias normativas de su régimen.

61 GHESTIN, op. cit., p. 704.

62 El demandado puede desinteresarse al acreedor, incluso luego del juicio revocatorio, paralizando la ejecución (PLANIOL/RIPERT, op. cit., p. 294).

63 señalada por algunos autores, especialmente BETTI (*Teoria generale delle obbligazioni*, IV, Giuffrè, Milán, 1955, p. 32), como uno de los tres precedentes clásicos de la acción pauliana.

El debate en la doctrina francesa acerca de la naturaleza jurídica de la acción pauliana comenzó entre considerar la acción pauliana como acción de nulidad, o por el contrario entender que la acción pauliana es una manifestación de la indemnización por acto ilícito. Ha acabado imponiéndose una línea ecléctica que atribuye a la pauliana un carácter de acción de nulidad pero con finalidad de reparar un perjuicio.⁽⁶⁴⁾

Los argumentos contra la asignación a la acción pauliana de una naturaleza de indemnización radican en que en caso de indemnización a cargo del tercero adquirente, el acreedor actor debería sufrir el concurso de otros eventuales acreedores del demandado. Además, si consistiera en una indemnización, habría que explicar por qué también resulta afectado por la acción pauliana el tercero adquirente a título gratuito de buena fe que por tanto no ha cometido ninguna *faute*. Por último, los efectos de la acción pauliana se concretan en una impugnación y consiguiente ineficacia del acto impugnado; la indemnización pecuniaria constituye solo su segunda manifestación (subsidiaria).

Por su parte, para la doctrina la nulidad explicaría por qué la acción se dirige a la impugnación del acto, de modo que quedan afectados los participantes en él (tanto el deudor enajenante como el tercero adquirente). *La nulidad permite suprimir la fuente del daño y no solo sus resultados* (como la indemnización). La nulidad además es el remedio que permite al acreedor no tener que sufrir la insolvencia del deudor (si dirigiera contra el la reclamación) ni el concurso de los otros acreedores del adquirente.⁽⁶⁵⁾

Pero no cabe hablar de la pauliana como una acción de nulidad ordinaria; en primer lugar porque los efectos de la impugnación pauliana son parciales (en la medida necesaria para eliminar el perjuicio) y relativos (solo aprovecha al acreedor actor). Además la acción pauliana impugna un acto que es válido, es decir, un acto verdadero (y no simulado) y que no padece ningún vicio esencial.

La nulidad estaría en contradicción con la subsistencia del propio acto

64 La posición de DE PAGE (op. cit., pp. 247-248) es particular: la pauliana es una acción personal, nacida de un cuasi delito, "en reparación de perjuicio"; porque la responsabilidad civil no tiene que consistir necesariamente, en una obligación de indemnización pecuniaria; al contrario, primer remedio del ordenamiento contra un daño debe ser la reparación "in natura", que la procura la pauliana cuando es posible, y se sustituye por una indemnización subsidiaria.

65 PLANIOL/RIPERT (op. cit., p. 300) apoyan la teoría de la acción de nulidad: explica los efectos retroactivos y por qué va contra el subadquirente. Al ser un acto nulo, no cabe derivar ningún efecto, de modo que ningún subadquirente o ningún otro causahabiente podrían oponerse frente a la pretensión del acreedor actor.

impugnado entre las partes e incluso, la propia jurisprudencia francesa lo ha reconocido, afectaría a aquellos efectos que cabe mantener una vez eliminado el perjuicio.⁽⁶⁶⁾

Por eso parte de la doctrina se decantaba por una naturaleza MIXTA: *la acción pauliana es una acción de nulidad con fin indemnizatorio* (pues persigue la finalidad de reparar un perjuicio).⁽⁶⁷⁾ Esta combinación explica sus particularidades y sus distintas articulaciones; porque la pauliana no responde a una teoría jurídica precisa, sino a preocupaciones de equidad.⁽⁶⁸⁾

Y es que el tema de la naturaleza de la acción pauliana presenta no pocas dificultades, debidas principalmente a la formación de nuestra figura como resultado de la unificación con Justiniano de varios remedios del derecho romano clásico de distinta estructura y heterogénea naturaleza. Sin olvidar que en la configuración de la acción pauliana siempre fue determinante el hecho de responder a exigencias prácticas de proporcionar al acreedor un remedio contra los actos fraudulentos del deudor que, eliminando el perjuicio, fuera lo más respetuoso con el propio acto, de modo que compaginando los distintos intereses en juego consiga la finalidad de volver a poner al acreedor en la situación en la que se encontraba antes de la realización del acto impugnado.⁽⁶⁹⁾

Probablemente la acción pauliana constituye el exponente más significativo de la categoría de ineficacia como remedio para eliminar el perjuicio ocasionado por un acto jurídico a un patrimonio ajeno sin acudir al expediente de la indemnización pecuniaria. Los efectos parciales y relativos de la ineficacia pauliana la han acercado a una figura con cierto seguimiento en Francia (y que comienza a apuntarse en la doctrina española): la INOPONIBILIDAD.

La doctrina francesa ha acudido a la figura de la inoponibilidad como evolución de la teoría de la nulidad y como respuesta a las deficiencias que aquella

66 GHESTIN (op. cit., p. 701) trae a colación la sentencia Cass. 3 diciembre 1985: "resulta del art. 1167 que el acto declarado fraudulento se revoca solo en interés del acreedor y en la medida de ese interés; de modo que el acto subsiste en favor del cocontratante en todo aquello que excede del interés del acreedor".

67 DE PAGE (op. cit., p. 245) proclama este carácter de "acción de nulidad a but indemnizatorio" (cita a JOSSERAND, COLIN/CAPITANT o HUC). También MARTY/RAYNAUD (op. cit., p. 158).

68 Para COLIN/CAPITANT (op. cit., p. 784) las discusiones han oscurecido y aumentado la dificultad que de por sí tenía determinar la natura de la pauliana; mejor dejar de lado el debate pues pauliana ha sido modelada por los siglos, en defensa del acreedor pero respetando terceros de buena fe, que le ha conferido una fisonomía particular que tiene cosas de acción de nulidad y de reparación de perjuicio.

69 DE PAGE (op. cit., p. 244) advierte que su estructura peculiar se resiste a una categoría previa.

planteaba.⁽⁷⁰⁾ No olvidemos que el ordenamiento francés carece de nuestro recurso a la rescisión para evitar la categoría de la nulidad.

Finalmente nos queda tratar el problema de la *naturaleza real o personal* de la acción pauliana que dio lugar a arduas controversias en la doctrina del derecho común. Este debate se heredó en Francia pues los autores tuvieron que acudir con mucha frecuencia a las fuentes históricas para colmar las lagunas de la regulación legal.

En la actualidad parece claro que la acción revocatoria es de naturaleza personal y no real pues es remedio para la defensa del derecho de crédito del acreedor (que no está provisto de un poder real sobre el patrimonio del deudor). Los argumentos ofrecidos por la doctrina parecen suficientes.⁽⁷¹⁾

Como conclusión defendemos que la impugnación fruto del ejercicio de la acción pauliana tiene consecuencias particulares en función de la naturaleza jurídica del acto atacado (los efectos son siempre concreción de la ineficacia relativa propia de la pauliana, y de su fin de proteger al acreedor y mantener intacta su situación anterior).⁽⁷²⁾

PARTE II. LA ACCIÓN PAULIANA EN EL DERECHO PORTUGUÉS

6.- INTRODUCCIÓN.

El actual código civil portugués fue aprobado por el decreto-ley de 25 de noviembre de 1966 y vino a sustituir al viejo código de 1867. Posteriormente ha

70 Para DEMOLOMBE (op. cit., p. 258) la pauliana provoca más que la nulidad del acto o revocación, su inoponibilidad o el de sus efectos perjudiciales. Los MAZEAUD (op. cit., p. 1082) se inclinan también decididamente por la inoponibilidad. GHESTIN (op. cit., p. 700) considera que "la reparación más adecuada consiste en deshacer las consecuencias de ese acto. Pero no es necesario que el acto sea destruido frente a todos. Basta que el acto sea inoponible a su acreedor, e incluso solo en la medida necesaria para la reparación del perjuicio".

71 Para PLANIOL/RIPERT (op. cit., pp. 301-302) la pauliana es una acción personal, no real, aunque se parezca a una reivindicación contra el adquirente. Solo son reales las acciones consecuencia de un derecho real, y la pauliana nace para proteger el derecho de crédito. Además no la ejercita el deudor, sino el acreedor (que nunca fue propietario). Y sigue siendo personal aunque se dirija a impugnar un acto traslativo o constitutivo de derecho real. Para DEMOLOMBE (op. cit., p. 155) la pauliana es personal porque 1167 c.c. habla de ejercicio en su nombre personal del acreedor. MARTY/RAYNAUD (op. cit., p. 171, nn. 5 y 6) rechazan la calificación de real y de mixta, apoyándose en jurisprudencia y doctrina dominantes.

72 Ya lo apuntaba DEMOLOMBE (op. cit., pp. 262-263): si los actos impugnados consisten en la constitución de derechos reales, se ignoran; si son remisión de deudas, el acreedor puede cobrarlas; si son asunción de nuevas deudas, el acreedor puede impugnar la concurrencia del nuevo acreedor del deudor *fraudator*.

sufrido una reforma amplia de adaptación a la nueva Constitución nacida de la “Revolución de los Claveles”, mediante el decreto-ley de 25 de noviembre de 1977, que no afectó a nuestra institución.

Se consideraba necesario la elaboración de un nuevo código civil para que recogiera las últimas leyes extravagantes; mejorara la técnica deficiente del anterior código; colmara lagunas y corrigiera los inconvenientes encontrados con la experiencia propia y las enseñanzas de otros códigos. En esta línea se adoptó en el nuevo código la sistemática del BGB (cuestionada porque, por ejemplo, no dedica un libro a las personas), pero se sigue en muchas instituciones el contenido y orientación del *codice civile* italiano de 1942. Se mantiene el principio de *favor debitoris* pero se incorporan muchos preceptos para asegurar el cumplimiento de la obligación. En conjunto se considera un código bueno, en comparación con otros de ordenamientos vecinos, sólidamente fundado en los trabajos preparatorios de VAZ SERRA, y con una redacción bien acabada salida de la pluma del entonces Ministro de Justicia ANTUNES VARELA.

Respecto a la ubicación sistemática, el código portugués de 1966 regula la acción pauliana dentro del capítulo V titulado “Garantía general de las obligaciones”; en la sección 2ª: “Conservación de la garantía patrimonial” (junto con la acción subrogatoria, la declaración de nulidad y el secuestro preventivo).⁽⁷³⁾ El título de la subsección es *impugnación pauliana*⁽⁷⁴⁾ (que recuerda la denominación alemana de la institución para la impugnación de los actos en fraude de acreedores: la *Anfechtung*) y comprende los artículos 610 a 618.⁽⁷⁵⁾

7.- REQUISITOS DE LA IMPUGNACIÓN PAULIANA.

El primero de los artículos dedicados a la regulación de la impugnación

73 El Código regula el arresto (secuestro conservativo) como institución donde el acreedor, si tiene justo temor de perder la garantía patrimonial, puede pedir arresto de los bienes del deudor. Puede también el acreedor pedir frente al tercero adquirente arresto de los bienes que éste ha recibido del deudor si ha sido judicialmente impugnada la transmisión (art. 619; semejante al art. 2905 del *codice civile*). Los efectos del arresto consisten en que los actos de disposición realizados por el deudor sobre los bienes arrestados son ineficaces frente a los acreedores, como si los bienes estuvieran pignorados (art. 622).

74 aunque la denominación legal de acción pauliana no es históricamente correcta, es preferible a la denominación del *codice* italiano “porque el término revocatoria tiene otro significado técnico: destrucción por su propio autor de los efectos de un acto, cosa que no sucede en la acción pauliana (MENEZES CORDERO, *Direito das Obrigações*, vol. 2º, Lisboa, 1980, p. 489).

75 La acción pauliana se regulaba en el Código de 1867 en los arts. 1033 a 1045 (numerosos pero no muy extensos) dentro del capítulo XI (“De los actos y contratos celebrados en perjuicio de tercero”), acompañada, no por la acción subrogatoria, sino por la acción de simulación (arts. 1031-1032).

pauliana (art. 610) comienza estableciendo que los actos que impliquen la disminución de la garantía patrimonial del crédito,⁽⁷⁶⁾ y no sean de naturaleza personal, pueden ser impugnados si el crédito es anterior al acto (o siendo posterior cuando el acto fue realizado dolosamente con el fin de impedir la satisfacción del futuro acreedor) y que del acto resulte *la imposibilidad para el acreedor de obtener la satisfacción integral del crédito*.

Los requisitos de la acción pauliana en el código de 1867 venían recogidos en el art. 1033: el acto o contrato verdadero (para distinguirlo de la simulación regulada en el precedente art. 1031) pero celebrado en perjuicio del acreedor, puede ser rescindido a petición de éste, si su crédito es anterior al acto y ha provocado la insolvencia del deudor. Constituye, por tanto, un precedente directo del actual art. 610 solo que éste último tiene mejor técnica al definir el *eventus damni* como presupuesto de la acción revocatoria.

Cuando el acto sujeto a impugnación es oneroso hace falta que tanto el deudor como el tercero hayan actuado de mala fe. El propio código (art. 612.2) contiene una definición legal de qué ha de entenderse por mala fe: *conciencia del perjuicio que el acto causa al acreedor*.⁽⁷⁷⁾

Con esta definición el código trata de zanjar la polémica acerca del contenido del elemento subjetivo de la acción pauliana que durante tanto tiempo (y no solo por la doctrina y la jurisprudencia lusas) había sido identificado con la intención del deudor de perjudicar al acreedor (el llamado *consilium fraudis*).

La *naturaleza* de la acción pauliana resulta (como en casi todos los ordenamientos) discutida en la doctrina. CORDERO MENEZES siguiendo a la mayoría de los autores recientes descarta la naturaleza de acción de anulación o constitutiva (tanto restitutoria como recuperatoria). Se decanta por considerarla como acción *declarativa*; el acto es impugnabile por sus propias características: sufre una desvalorización por el Derecho.⁽⁷⁸⁾

8.- EL PERJUICIO.

El *Eventus Damni* o perjuicio, como presupuesto determinante del ejercicio de la acción pauliana, es concebido por el código portugués (con una técnica

⁷⁶ El acto puede consistir en una disminución del activo o en un aumento del pasivo (ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. II, 5ª ed., Coimbra, 1992, p. 445).

⁷⁷ El art. 1034 del código de 1867 ya contenía una definición legal de mala fe para la impugnación de los actos onerosos, entendida *como conocimiento del estado de insolvencia del deudor*.

⁷⁸ la pauliana sólo “traduce una realidad substantiva” (MENEZES CORDERO, op. cit., p. 494).

legislativa avanzada) como *imposibilidad para el acreedor de obtener satisfacción integral de su crédito*.⁽⁷⁹⁾

El perjuicio se formulaba, simplistamente, como *insolvencia* en el art. 1033 del viejo código de 1867. Ahora la redacción es más técnica pues se puede impugnar un acto aunque no haya insolvencia si “de facto hay imposibilidad práctica de *pagamento forçado do credito*”.⁽⁸⁰⁾

La nueva redacción (que favorece deliberadamente al acreedor pues simplifica el recurso a la pauliana) fue impulsada por VAZ SERRA⁽⁸¹⁾ que sigue la doctrina y jurisprudencia italianas del código de 1942, donde cabe que sin insolvencia haya “todavía perjuicio para el acreedor cuando los otros bienes son de imposible, difícil o dispendiosa ejecución, al contrario que los enajenados, de modo que se torna prácticamente imposible su ejecución”.⁽⁸²⁾

Respecto a la *prueba del perjuicio* el código establece que corresponde al acreedor que pretende impugnar el acto probar la cuantía del crédito o deuda, correspondiendo entonces al deudor o tercero demandado probar que el obligado tiene bienes susceptibles de ejecución de igual o mayor valor (art. 611). Se trata de un reparto salomónico de la carga de la prueba, que procede del viejo código de 1867⁽⁸³⁾ con la diferencia de que allí no se permitía al tercero que aportara la prueba de haber otros bienes a disposición del acreedor para ser realizados.

Como la finalidad de la impugnación pauliana es eliminar el perjuicio sufrido por el deudor, no procede su ejercicio cuando el deudor paga la deuda o adquiere bienes suficientes con que satisfacer al acreedor, o bien cuando el adquirente demandado satisface el importe de la deuda.⁽⁸⁴⁾

9.- LOS EFECTOS.

El art. 616 del código civil portugués establece que “con relación al acreedor, una vez juzgada procedente la impugnación, éste tiene derecho a la restitución”.

⁷⁹ El ordenamiento permite al acreedor acudir a la acción pauliana en vez de obligarlo a otras posibles situaciones de ejecución más difícil o dispendiosa (MENEZES CORDERO, op. cit., p. 490).

⁸⁰ ANTUNES VARELA, op. cit., p. 446.

⁸¹ *Responsabilidade patrimonial*, Lisboa, 1959, n. 48, p. 199.

⁸² ANTUNES VARELA (op. cit., p. 447) recomienda al juzgador que a la hora de apreciar la existencia del perjuicio atienda no tanto al texto como al espíritu de la ley para dar cabida a esos supuestos donde resulta difícil, o dispendiosa o precaria la aprehensión ejecutiva de algunos bienes del deudor.

⁸³ “Quien alega la insolvencia del deudor debe probar el montante de sus deudas, incumbiendo al deudor probar que tiene bienes de igual o mayor valor”: art. 1043.

⁸⁴ Como establecían expresamente los arts. 1040 y 1041 del viejo código de 1867.

ción de los bienes en la medida de su interés, pudiendo ejecutarlos en el patrimonio del obligado a la restitución, o bien practicar allí los actos de conservación de la garantía patrimonial autorizados por la ley". Por ejemplo, podrá pedir el acreedor el secuestro preventivo o arresto de estos bienes recibidos por el tercero adquirente después de que judicialmente fue impugnada la transmisión por haberse realizado en fraude de su derecho.⁽⁸⁵⁾

La doctrina interpreta este precepto en el sentido de considerar que el acreedor tiene la alternativa de ejecutar los bienes enajenados por el acto impugnado en el patrimonio del adquirente, o exigir a éste su restitución al patrimonio del deudor.⁽⁸⁶⁾

El art. 616.4 establece que los efectos aprovechan solo al acreedor actor. Se trata por tanto de una ineficacia *relativa* (solo respecto al acreedor impugnante, no hacia los otros acreedores del deudor, anteriores o posteriores al acto) y *parcial* (solo en la medida necesaria). La limitación de efectos demuestra que una vez reparado el perjuicio, el acto mantiene su validez.⁽⁸⁷⁾ Esta validez *inter partes* significa que la transmisión fue efectiva, y que por tanto el adquirente demandado es el propietario del bien que ahora se somete a ejecución.

La *restitución* es en todo caso una manifestación de la *ineficacia relativa y funcional*, cuyo fin último es posibilitar al acreedor la ejecución que el acto de enajenación había obstaculizado. Por eso si el acto impugnado no consiste en una enajenación la ineficacia relativa no se manifiesta en una restitución sino que se elimina el perjuicio mediante la inoponibilidad de los efectos perjudiciales.

Las *relaciones entre deudor enajenante y tercero adquirente* se regulan en el art. 617: donde se establece que si procede la impugnación y el acto es gratuito, el deudor responde frente al tercero en los mismos términos que en donaciones (es decir, si actuó con dolo o se responsabilizó de la evicción; 957 c.c. portugués); si el acto era oneroso, el adquirente puede exigir al deudor aquello con que el deudor se ha enriquecido (art. 617.1: normalmente su contraprestación).

Los derechos del tercero no perjudican en ningún caso al acreedor sobre las cosas objeto de restitución (artl 617.2). Este precepto copia el art. 2902.2 del

85 Esta diversidad de efectos, el hecho de que no necesariamente se derive del ejercicio de la impugnación la ejecución directa de los bienes enajenados, permite ampliar la legitimación para ejercitar la impugnación a aquellos acreedores no provistos de título ejecutivo.

86 ANTUNES VARELA, op. cit., p. 458. Igualmente MENEZES CORDERO (op. cit., p. 493) articula los efectos de la impugnación como una opción entre restituir los bienes cuya transmisión ha sido impugnada, o someterse el adquirente demandado a que sean ejecutados en su propio patrimonio.

87 que nunca estuvo afectada por la impugnación pauliana (ANTUNES VARELA, op. cit., p. 456).

codice civile pues establece que el eventual crédito del tercero como consecuencia del ejercicio de la revocatoria no perjudicará al acreedor pues solo podrá cobrarse cuando el acreedor esté satisfecho. En definitiva dicho precepto quiere dejar claro que el acreedor agente tiene total preferencia tanto sobre otros acreedores del deudor (que no hayan participado en el proceso de la impugnación) así como sobre el propio adquirente.

En cambio, algunos autores mantienen que el acreedor impugnante sufre la concurrencia de otros acreedores del adquirente, cosa que se habría evitado si procediera la restitución al patrimonio del deudor o si se considerara como nunca salidos de allí los bienes;⁽⁸⁸⁾ en contra de la preferencia del acreedor sobre los otros acreedores del deudor que establece el art. 617.4.

Los efectos de la acción pauliana en el código de 1867 venían regulados en el art. 1044, que establecía que cuando el acto o contrato quedaba rescindido, los valores alienados revierten al patrimonio del deudor en beneficio de sus acreedores.⁽⁸⁹⁾ Esta disciplina de los efectos se debe a la conexión sistemática de la acción pauliana con la nulidad por simulación (ubicados en el viejo código dentro del mismo capítulo) donde los efectos aprovechan a todos los acreedores.⁽⁹⁰⁾

10.- CONCLUSIONES.

1) Nuestro código civil pasó al art. 1111 la parca regulación francesa de la acción pauliana (art. 1167 del *code*). Pero, además, siguiendo el proyecto de 1851, incluyó el fraude de acreedores como una causa más (junto a la lesión) de rescisión de los contratos (arts. 1290 y ss.), dotando a la acción pauliana de una necesaria regulación orgánica de la que carecía.

2) El art. 1167 del *code* francés es insuficiente para resolver todos los problemas que plantea la impugnación de actos realizados en fraude de acreedores; la jurisprudencia y la doctrina del país vecino han debido, por eso, acudir a la tradición histórica (procedente del derecho romano) y a la naturaleza y función de la institución para dar respuesta a las distintas cuestiones.

⁸⁸ Es el caso, particularmente, de ANTUNES VARELA, op. cit., p. 455.

⁸⁹ son los mismos efectos que el art. 1171 del viejo código procesal civil aplicaba a la falencia (quiebra). Vid. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Noções fundamentais de Direito Civil*, 5ª ed., Coimbra, 1961, p. 350.

⁹⁰ El cambio legislativo en cuanto a los efectos fue auspiciado por VAZ SERRA en su anteproyecto, y se mantuvo en las dos revisiones ministeriales. ANTUNES VARELA (op. cit., p. 456) cita expresamente que esos son los efectos relativos de la pauliana también en la ley alemana, en la griega y en el código italiano, y es propugnada por la doctrina francesa dominante.

3) La deficiencia del código ha permitido un desarrollo de la jurisprudencia y la doctrina pero ancladas, durante muchos decenios, en una concepción subjetivista y culpabilista de la pauliana, que no casa bien con la función que esta institución (fundamental para la tutela del derecho de crédito) está llamada a desempeñar en la nueva economía de mercado que reclama adecuados instrumentos jurídicos al servicio del acreedor.

4) La doctrina y la jurisprudencia italianas de principios de siglo si fueron sensibles a estas necesidades y volcaron en el nuevo *codice civile* de 1942 estos planteamientos, dotando a la acción “revocatoria” de una regulación que facilita su ejercicio y amplía notoriamente su ámbito de actuación (respecto a los sujetos legitimados para ejercerla, y respecto a los actos que pueden ser impugnados).

5) El nuevo código civil portugués, de 1966, sobre la base de una sitemática adaptada del B.G.B. alemán, ha incorporado en muchas de sus instituciones, postulados propios de la nueva economía de mercado que reclama una regulación jurídica dinámica y al tiempo eficaz del tráfico jurídico. Menteniendo formalmente el principio del *favor debitoris*, en muchas instituciones la perspectiva del acreedor ha sido considerada para conferirles una nueva faz.

6) El país vecino aprovechó la oportunidad del nuevo cuerpo legal para dotarse de una regulación completa y moderna de la impugnación pauliana con la que el ordenamiento pone a disposición del acreedor el remedio con que atacar los actos realizados por su deudor que mediante la insuficiencia patrimonial impiden la realización “coactiva” de su derecho de crédito.

7) Nuestro derecho contaba con una regulación de la impugnación pauliana comparativamente mejor que la de ordamientos vecinos gracias a su asimilación con la acción rescisoria. Este estudio comparado quiere poner de relieve las carencias de nuestro sistema e invita a una reflexión de cara a su eventual modificación de la regulación o una reorientación de la actual atendiendo a la realidad social y a la finalidad de la institución, parámetros que deben guiar la tarea interpretativa de las normas jurídicas.

Dr. D. Juan A. FERNÁNDEZ CAMPOS
Profesor de Derecho Civil