

LA RECEPCIÓN DE LA ACCIÓN PAULIANA EN DISTINTOS ORDENAMIENTOS CIVILES EUROPEOS¹.

JUAN ANTONIO FERNÁNDEZ CAMPOS
Universidad de Murcia

I. Introducción.

En este breve estudio quiero tratar dos cuestiones: por una parte, la configuración de la institución que hoy conocemos como la acción pauliana para la impugnación por el acreedor de actos fraudulentos del deudor en el derecho romano, tanto clásico como justiniano, pero sin pretender en esta sede dar una solución definitiva a este tema, que ha suscitado en la doctrina tantos debates y que aún no ha logrado pacífico consenso; por otra parte, examinar la distinta recepción de esta institución en los ordenamientos civiles europeos, y la recíproca influencia de unos con otros.

En la sucesiva recepción por las codificaciones nacionales fueron relevantes dos factores: 1) el mejor conocimiento de los remedios del derecho romano, especialmente de la época clásica y postclásica, contra el fraude de acreedores, sus distintos presupuestos y coordenadas de actuación (función, requisitos, legitimación, ámbito, efectos, naturaleza de los remedios); 2) la adaptación de estos esquemas romanos a las necesidades contemporáneas.

(1) Ponencia defendida en el *II Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, San Javier Murcia, 2 de febrero de 1996.

II. *Algunos aspectos de la configuración de la acción pauliana en Derecho Romano.*

Siendo éste uno de los temas más difíciles del Derecho Romano⁽²⁾ podemos partir de algunos datos más seguros: en derecho justinianeo hay una sola acción para impugnar los actos fraudulentos del deudor; para la cual están legitimados tanto el *curator bonorum* como los acreedores individualmente. Esta acción nos ha llegado a través de pasajes del Digesto (libro 42, título 8: *Quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur*)⁽³⁾, y otro en las Instituciones, aquel de naturaleza personal, éste incluido dentro de las acciones reales, que ocasiono la prolongada discusión entre los juristas de derecho común y aún entre la doctrina tradicional⁽⁴⁾.

Tampoco quedan claros los efectos de esta acción, si son meramente restitutorios (y por eso la acción se dirige contra el poseedor de los bienes que tuviera conocimiento del fraude) o si es una acción revocatoria del acto, que queda por tanto sin efecto, de modo que permite al acreedor dirigirse contra el tenedor actual del bien enajenado fraudulentamente, aunque fuera ajeno al fraude (esta naturaleza revocatoria fue la que predominó en la primera doctrina francesa que completó la escasa regulación del Code con la tradición romana, y consideró que la revocatoria, en cuanto manifestación de la nulidad del acto, permitía al acreedor dirigirse contra los distintos subadquirentes del bien).

Respecto a los remedios que el derecho romano clásico conoció contra el fraude de acreedores la doctrina dista de haber alcanzado resultados incontestables. Los autores defienden cada uno una postura particular, que va desde quien defiende la existencia de hasta 7 remedios distintos⁽⁵⁾ hasta quienes defienden la identidad sustancial de estos remedios, si bien reconocen algunas particularidades y matices según las circunstancias y las condiciones procesales para hacerlos valer.

(2) FERRINI, *Di una nuova teoria sulla revoca degli atti fraudolenti compiuti dal debitore secondo il diritto romano*, en *Opere di Ferrini III*, Milán, 1929, p. 315.

(3) Hay también un capítulo dentro del Código de Justiniano, el C. 7, 75 *De revocandis his quae per fraudem alienata sunt* pero de breve extensión.

(4) Sobre la naturaleza personal o real de la acción pauliana vid. PLANIOL/RIPERT, *Droit Civil Français*, Tomo VII, 2ª parte, París, 1954, p. 155; DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoleon. Traité des Contrats ou des Obligations Conventionnelles*, Tomo II, 2ª ed., París, 1871, p. 155; MARTY/RAYNAUD, *Droit Civil (Les Obligations)*, Tomo II, 2ª ed., París, 1989, p. 171.

(5) BREZZO, *La revoca degli atti fraudolenti compiuti a danno dei creditori*, Turín, UTET, 1892.

La doctrina mayoritaria⁽⁶⁾ (siguiendo la opinión de LENEL) mantienen la existencia en derecho romano clásico de dos remedios: una *restitutio in integrum ob fraudem*, consagrada en D. 42, 8, 1 (fuera por tanto de la *sedes materiae* de las *restitutio in integrum*) y que da lugar a una primera fase rescindente y una segunda fase rescisoria (para LENEL ambas ejercidas por el *curator bonorum* después de la *bonorum venditio*; para SOLAZZI⁽⁷⁾ aquella rescindente ejercida por el *curator bonorum*, sí, pero antes de la *bonorum venditio*; y la rescisoria por el *bonorum emptor* después de la *venditio*); y un más seguro *interdictum fraudatorium* (el adjetivo fraudatorio seguramente no es clásico) consagrado en el mismo título pero en otro fragmento.

Algunos autores⁽⁸⁾ añaden una tercera acción personal y penal (para otros no sería sino la acción nacida del propio interdicto, del que se afirma su pretendido carácter penal) que daría lugar a la condena al demandado, pero que podía evitar procediendo a la restitución del bien. Y finalmente, D'ORS⁽⁹⁾ ha defendido la existencia de un solo remedio clásico contra el fraude de acreedores: el interdicto fraudatorio, cuya fórmula se encuentra en D. 42, 8, 10 pero que resulta anunciado donde LENEL dice encontrarse la *restitutio*⁽¹⁰⁾.

Para D'ORS este interdicto era ejercido por el *curator bonorum* después de que por la *bonorum venditio* se hubiera puesto de manifiesto la insolvencia patrimonial del deudor (el *eventus damni*) en el plazo de un año; de modo que los bienes recuperados serían objeto de una nueva *venditio*, debiendo repartir el *curator bonorum* lo obtenido entre los acreedores proporcionalmente. En cambio para SOLAZZI⁽¹¹⁾ el interdicto fraudatorio era ejercido individualmente por los acreedores, en el plazo de 1 año después de la *bonorum venditio* o *distractio*

(6) Aceptan este planteamiento dual de LENEL, IMPALLOMENEI, *Studi sui mezzi di revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano classico*, CEDAM, Padua, 1958; VOLTERRA, *Istituzioni di Diritto Privato Romano*, Roma, 1961, p. 238; ARIAS RAMOS/ARIAS BONET, *Derecho Romano*, II, EDERSA, Madrid, 1986, p. 689; Alvaro D'ORS, *Derecho Privado Romano*, EUNSA, Pamplona, 1983, p. 168; GUARINO, *Diritto Privato Romano*, Jovene, Nápoles, 1970, p. 1077. Además, pero con alguna reserva hacia la *restitutio in integrum* ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, Jovene, Nápoles, 1960, p. 145; BIONDI, *Istituzioni di Diritto Romano*, Giuffrè, Milán, 1956, p. 340.

(7) *La revoca degli atti fraudolenti nel Diritto Romano*, II, 3ª ed., Nápoles, 1945, pp. 16 ss.

(8) BETTI, *Teoria general delle obbligazioni*, III-IV, Milán, 1955, p. 181.

(9) Xavier D'ORS, *El interdicto fraudatorio en el Derecho Romano Clásico*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid-Roma, 1974.

(10) La interpolación posterior habla de *actio* o *actio in factum*, para Lenel se recogía una *restitutio*; para D'Ors se hablaba de un interdicto.

(11) *La revoca degli atti fraudolenti...* pp. 23 ss.

(según los casos), y para cubrir la parte del crédito insatisfecha tras la ejecución colectiva. Se discute también los efectos de este interdicto ejercido individualmente: LENEL⁽¹²⁾ defiende una restitución en favor de todos, lo cual obligaría al nombramiento de un nuevo *curator*; para SOLAZZI⁽¹³⁾ los bienes los recupera el acreedor individual actor pero los otros acreedores reclaman su parte mediante una *actio in factum*; finalmente para IMPALLOMENI⁽¹⁴⁾ lo conseguido por el interdicto sirve para cubrir por entero el crédito del actor, y lo que sobre lo irá entregando como excedente a los otros acreedores que lo soliciten.

III. *La recepción de la acción pauliana en los distintos ordenamientos nacionales.*

Hasta aquí hemos realizado una aproximación rápida a la configuración de la acción pauliana en Derecho romano, tanto justiniano, como una reconstrucción del derecho romano clásico, a través del contraste de las distintas posiciones de la doctrina. Pasamos ahora a analizar su recepción en las codificaciones nacionales.

1) Estatutos de las ciudades medievales italianas. Como afirma PIANO MORTARI⁽¹⁵⁾, durante el Alto Medioevo desaparece el presupuesto de aplicación de la acción pauliana pues la ejecución personal sustituye a la ejecución del patrimonio como forma de responder el deudor por incumplimiento de sus obligaciones.

Pero con el renacimiento de la vida comercial, del auge de las ciudades italianas y del tráfico jurídico, la nueva sociedad reclama nuevos instrumentos que consoliden este tráfico, dotando de una más agil y eficaz tutela al crédito. Esta necesidad es especialmente sentida entre los comerciantes, ante la dramática situación de los que caen en quiebra, provocando el perjuicio a sus acreedores, organizados en el concurso. La experiencia enseña que antes de la quiebra (fruto de la fuga del comerciante o de la suspensión de pagos), el deudor suele haber realizado enajenaciones fraudulentas para empobrecer su patrimonio. Para combatir estos actos los legisladores nacionales acuden a los esquemas romanos de

(12) *Das Edictum Perpetuum*, 3ª ed., Leipzig, 1927, p. 498.

(13) *La revoca degli atti fraudolenti...* pp. 69 ss.

(14) *Studi sui mezzi di revoca...* p. 88.

(15) *L'azione revocatoria nella giurisprudenza medievale*, Giuffrè, Milán, 1962, p. 5.

la acción pauliana que habían sido sacados a la luz por los juristas de la Escuela de Bolonia⁽¹⁶⁾.

Pero en los estatutos medievales⁽¹⁷⁾ se realiza una labor de adaptación de los esquemas romanos de la acción pauliana tal como venía configurada en derecho justinianeo, que hacía hincapié en el elemento subjetivo de la acción, el llamado *consilium fraudis*, entendido como el propósito del deudor, y del tercero, de perjudicar a sus acreedores provocando la insolvencia patrimonial⁽¹⁸⁾. Para facilitar el ejercicio de la pauliana⁽¹⁹⁾ y así poder reintegrar el patrimonio del deudor quebrado (patrimonio convertido ahora en masa activa de donde habrán de cobrar sus créditos los acreedores concursantes) se incorporan algunas presunciones de fraude (especialmente en las enajenaciones realizadas a parientes y personas cercanas al deudor), eliminando, incluso, el requisito del fraude en las enajenaciones a título gratuito (no hace falta que el donatario fuera de mala fe), o en las enajenaciones inmediatamente anteriores a la fuga o suspensión de pagos (el período sospechoso⁽²⁰⁾). Por último se confunde y se asimila los actos fraudulentos a los actos simulados, considerándose que aquéllos son inexistentes, aplicándoles un régimen de nulidad *ipso iure* que permite a los órganos de la quiebra, sin mediación de resolución judicial, aprehender dichos bienes del patrimonio del adquirente e incorporarlos a la masa activa de la quiebra.

2) En cambio la configuración de la pauliana en el *Code* francés es distinta. Ya no se trata de una acción ejercida por el *curator bonorum* o por el síndico

(16) Sobre la evolución de la acción pauliana en esta época, además del trabajo de PIANO MORTARI, *L'azione revocatoria nella giurisprudenza medievale*, Giuffrè, Milán, 1962; vid. también U. SANTARELLI, *Azione revocatoria nel diritto medievale e moderno*, en *Digesto delle Discipline Privatistiche (Sezione Civile)*, II, UTET, Turín, 1988, pp. 46-49.

(17) PIANO MORTARI (*L'azione revocatoria...* p. 177) recoge ampliamente ejemplos de estas normas en los Estatutos de Cremona 1339, Modena 1327, Frignano 1337, Firenze 1415. Destaca la importante labor de los comentaristas, que a diferencia de los glosadores no se limitan a recibir los textos romanos, sino que con sentido crítico intentan aprovechar sus esquemas para aportar soluciones adaptadas a las necesidades de los nuevos tiempos.

(18) Sobre la evolución del contenido del elemento subjetivo de la acción pauliana vid. ROCA SASTRE, *La acción revocatoria de donaciones en la Compilación*, en *Anuario de Derecho Civil*, 1962, pp. 5-7.

(19) "El legislador, movido por exigencias prácticas, debió dar respuestas e instrumentos más eficaces a los acreedores" (SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, CEDAM, Padua, 1964, p. 207).

(20) Este sistema de combinación del perjuicio con el tiempo fue después recogido en la ley alemana de quiebras (la *Konkursordnung* de 1877) y en la ley italiana (la *Legge Fallimentare* de 1942), que recogen también la supresión del requisito fraude en el donatario dentro de los procedimientos concursales, e introducen numerosas presunciones de fraude respecto al deudor y el tercero en el resto de actos.

de la quiebra, dentro de un procedimiento de ejecución colectiva en representación y beneficio de todos los acreedores, sino que sobre la base de la configuración justiniana se recoge la pauliana en el Código Civil como de ejercicio individual por el acreedor⁽²¹⁾.

Los redactores del *Code* siguieron, para la confección del libro dedicado a las obligaciones y contratos, los postulados de Pothier, el cual, si bien conocía la institución de la pauliana⁽²²⁾, no le dedica gran atención, acaso por considerarla propia de comerciantes. Esta es la razón de la parquedad normativa del *Code* que recoge la pauliana en un solo artículo, el 1167⁽²³⁾. Para colmar esta insuficiencia la jurisprudencia y la doctrina debieron acudir a la tradición romana, que cumple en nuestra institución un papel destacadísimo⁽²⁴⁾. Los autores acuden al cuerpo de la pauliana romana justiniana, recogida con más extensión por Domat⁽²⁵⁾.

En esta pauliana, con legitimación activa del acreedor individual, el elemento subjetivo *consilium fraudis* tiene capital importancia, y determina la aceptación o rechazo de las demandas al ser exigido con rigor por los tribunales; es concebido como ánimo de dañar a los acreedores. Se confunde acto fraudulento con acto simulado, a pesar de que el acto simulado es inexistente y, en cambio, el fraudulento es un acto verdadero. Se considera que la pauliana da lugar a nulidad del acto, tiene efectos revocatorios. La enajenación queda sin

(21) Vid. LUCCHINI GUASTALLA, *Danno e frode nella revocatoria ordinaria*, Giuffrè, Milán, 1995, p. 63.

(22) La trataba en diversas sedes de sus Tratados, pero escasa y fragmentariamente; algo más en *Tratado de las Obligaciones, Parte Primera, Capítulo II (Efecto de las obligaciones), Art. II (Efecto de la obligación por parte del acreedor)*, Barcelona, 1839, n. 153, p. 89.

(23) Junto con la acción subrogatoria, art. 1166, dentro del capítulo de los efectos de las obligaciones respecto a terceros. La doctrina francesa, unánimemente, ha criticado esta ubicación sistemática (vid. nuestro trabajo: *Estudio comparado de la impugnación de actos jurídicos realizados en fraude de acreedores*, en *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, 1995, p. 40). El texto del precepto dice: *ils [los acreedores] peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leur droits*.

(24) “El código civil no contiene más que dos líneas sobre una materia que ha dado lugar a numerosas dificultades; ¿cómo las resolverá el intérprete ante el silencio de la ley? Habrá que recurrir a las fuentes, es decir, al derecho romano” (LAURENT, *Principes de Droit Civil Français*, Tomo XVI, Durand–Bruylante, París–Bruselas, 1875, p. 497). “El legislador se ha limitado a consagrar el principio en tres líneas, lo cual no puede explicarse sino considerando que se ha remitido a la tradición; esta materia es, pues, enteramente tradicional” (BAUDRY–LACANTINERIE/BARDE, *Traité théorique et pratique de Droit Civil (Des Obligations)*, Tomo I, Sirey, París, 1906, p. 656).

(25) *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Libro II, Título X (*De ce que se fait en fraude des Créanciers*), París, 1767, pp. 192 ss. Lo constató DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoleon. Traité des Contrats...* p. 151.

efectos y por tanto el demandado debe restituir el bien al patrimonio del deudor (como si jurídicamente no hubiera salido de allí nunca). Efectos restitutorios al patrimonio del deudor, que son propios de la pauliana ejercida dentro de un procedimiento de ejecución colectiva, pero que no son necesarios para la realización del crédito cuando la ejerce en su propio provecho un solo acreedor.

El *Code de Commerce* (1807) recoge dentro del sistema de reintegración de la quiebra, dos procedimientos: primero, retroacción de los efectos propios de la declaración de quiebra (quiebra de derecho) hasta el momento de la cesación de pagos (quiebra de hecho) y provoca la nulidad *ipso iure* de los actos realizados en este período; segundo, unas acciones de impugnación, que aunque montadas sobre el esquema de la pauliana romana, modifican sus requisitos en función de la naturaleza de los actos impugnados y del tiempo de su realización, especialmente, en lo relativo al fraude, facilitando su ejercicio al síndico mediante las presunciones, absolutas o relativas, de fraude (regulación reformada luego en la ley francesa de 1838 que suprime la retroacción)⁽²⁶⁾. La legislación francesa había recibido las normas elaboradas de los Estatutos italianos, que fueron recibidos por las ciudades francesas y luego consagrados en las Ordenanzas de los monarcas galos.

3) En Alemania la impugnación de actos fraudulentos del deudor que ocasionan la insolvencia patrimonial tiene una primera regulación en la Ley de Quiebras (la *Konkursordnung* de 10 febrero de 1877) que recoge la impugnación (*Anfechtung*) en los §§ 29–42. Se supone que la insolvencia patrimonial del deudor afectará a todos sus acreedores, que se organizan en el *Konkurs*, sea el deudor civil o comerciante. La ley alemana se beneficia de los estudios y aportaciones de los romanistas y pandectistas alemanes, que superando los textos justinianeos han reconstruido y rescatado los remedios clásicos contra el fraude de acreedores.

El legislador alemán advierte que es posible que la insolvencia del deudor no haya dado lugar al concurso (puede ser que sólo haya un acreedor), y decide regular la impugnación de actos fraudulentos fuera de un procedimiento concursal; es la *Anfechtungsgesetz* de 21 de julio de 1879. En esta, a semejanza de

(26) Sobre el tema vid. ROJO FERNÁNDEZ, *Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra*, en *Revista de Derecho Mercantil*, 1979, pp. 44–50; y JARDI, *La nulidad de los actos y contratos del quebrado por retroacción de los efectos de la declaración de quiebra*, en *Revista de Derecho Privado*, 1940, pp. 176–179. Nuestro Código de Comercio 1829 (y también el de 1885) tomó del Código francés la regulación.

cuanto pasaba en el interdicto fraudatorio, el perjuicio se constataba con una ejecución previa frustrada que ponía en evidencia el *eventus damni*; pero admite también dicho perjuicio como previsible frustración de la futura ejecución (el § 2 permite que dicha insolvencia sea manifestada con otros medios, acaso en la línea que ya permitía el propio Digesto pues el *eventus damni* también quedaba manifestado por la enajenación del entero patrimonio del deudor sin necesidad de una *missio y bonorum venditio*, por otra parte imposible por ausencia de bienes).

En la ley alemana queda claro que el sujeto legitimado para impugnar es un acreedor individual; y esto condiciona tanto los presupuestos como los efectos de la institución. Aunque hay que reconocer que en la práctica, los supuestos que llegan hasta los tribunales son mayoritariamente de impugnación dentro de procedimientos concursales⁽²⁷⁾.

4) En el ordenamiento italiano la acción pauliana fue recogida en el art. 1235 del *Codice civile* de 1865, siguiendo el modelo del *Code*. Un solo artículo se le dedica y basado en el fraude como elemento subjetivo determinante para el ejercicio de la acción⁽²⁸⁾. La primera doctrina italiana que comenta el Codice de 1865, influida por la doctrina francesa, asigna a la pauliana naturaleza de acción revocatoria, pues el acto fraudulento es nulo, queda revocado, sin efecto alguno, de modo que el adquirente debe devolver los bienes recibidos⁽²⁹⁾.

Pero la doctrina italiana comienza a recibir la influencia de la última doctrina francesa que habla ya de nulidad relativa del acto, y de la ley alemana especial de 1879. La jurisprudencia italiana del primer tercio del siglo XX⁽³⁰⁾ recibe estos estudios con los cuales da respuesta a las exigencia de la moderna economía que reclama un sistema de tutela del credito más ágil, en la línea de las faci-

(27) Lo constata GRUNSKY, *Grundzüge des Zwangsvollstreckungs- und Konkursrechts*, 2ª ed., J.C.B. Mohr, Tübingen, 1979, p. 54.

(28) Lo señala LUCCHINI (*L'azione revocatoria ordinaria*, en *La (nuova) Giurisprudenza Civile Commentata*, 1991, II, p. 321) al afirmar que el *codice civile* de 1865 "se limitaba a reproducir el contenido del art. 1167 del Código civil francés, el cual, a su vez, se limitó a una simple mención de la acción pauliana como para advertir que ésta seguía subsistiendo en el derecho actual". También critica la insuficiencia del art. 1235 del Código de 1865 DISTASO, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, UTET, Turín, 1973, p. 122.

(29) Entre los partidarios de la nulidad absoluta podemos enumerar a ALLARA (*Delle Obbligazioni*, UTET, Turín, 1939, pp. 290 y ss); PACCHIONI (*Trattato delle obbligazioni*, Bocca, Turín, 1927, pp. 112 y ss.); BUTERA (*Dell'azione pauliana o revocatoria*, UTET, Turín, 1934, p. 129).

(30) Son autores que preconizan un régimen para la revocatoria de ineficacia: COSATTINI (*La revoca degli atti fraudolenti*, CEDAM, Padua, 1939, pp. 231 y ss); y MAIERINI (*Della revoca degli atti fraudolenti fatti dal debitore in pregiudizio dei creditori*, Florencia, 1912, pp. 130 y ss).

lidades procesales que conoce la revocatoria concursal del código de comercio. El nuevo Código Civil de 1942 (código único, que recoge instituciones civiles y mercantiles) va a consagrar esta nueva línea, ya apuntada por la doctrina y la jurisprudencia.

En la nueva regulación el elemento decisivo es el perjuicio a los acreedores: el *eventus damni*, que no se concibe como la insolvencia patrimonial del deudor puesta de manifiesto con la ejecución forzosa previa frustrada, sino la lesión de la garantía patrimonial, es decir, la disminución de valor o alteración de la composición del patrimonio que pone en peligro, dificulta o imposibilita la futura ejecución forzosa del acreedor (el capítulo donde es recogida la acción revocatoria, junto a la subrogatoria, se titula *medios de conservación de la garantía patrimonial*).

En la nueva regulación de la *azione revocatoria* no hace falta ejecución previa ni legitimación restringida a acreedores provistos de título ejecutivo. Quedan legitimados expresamente por el art. 2901 tanto los acreedores a término como los condicionales. Con la revocatoria el acreedor pide la declaración de ineficacia del acto impugnado respecto al actor (no a los otros acreedores); dicha declaración de ineficacia no comporta la restitución del bien al patrimonio del deudor, sino que el acreedor actor que ha vencido con la revocatoria puede, en una segunda fase, ejercer, frente al tercero adquirente (poseedor y verdadero propietario de los bienes enajenados en fraude) las acciones ejecutiva o conservativas que sean (art. 2902).

5) En Derecho español nuestro Proyecto de 1851 se aparta de su modelo francés (seguido en tantas otras materias). GARCÍA GOYENA justifica esta novedad debido a la confusión de categorías de ineficacia en el *Code*⁽³¹⁾. El proyecto aprovechando que el fraude de acreedores y la rescisión de menores y ausentes tienen un antecedente común romano en la *restitutio in integrum*, incorpora el fraude de acreedores como un supuesto de rescisión de contratos, dotando a la acción pauliana de un necesario régimen normativo orgánico y completo. Queda acentuado el carácter restitutorio de la pauliana, siguiendo el modelo de efectos de la rescisión (arts. 1176–1182).

El Código de 1889 recoge en el art. 1111 la acción pauliana (junto a la subrogatoria) como facultad de los acreedores para impugnar los actos realizados por el deudor en fraude de sus derechos, y después de haber perseguido los

(31) GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Tomo IV, Madrid, 1852, p. 177.

bienes de que esté en posesión el deudor para realizarlos (es decir, manifestada la insolvencia patrimonial del deudor). Es sin duda la pauliana romana. Pero, además, en la línea del proyecto de 1851, recoge el fraude de acreedores como un supuesto más de rescisión de contratos (art. 1291.3º C.C.), rescisión como categoría distinta de la nulidad (regulada en el siguiente capítulo) y que presupone un acto válido y verdadero, por tanto el fraude de acreedores se distingue de la simulación.

El presupuesto determinante de su aceptación (según demuestra la práctica de nuestra jurisprudencia) es el fraude, entendido en sentido subjetivo, y además con rigor, como ánimo del deudor de dañar a sus acreedores provocando o agravando su insolvencia patrimonial⁽³²⁾. Ultimamente, la doctrina científica y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, vienen dulcificando el rigor del contenido del fraude, exigiendo sólo conocimiento (incluso posibilidad de haber conocido) de que el acto realizado provoca la insolvencia o el perjuicio del acreedor⁽³³⁾.

(32) Con mejor criterio ORDUÑA MORENO (*Notas acerca de la acción rescisoria por fraude de acreedores a propósito de la última jurisprudencia*, en *Revista General de Derecho*, 1988, pp. 61–80) reconduce este elemento subjetivo hacia el tercero, siguiendo el modelo del *interdictum fraudatorium* donde el elemento subjetivo es relevante respecto al adquirente (la *scientia fraudis*) por cuanto se presume el fraude respecto al deudor (que no puede no conocer su propia insolvencia).

(33) Merecen ser destacados, especialmente, los trabajos de ORDUÑA MORENO, *La acción rescisoria por fraude de acreedores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Análisis de su concepto y de los presupuestos y requisitos para el ejercicio de la acción)*, J.M. Bosch, Barcelona, 1992, pp. 117–141 y 166–168; y LLEBARÍA SAMPER, *Fraude y perjuicio pauliano (Un ensayo sobre la accionabilidad rescisoria)*, Memoria de titularidad, inédita, Barcelona, 1988, pp. 29–66. De la orientación de nuestra jurisprudencia son buenos exponentes las SS.T.S. 17 de julio de 1990 (ponente Sr. Santos Briz): “la acción revocatoria, según doctrina de esta Sala, no exige para ser estimada que se prueba “ánimo de perjudicar”, bastando la conciencia del perjuicio, sin que ello sea obstáculo para que hayan existido casos en que se acreditó aquella intención” (también la S.T.S. de 13 de febrero de 1992, ponente: Sr. Martín-Granizo); o 6 de abril de 1992 (ponente: Sr. Villagómez Rodil), que afirma que “no obstante no darse la exigencia del *animus nocendi* o de perjudicar a los acreedores, el requisito subjetivo del *consilium fraudis* bien entendido como actividad intencionada y directamente dolosa, o bien como simple conciencia de causarlo, y así lo ha declarado esta Sala, llegando a alcanzar cotas de cuasi-objetividad si el perjuicio se ocasiona por simple culpa civil o impremeditación”. Se hacen eco de esta resolución DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. La relación obligatoria*, II, Civitas, Madrid, 1993, p. 738; ORDUÑA MORENO, *La insolvencia (Análisis de su concepto y concreción de su régimen jurídico)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 234.