

La reintegración de la masa de la quiebra: régimen de ineficacia de los actos de enajenación perjudiciales para los intereses concursales

SUMARIO: INTRODUCCION.—I. SISTEMA LEGAL: 1. LA RETROACCIÓN: LA NULIDAD ABSOLUTA Y PLENA DEL ARTÍCULO 878.2 DEL CÓDIGO DE COMERCIO. DISFUNCIONES 2. OTROS CAUCES LEGALES: 2.1. *La anulabilidad.* 2.2. *La acción pauliana:* 2.2.1. Fundamento de la acción pauliana: del fraude al perjuicio. 2.2.2. Caracterización de la ineficacia de lo válido y eficaz. 2.2.3. Los efectos de la rescisión de lo válido y eficaz: a) Ineficacia de los actos a título gratuito y de buena fe; b) Ineficacia de los actos formalmente onerosos, pero materialmente perjudiciales; c) Ineficacia de los actos a título oneroso. La mala fe del adquirente.—II. NUEVOS PLANTEAMIENTOS EN MATERIA DE REINTEGRACIÓN DE LA MASA DE LA QUIEBRA: DE LA NULIDAD A DERIVADOS CONCEPTUALES DE LA RESCISIÓN PAULIANA: 1. RELACIÓN DE PARENTESCO ENTRE LA ACCIÓN PAULIANA Y LAS ACCIONES DE IMPUGNACIÓN PREVISTAS EN LOS ARTÍCULOS 879 Y SIGUIENTES DEL CÓDIGO DE COMERCIO. 2. LA REINTEGRACIÓN DE LA MASA DE LA QUIEBRA: INEFICACIA CARACTERÍSTICA. 3. EL PERJUICIO CONCURSAL. 4. ALCANCE DE LA INEFICACIA FRENTE A TERCEROS. 5. EFECTOS DE LA INEFICACIA: LA RESTITUCIÓN: 5.1. *Ineficacia de los actos a título gratuito.* 5.2. *Ineficacia de los actos onerosos materialmente perjudiciales: desvaloración lesiva de la contraprestación recibida por el deudor.* 5.3. *Ineficacia de los actos del deudor intencionadamente perjudiciales: la mala fe del adquirente.*

INTRODUCCION

La reintegración de la masa de la quiebra es una materia caracterizada por el enfrentamiento de intereses «distintos y distantes». Es una materia conflictiva. Sobre todo, cuando en la batalla concursal anda involucrado un tercero que —en un momento anterior a la quiebra formal— ha comprado de buena

fe un bien al deudor. Precisamente el mismo bien que echan en falta los acreedores cuando intentan hacer efectivos sus derechos de crédito. Aquí es donde la pugna de intereses, característica de la quiebra, se hace más patente y tensa. Por una parte, los acreedores concursales están interesados en rescindir el acto de disposición del deudor para incrementar los bienes que conforman el patrimonio a liquidar en el procedimiento concursal; y por otra, el tercero que adquiere el bien, según derecho, no quiere perderlo para remediar un problema ajeno. La opción no es fácil porque las razones de la seguridad del crédito inclinan la balanza a favor de los primeros y las razones de la seguridad del tráfico, a favor de los segundos.

El conflicto se reproduce en relación a toda una serie de actos del deudor, también anteriores a la quiebra formal y, en principio, perfectamente válidos y eficaces, pero que, de una manera u otra, con mayor o menor intensidad, ocasionan un perjuicio a los acreedores al acentuar o provocar la insolvencia o vulnerar el principio *par conditio creditorum*: enajenaciones gratuitas, pagos anticipados de deudas no vencidas, la llamada superposición de garantías...

El objeto de este trabajo es delimitar conceptual y funcionalmente la ineficacia de estos actos, poniendo especial cuidado en marcar las distancias con otras formas de ineficacias afines (1). Como tendremos ocasión de comprobar, la indeterminación legal de los presupuestos y efectos de la «retroac-

(1) Sobre la caracterización de la ineficacia en materia concursal, vid. KIPP, «Impugnación de los actos *in fraudem creditorum*, en Derecho romano y en el moderno Derecho alemán, con referencia al Derecho español», en *RDP*, 1924, pág. 1 y sigs.; SOTILLO NAVARRO, «El principio pauliano en la retroacción», en *RGD*, 1964, pág. 551 y sigs.; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, «Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra», en *RDM*, núm. 151, 1979, págs. 37 y sigs.; MASSAGUER FUENTES, *La reintegración de la masa en los procedimientos concursales*, Barcelona, 1986; SANCHÓ GARGALLO, *La retroacción de la quiebra*, Pamplona, 1997; MARTÍN REYES, *La retroacción absoluta de la quiebra y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Pamplona, 1995. La caracterización de la ineficacia de los actos perjudiciales a los acreedores se ilustra también con los estudios sobre la acción pauliana: DE CASTRO, «La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los artículos 1.911 y 1.111 del Código Civil», en *RP*, 1932, pág. 193 y sigs.; OERTMANN, «Invalidez e ineficacia de los negocios jurídicos», en *RDP*, 1929, pág. 76 y sigs.; LAB ANDERA Y BLANCO, «Nulidad, anulabilidad y rescindibilidad en el Código Civil», en *RDP*, 1914, pág. 180 y sigs.; MORENO QUESADA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO GARCÍA y DÍAZ ALABART, artículos 1.290-1.299, t. XVII-2, Madrid, 1995; CRISTÓBAL MONTES, *La vía pauliana*, Madrid, 1997; DELGADO ECHEVERRÍA, «Nulidad de los actos del quebrado en el período de retroacción de la quiebra. La sentencia de 12 de marzo de 1993 y la jurisprudencia del último decenio», en *Aranzadi Civil*, 1993-II, págs. 2489 y sigs.; MARTÍN PÉREZ, *La rescisión del contrato (en torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, Barcelona, 1995, págs. 364 y sigs.; 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*, Barcelona, 1992, pág. 117 y sigs.; LOHMANN LUCA DE TENA, «Apuntes para una distinta aproximación a la acción pauliana», en *RGLJ*, mayo de 1984, pág. 469 y sigs.; FERNÁNDEZ CAMPOS, «Algunas

ción» ha provocado la tendencia a diluir su caracterización conceptual en la categoría de invalidez negocial. Así es como, en definitiva, el estudio sobre la reintegración de la masa de la quiebra se convierte, al menos en un primer momento, en un trazado de fronteras conceptuales. En la misma línea vamos a abordar el estudio de la ineficacia de protección de los intereses concursales con reservas. En particular nos ocuparemos de la ineficacia de los actos de enajenación, dejando para otro momento el estudio de la ineficacia de los actos solutorios. Aunque ambas formas de ineficacia pertenecen a una categoría genérica, responden a distintas lógicas subyacentes. Puede distinguirse netamente la impugnación de los actos de enajenación para reintegrar propiamente la masa de la quiebra con los bienes que han salido del patrimonio del deudor, de la impugnación de los pagos para salvaguardar las reglas concursales de cobro (*par conditio creditorum*). Ello permite fraccionar el estudio. Si bien, claro está, la proximidad de parentesco resalta por contraste las respectivas peculiaridades. Nos veremos obligados, pues, a reforzar la caracterización de la ineficacia de los actos de enajenación con las referencias necesarias sobre la ineficacia de los actos solutorios.

Pero antes de caracterizar es necesario comprender el problema de la reintegración. Muchos de los errores dogmáticos sobre la ineficacia concursal se derivan justamente de una visión desfigurada de la «realidad». Intentemos, pues, aproximarnos a ella y desde «tierra firme» se podrán repensar, sin prejuicios, los dogmas concursales.

La reintegración de la masa de la quiebra y los mecanismos de ineficacia que la caracterizan actúan sobre actos válidos realizados por el deudor. Son actos intrínsecamente bien formados de los que no cabe predicar, al tiempo de la celebración, ninguna irregularidad. Tampoco son contrarios a la ley o al orden público. En el momento en que se celebra el acto —que es el «momento de la validez»— no existe norma impeditiva de los mismos: nada ata el bien al patrimonio del deudor; nada prohíbe al deudor disponer de un bien o realizar un pago «debido». Tampoco el «orden público» exige el inmovilismo patrimonial. El deudor insolvente o próximo a la insolvencia, acuciado por la difícil situación patrimonial, puede lícitamente enajenar algunos bienes para obtener liquidez, fondos, o realizar algunos pagos para conseguir nuevos créditos... Estas operaciones de última hora entran dentro de la lógica empresarial, caracterizada precisamente por el dinamismo patrimonial. Otra cosa es que realice estas operaciones con ánimo de defraudar las expectativas de sus acreedores. O que, finalmente, los actos, a pesar de la buena intención del

consideraciones sobre la acción revocatoria en el Derecho italiano», en *ADC*, abril-junio de 1997, pág. 631 y sigs.; y el mismo autor, *El fraude de acreedores: la acción pauliana*, Bolonia, 1998; JEREZ DELGADO, *LOS actos jurídicos objetivamente fraudulentos (la acción de rescisión por fraude de acreedores)*, Madrid, 1999.

deudor, agraven la situación de insolvencia en perjuicio de los acreedores. Que sean actos demasiados arriesgados... Estas ya son cuestiones distintas. Pero, desde el punto de vista empresarial, la entrada y salida de bienes del patrimonio no es contraria al orden público. El inmovilismo patrimonial sólo se produce a partir de la quiebra judicial.

Los actos o negocios realizados por el deudor no se atacan, pues, por razones de invalidez o en cuanto ilícitos. No estamos ante una ineficacia que sancione las irregularidades negociales o los comportamientos fraudulentos. El fundamento de la pretendida rescisión es el perjuicio que el acto ocasiona a los acreedores. La ineficacia se caracteriza, pues, como un mecanismo de protección de los intereses concursales: se impugnan actos válidos para traer a la masa de la quiebra bienes o valores que en un momento anterior formaron parte del patrimonio del deudor, a los efectos de aliviar la situación de insolvencia.

Desde este punto de mira, cuesta esfuerzo admitir la nulidad como instrumento de ineficacia de estos actos. Tampoco la anulabilidad es la solución. Tanto una como otra están pensadas y construidas sobre la idea de irregularidad negocial: actos intrínsecamente nulos, ilícitos, viciados... No encajan, por tanto, conceptualmente en el sistema de reintegración de la masa de la quiebra que se articula en torno al problema de actos válidos, pero perjudiciales. El problema va más allá del error conceptual. La invalidez tampoco da respuestas funcionalmente adecuadas. Se trata de una categoría absoluta que no permite particularizar las soluciones, según los distintos intereses implicados en la reintegración. En concreto, la nulidad no salvaguarda de la ineficacia a los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso, merecedores de una especial protección en el tráfico jurídico.

La naturaleza de los intereses en juego tampoco permite recurrir de forma generalizada a categorías de ineficacia articuladas sobre criterios subjetivos: fraudulentos. Los problemas característicos de la reintegración de la masa de la quiebra en ocasiones exigen respuestas objetivas.

Cuando el sujeto que adquiere un bien o recibe un pago del deudor actúa de mala fe —conscientemente en perjuicio de los acreedores—, la idea de fraude permite atacar cómodamente los actos en los que se concreta el perjuicio concursal. No obstante, el perjuicio también deviene de forma objetiva. La adquisición del tercero de buena fe puede ser igualmente perjudicial para los intereses concursales si objetivamente provoca o agrava la situación de insolvencia del deudor. Incluso, el propio deudor puede proceder de buena fe. Simplemente ha sido poco cuidadoso o afortunado en la gestión de sus asuntos. Por ejemplo, vende un bien a bajo precio acuciado por necesidades imperiosas. Y este acto, como veremos, aunque oneroso, es perjudicial para los acreedores. En fin, las cosas se objetivan bastante. Ahora se trata de impugnar actos válidos y eficaces, sin el punto de apoyo de una actuación fraudulenta.

Hay que ponderar, pues, con especial cuidado el alcance y consecuencias de los mecanismos de reintegración. En concreto, hay que dotar al sistema de cierta flexibilidad, particularizando las soluciones según los distintos intereses en juego. El interés de los acreedores es digno de protección; pero no a costa de lo que sea, hasta el punto de sacrificar la adquisición de un tercero a título oneroso y de buena fe. En cambio, si el conflicto se plantea entre los acreedores y un tercer adquirente a título gratuito, la balanza de equidad se inclina a favor de los primeros. Al fin y al cabo, el adquirente se enriquece a expensas del patrimonio del deudor sin dar nada a cambio. Cabe, por tanto, predicar la rescisión de la adquisición con una ratio estrictamente objetiva, concretada en el *enriquecimiento sin costes*. La ratio de decisión también se objetiva respecto a los acreedores de la insolvencia que reciben un pago en perjuicio del resto de los acreedores concursales. El principio de paridad de trato (*par conditio creditorum*) implica objetivamente a todos los acreedores y la misma ratio explica la rescisión de los pagos contrarios a la regla paritaria. Por las mismas razones de orden concursal se predica también la rescisión «objetiva» de la llamada superposición de garantía.

La objetivación conceptual de la ineficacia concursal permite, al mismo tiempo, articular y flexibilizar el alcance de sus consecuencias, con una ratio moderadora. Una «medida» es restituir la cosa a la masa de la quiebra —que es lo que parece exigir la concepción objetiva—, y otra, distinta, exigir, además, la restitución de los frutos, como tradicionalmente se viene predicando por influencia de una caracterización de la ineficacia como sanción del fraude. O en el caso de que la restitución no se pueda concretar sobre la cosa en naturaleza porque haya sido enajenada a un subadquirente, la ineficacia se puede traducir, bien en la devolución del valor de la cosa, bien en la restitución del enriquecimiento; la primera consecuencia es propia del sistema de responsabilidad por culpa y la segunda se identifica con un planteamiento objetivo de la rescisión. Y no se interprete mal la ratio objetiva predicada. Porque no se dice que la mala fe sea irrelevante. Si concurre, claro está, se agravan los efectos de la ineficacia. Pero una cosa es que la mala fe agrave los efectos y otra, particularmente diferente, que actúe como ratio delimitadora de las consecuencias de la ineficacia.

Tampoco se aboga por la objetivación absoluta e indiscriminada, en todo caso. Como tendremos ocasión de precisar en su momento, existen ámbitos donde sigue funcionando el binomio tradicional fraude-perjuicio y la mala fe es la llave maestra que abre la puerta de la ineficacia: el acto perjudicial se rescinde en cuanto fraudulento. Quizá se podría hablar ahora de ilicitud sobre la base de la mala fe y aproximarnos a la ineficacia-sanción; pero incluso aquí existe cierta objetivación en cuanto que el fraude se valora como conocimiento de la insolvencia, y no estrictamente como intención de perjudicar. Además, la ecuación perjuicio-ilicitud está próxima al ámbito de la responsabili-

dad por daños. Pero no nos engañemos. Porque la idea central sigue siendo el interés de los acreedores, concretado en la restitución de la cosa a la masa de la quiebra. Desde este punto de mira, donde mejor encaja el supuesto es en el ámbito de la ineficacia de los actos jurídicos, eje de la restitución, y no en el ámbito de la responsabilidad construida sobre la indemnización de daños. Pero en una ineficacia de protección de los acreedores dotada de una flexibilidad en su alcance y consecuencias que no posee la invalidez negocial; y, al mismo tiempo, concebida desde un planteamiento objetivo que pone ciertas distancias con la caracterización tradicional de la acción pauliana.

Por las razones expuestas y, sobre todo, para evitar una asimilación inconsciente entre fraude-ilicitud-nulidad que ha distorsionado la regulación de los efectos de la ineficacia, incluso en aquellos supuestos donde el fraude ya no es presupuesto de la misma, hemos preferido partir de un planteamiento objetivo; o mejor dicho, de un concepto amplio de ineficacia de protección donde tengan cabida los supuestos objetivos y los fraudulentos, que en su esencia son también actos impugnables en interés de los acreedores.

Nuestro objetivo en este trabajo será concretar todos estos aspectos sucinatamente esbozados por ahora. Empezaré analizando los mecanismos de ineficacia que nos suministra el Derecho vigente y sus aplicaciones en la práctica jurisprudencial. Observaremos importantes disfunciones en el sistema concursal e, incluso, atropellos a la seguridad del tráfico jurídico en sus manifestaciones registrales (fe pública registral). Con malabarismos y ficciones jurídicas, lo válido se hace inválido y se aplica la categoría de la nulidad absoluta (invalidez negocial) para impugnar los actos (válidos) del quebrado. Partiendo de los dogmas tradicionales, la nulidad se hace valer frente a todos, incluso frente a terceros de buena fe protegidos registralmente. Pero no siempre la nulidad se interpreta con el mismo rigor dogmático. La práctica jurisprudencial concibe una «extraña» nulidad que opera sobre la base de la impugnación de los síndicos de la quiebra, y no *ipso iure* como correspondería en buena lógica conceptual. Se peca, pues, o por exceso o por defecto.

Estos ejemplos muestran por sí mismos que las cosas no andan bien en la materia. Los intereses concursales necesitan respuestas propias, y no soluciones pensadas para las irregularidades negociales. La fuerza conceptual de la «nulidad» ha desmerecido a otras formas de ineficacia diferenciadas legalmente de la invalidez que con pequeños retoques funcionales —que no conceptuales— se adaptan perfectamente a los imperativos del sistema concursal. No se trata, por tanto, de inventar categorías de ineficacia ni de importar soluciones de otros derechos concursales extranjeros. Basta con activar el potencial latente de nuestros propios instrumentos jurídicos. En particular, basta con reinterpretar la acción pauliana.

En fin, sirva esta introducción para aproximarnos con más conocimiento de causa al sistema legal de reintegración de la masa de la quiebra.

I. SISTEMA LEGAL

En derecho concursal español existen dos mecanismos destinados a realizar la reintegración de la masa de la quiebra: la retroacción prevista en el artículo 878.2 del Código de Comercio y una serie de acciones de impugnación, reguladas en los artículos 879 a 882 del mismo Código, próximas en su configuración a la acción pauliana, aunque con matices objetivos *instrumentados* a través de presunciones.

En la práctica, no obstante, se produce una desigualdad de trato entre estos dos sistemas de reintegración. La caracterización legal y jurisprudencial de la retroacción como una ineficacia de amplio alcance ha motivado el desuso de las otras acciones legalmente previstas.

1. LA RETROACCIÓN: LA NULIDAD ABSOLUTA Y PLENA DEL ARTÍCULO 878.2 DEL CÓDIGO DE COMERCIO. DISFUNCIONES

De los términos del artículo 878 del Código Civil se deduce que la ineficacia prevista en el mismo responde a una nulidad en regla: «*radical y absoluta*». Esta es la interpretación del precepto mantenida por un importante sector de la doctrina (2) y por la Jurisprudencia, casi sin excepciones (3). La ratio de la predicada nulidad es la retroacción de los efectos de la declaración formal de quiebra a un momento anterior judicialmente fijado —período de retroacción—, en el que se entiende que el deudor era ya insolvente. Se trata, por tanto, de hacer coincidir las consecuencias de la quiebra de hecho con las de la quiebra judicial (4). Siguiendo esta línea de pensamiento «retroactivo», el fundamento de la nulidad se sitúa en una pretendida incapacidad latente del deudor próximo a la quiebra formal que le impide —incluso antes de la declaración judicial de quiebra— realizar actos de disposición, administración o gravamen sobre su patrimonio. O dicho en los términos que emplea normalmente la jurisprudencia, la incapacidad del quebrado opera retroactivamente hasta alcanzar el período de retroacción (5).

(2) Vid. BORRELL, «Efectos de la fianza relacionados con la retroacción de la quiebra», en *RDP*, 1947, pág. 273 y sigs.; JARDI, «La nulidad de los actos y contratos del quebrado por retroacción de los efectos de la declaración de quiebra», en *RDP*, 1940, pág. 173 y sigs.; GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, vol. II, a cargo de F. SÁNCHEZ CALERO, Madrid, 1983, pág. 463 y sigs.

(3) Sobre la caracterización jurisprudencial de la retroacción como nulidad absoluta, intrínseca y radical, cabe consultar la selección de sentencias de DELGADO ECHEVERRÍA, *Nulidad de los actos del quebrado en el período de retroacción...*, cit., pág. 2490 y sigs.

(4) Vid. SSTS de 17 de marzo de 1988 (A.R. 2210) y 28 de enero de 1985 (A.R. 203).

(5) En general, sobre la incapacidad como fundamento de la nulidad del artículo 878.2 y su alcance doctrinal y jurisprudencial, vid., MASSAGUER FUENTES, *La reintegra-*

Este planteamiento empieza ya con mal pie, forzando los argumentos. Porque realmente el deudor no es incapaz para administrar ni disponer de su patrimonio antes de la declaración formal de quiebra. El acto, en el momento que se realiza, es válido y eficaz (6). Ni siquiera después de la declaración judicial de quiebra es propiamente incapaz; simplemente tiene limitado el poder de administración y disposición de sus bienes en interés de sus acreedores (7).

La pretendida incapacidad es, pues, una ficción interesada y, además, equivocada en su encasillamiento conceptual. Según la inercia del sistema, tendría mejor encaje en la categoría de la anulabilidad, y no en la nulidad predicada. Puestos a sacar comodines, quizá hubiera sido más apropiado recurrir a ficciones de orden público, más fáciles de reconducir a la nulidad. Pero seguiría siendo un planteamiento forzado porque tampoco el orden público tiene nada que decir; nada justifica el inmovilismo patrimonial del empresario próximo a la quiebra o ya de hecho quebrado. Justamente en estos momentos de necesidad es lógico que utilice el crédito que le queda, enajene algunos bienes para reinvertirlos o para obtener dinero con el que satisfacer determinados pagos que le abrirán las puertas a nuevos créditos... Y quizá con estas actuaciones todos salgan beneficiados, no sólo el quebrado que puede sanear la situación empresarial, sino, incluso, los propios acreedores que acaso consigan cobrar antes y por completo. En los momentos anteriores a la quiebra judicial, lo único que se le puede pedir al empresario es cierto cuidado o diligencia en la realización de actos de disposición o administración. Pero esta cuestión incide sobre la calificación de la quiebra, y no sobre el inmovilismo patrimonial, que sólo tiene cabida judicial o legal, y en este caso, sin efectos retroactivos, sobre todo, por razones de seguridad del tráfico jurídico (8). Ello, no obstante, la «proximidad a la quiebra» no debe despreciarse como uno de los criterios de ineficacia. En el sentido, por ejemplo, de facilitar a los acreedores la impugnación de actos «próximos a la quiebra» a través de

ción de la masa..., cit., pág. 42 y sigs.; SANCHO GARGALLO, *La retroacción de la quiebra...*, cit., pág. 82 y sigs.

(6) Se pronuncia en la misma línea de pensamiento GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ («Notas sobre el instituto concursal de la retroacción», en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, T. III, Madrid, 1996, pág. 3555): «aparece como desconcertante que —por mor de la previsión legal— se declare la nulidad de un acto que era válido, en virtud del advenimiento de un suceso —la declaración de quiebra— que es posterior a aquél». En un sentido parecido, vid. SANCHO GARGALLO, *La retroacción de la quiebra...*, cit., pág. 231.

(7) En este sentido, SOTILLO NAVARRO, «La retroacción. Problemas que presenta», en *RDM*, núm. 52, julio-agosto, 1954, pág. 105; SANCHO GARGALLO, *La retroacción de la quiebra...*, cit., pág. 84.

(8) SANCHO GARGALLO {*La retroacción de la quiebra...*, cit., pág. 231} califica como ficción legal la pretendida «retroacción» de los efectos de la prohibición legal de disponer y administrar prevista en el artículo 878.1 del Código de Comercio.

presunciones de fraude. O desde planteamientos más objetivos, porque «lo próximo» a la quiebra todavía no está tan arraigado en el patrimonio de la contraparte del deudor como «lo lejano»; cuestión de inercia jurídica. En fin, la proximidad también puede concretar la relación causal entre la insolvencia y el acto, ya que lo próximo en el tiempo a la quiebra judicial es insolvencia de hecho y, por tanto, el acto de disminución patrimonial se valora como «directamente» perjudicial para la masa de acreedores. Pero estos son ya usos distintos de la «proximidad», que no significan ni incapacidad ni invalidez.

La propia jurisprudencia, dejando a un lado las ficciones sobre incapacidades, tiende a fundamentar la pretendida «nulidad» sobre la idea de perjuicio (9).

Si la nulidad del artículo 878.2 del Código de Comercio significase sólo un error en la calificación conceptual, «cosa de terminología», no habría que preocuparse demasiado. No obstante, detrás de la equivocación conceptual se suceden las sinrazones funcionales en la práctica. Incluso, en el propio terreno de los conceptos, se han producido desviaciones de los dogmas clásicos que han enturbiado la categoría de la nulidad negocial. En fin, las consecuencias de la retroacción no podrían ser peores: por un lado, disfunciones en el sistema de reintegración y por otro, confusión conceptual en materia de nulidad. Aunque con un comienzo de la retroacción tan forzado y ficticio tampoco cabría esperar otros resultados.

Concretemos, pues, las cuestiones problemáticas. Empezando por una de la más sobresalientes: la jurisprudencia en materia de retroacción hace valer la nulidad «frente a todos», hasta construir un sistema de ineficacia difícilmente sostenible con arreglo a los principios estructurales de nuestro ordenamiento patrimonial. Como ya he justificado, mediante ficciones instrumentadas en incapacidades o prohibiciones legales retroactivas, lo válido se hace inválido y se tiene por nulo. Y a partir de aquí, se sigue la lógica de la nulidad y la retroacción se extiende y afecta a los actos del deudor perjudiciales para los intereses concursales; todos sin «distinción de título» —oneroso o gratuito— se tienen por nulos. La nulidad no considera ni siquiera la especial condición del tercer adquirente a título oneroso y de buena fe.

Este planteamiento significa una buena dosis de inseguridad en el tráfico jurídico (10). En general, en materia de reintegración de la masa de la quie-

(9) En esta línea jurisprudencial, SSTs de 23 de febrero de 1990 (A.C. 90-2, 519), 12 de marzo de 1993 (A.C. 708, 93-3), 20 de septiembre de 1993 (A.C. 67, 94-1), 20 de junio de 1996 (A.C. 743 96-6).

(10) Sobre la nulidad en materia de retroacción se han realizado importantes estudios doctrinales que de forma autorizada analizan el alcance «absoluto» de la misma y, a la vez, resaltan las disfunciones que se derivan de este planteamiento en la seguridad general del tráfico jurídico y, en particular, en la «seguridad registral». Pueden citarse: ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, *Introducción al sistema de reintegración...*, cit., pág. 37; MASSAGUER

bra, hay que poner especial cuidado en ponderar los intereses en juego. Se necesita una «razón de peso» para justificar que un tercero termine asumiendo las consecuencias de la insolvencia del deudor en interés de los acreedores. Puesto en un platillo, el perjuicio que la insolvencia significa para los acreedores, y, en el otro, el enriquecimiento de un tercero a través de un acto lucrativo del deudor, la balanza se inclina, por «razones de peso», a favor de los primeros. Entonces la restitución del bien a la masa concursal es cuestión de justicia, o como normalmente se dice, de equidad. Pero si ahora como contrapeso del interés de los acreedores se coloca el sacrificio de un tercero derivado de la onerosidad del acto, la balanza por sí misma no se inclina ni en un sentido ni en otro: para vestir a un santo (interés de los acreedores), habría que desvestir a otro (adquirente a título oneroso y buena fe). Entonces hay que recurrir a los criterios del sistema patrimonial que, por mor a la seguridad del tráfico jurídico, establecen una ratio de protección generalizada hacia el adquirente a título oneroso y de buena fe. Y esto es lo que hace que las tornas se vuelvan a su favor, o, mejor dicho, debieran tornarse, sin que se comprenda la excepción de trato que recibe el adquirente en materia de retroacción.

Desde esta ratio de seguridad del tráfico jurídico que impregna todo nuestro ordenamiento, se ha intentado salvaguardar de la retroacción a los adquirentes de buena fe y a título oneroso mediante razonamientos registrales. En concreto se ha buscado la protección del artículo 34 de la LH, considerándolo tercero a los efectos de la fe pública registral. El razonamiento, aunque bien-intencionado, confunde los argumentos (11). Porque desde las estrictas coor-

FUENTES, *La reintegración de la masa en los procedimientos concursales...*, cit., pág. 80 y sigs.; JUSTE IRIBARREN, «Notas sobre la retroacción de la quiebra», en AC, 1987, pág. 1130; DELGADO ECHEVERRÍA, *Nulidad de los actos del quebrado en el período de retroacción...*, cit., pág. 2489; SASTRE PAPIOL, «Aspectos concursales y seguridad del crédito territorial (la retroacción de la quiebra y sus efectos sobre las hipotecas)», en RGD, 1993, pág. 8691; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «Notas sobre el instituto concursal de la retroacción», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, T. III, Madrid, 1996, pág. 3553; GARCÍA-GARCÍA, «La seguridad jurídica y la retroacción de la quiebra (crítica a la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1991)», en RCDI, 1992-I, pág. 1359; BILBAO ARISTEGUI, «Actuación de los principios registrales en su relación con los actos de disposición otorgados por el futuro quebrado durante el período de retroacción de la quiebra», en RCDI, 1972-II, pág. 1299; HUERTA VIESCA Y RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, «La retroacción de la quiebra: Estados doctrinal y jurisprudencial actuales y perspectivas de evolución futura de la interpretación de la legislación vigente», en ADC, 1995-II, pág. 1529; ABRIL CAMPOY, *Adquirentes, subadquirentes y retroacción de la quiebra*, Valencia, 1996; BERMEJO GUTIÉRREZ, «Normas de protección de terceros y retroacción de la quiebra (notas sobre un falso problema)», en RCDI, pág. 1407; MARTÍN REYES, *La retroacción absoluta de la quiebra y la jurisprudencia del Tribunal Supremo...*, Pamplona, 1995; SANCHO GARGALLO, *La retroacción de la quiebra...*, cit., pág. 99.

(11) Y en esto tiene la razón BERMEJO GUTIÉRREZ, *Normas de protección de los terceros y retroacción de la quiebra...*, cit., pág. 1419 y sigs.

denadas de la nulidad del artículo 878.2.º, el sitio de los adquirentes directos del quebrado está en el artículo 34. Así lo entiende con buena lógica la Jurisprudencia. En verdad, si se acepta el punto de partida de la nulidad, su derivado registral es el artículo 33: la inscripción no convalida lo nulo. El artículo 34 no protege al adquirente directo del quebrado porque está pensado para nulidades «ajenas» y no «propias» (12). Por el contrario, la protección del artículo 34 sí alcanza al subadquirente, ajeno a la nulidad del acto del quebrado; o si se prefiere, «tercero» respecto a la nulidad. No obstante ello, en la práctica jurisprudencial, se desconoce con frecuencia esta protección privilegiada del tercer subadquirente en materia de retroacción. Y esto constituye ya no sólo una sinrazón de la seguridad del tráfico, sino algo mucho más inconcebible: una quiebra de la fe pública registral (13).

En cualquier caso, a mi entender, el planteamiento debe ser cuestionado por los cimientos y no desde las alturas registrales. Reconozcamos las realidades por su nombre. Porque se diga lo que se diga, se disimule como se disimule, lo cierto es que el acto *ab initio* es válido y eficaz; nada cuestiona esta realidad, salvo interesadas ficciones retroactivas o, si se prefiere, retroacciones ficticias. El problema del adquirente no es, pues, la adquisición —que es cuando el artículo 34 de forma extraordinaria puede echarle una mano—. El verdadero escollo es la pretendida nulidad retroactiva —sobrevenida— derivada de la quiebra que, en sus aplicaciones prácticas y por la inercia en el pensar, adquiere un carácter absoluto. Y precisamente por esta

(12) No obstante, forzando de forma bienintencionada el razonamiento, se ha mantenido que el adquirente del quebrado es «tercero» del artículo 34 de la LH. En este sentido, se defiende su ajeneidad a la declaración de quiebra y a los intereses de los acreedores y, por consiguiente, también es ajeno —tercero— respecto de la nulidad derivada de la situación concursal. Vid. BILBAO ARISTEGUI, *Actuación de los principios de legitimación...*, cit., pág. 1307; GARCÍA GARCÍA, *La seguridad jurídica y la retroacción...*, cit., pág. 1368.

(13) Al respecto, puede consultarse la STS de 17 de marzo de 1958 (R.A. 1436) citada por la doctrina como ejemplo particularmente significativo sobre la desprotección del subadquirente en materia de retroacción: vid. MASSAGUER FUENTES, *La reintegración de la masa en los procedimientos concursales...*, cit., pág. 88; OLIVENCIA RUIZ, *Publicidad registral de suspensiones de pagos y quiebras*, Madrid, 1963, págs. 91 y 94; MARTÍN REYES, *La retroacción absoluta de la quiebra...*, cit., pág. 187; BILBAO ARISTEGUI, *Actuación de los principios de legitimación y de fe pública registral...*, cit., pág. 1310 y sigs. Sin embargo, BERMEJO GUTIÉRREZ (*Normas de protección de terceros y retroacción de la quiebra...*, cit., pág. 1411 y sigs.) relativiza bastante la crítica doctrinal y entiende que, en general, la Jurisprudencia ha sido respetuosa con los principios registrales. Desde una perspectiva más conciliadora de los artículos 878 del Código de Comercio y 34 de la LH advierte que el análisis cuidadoso de las sentencias en la materia denota la frecuente intervención fraudulenta del subadquirente en la quiebra. Y en estas condiciones, no es un tercero del 34 de la LH. Particularmente en el caso de la STS de 17 de marzo de 1958, considera que, en realidad, era «adquirente», no subadquirente, por lo cual tampoco le alcanza la protección de la fe pública registral.

inercia conceptual se ven sorprendidos los adquirentes. Y no se piense que el artículo 34 protege de este riesgo sobrevenido. La fe pública registral es un mecanismo extraordinario de protección del tercero en su adquisición, pero no una panacea. El artículo 34 lo hace propietario sobre la base de la apariencia registral. Pero lo que ocurra a partir de aquí, corre de su cuenta.

Según los planteamientos actuales en materia de retroacción, la nulidad sobrevenida es un riesgo que han de asumir los adquirentes del deudor. Y aquí el artículo 34 de la LH tiene poco que decir. Porque el problema en la retroacción de la quiebra no es la seguridad en la adquisición —la protección de la fe pública registral— sino la conservación de lo adquirido de forma válida y eficaz. En ello tampoco tiene mucho que decir el principio de inoponibilidad de lo inscribible y no inscrito (14), pensado igualmente para proteger la adquisición —su integridad—, no para conservar lo adquirido «debidamente». El escollo está —insistimos— en la nulidad que sobrevenidamente se cierne sobre el adquirente. Se requieren, pues, nuevos planteamientos respetuosos en general con la «seguridad» —con la estabilidad— de los actos válidos y eficaces a título oneroso. Y no bastan los juegos registrales bienintencionados porque, según la lógica del sistema, sólo ponen a salvo de la nulidad a los subadquirentes. En definitiva, no se trata de salvar los efectos devastadores e indiscriminados de la nulidad «estirando» los argumentos registrales. Se predica la construcción de la retroacción sobre otra forma de ineficacia más considerada con los actos onerosos.

En contra de la ratio generalizada de protección de los terceros a título oneroso y de buena fe se podría esgrimir el siguiente argumento: en la pura dinámica registral, el tercero protegido lo está contra otras personas (*versus dominus*) que tuvieron a su alcance la posibilidad de evitar el trato de favor (simplemente inscribiendo su derecho, anotándolo preventivamente...). En el caso de los actos realizados durante el período de retroacción ni uno (acreedores) ni otro (tercero de buena fe) pudieron evitar el perjuicio. En estas circunstancias, el legislador es libre de decidir si protege la seguridad de los créditos o la seguridad de las adquisiciones.

No obstante ello, el argumento no es definitivo. Todavía encuentro razones en favor del tercero. Al fin y al cabo, es totalmente ajeno a la insolvencia del deudor mientras que los acreedores están desde el principio implicados en la misma. El déficit de la garantía patrimonial es un riesgo asumido por todo acreedor. Y en la propia dinámica obligacional existen recursos contra la insolvencia: sistema de garantías del derecho crédito, acción subrogatoria, acción rescisoria contra otros adquirentes menos protegidos que el tercero a

(14) GORDILLO CAÑAS («El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario registral», en *ADC*, abril-mayo, 1998, pág. 595) recurre como fundamento de la protección del adquirente del quebrado a este principio registral.

título oneroso y de buena fe... El tercero, en cambio, no tiene recursos: en todos los sentidos es ajeno a la insolvencia. Se sigue predicando, pues, un criterio de política legislativa considerado con ellos.

Abordemos otras disfunciones de la retroacción. Esta vez conceptuales. La doctrina ha denotado desgarros de la misma nulidad como categoría. Lo que es todo rigor en el alcance «absoluto» de la nulidad, se relaja bastante en otros aspectos, buscando, ahora sí, la readaptación de la categoría conceptual a las exigencias concursales. Veamos, pues, dónde y cómo se produce la readaptación.

La primera desviación de los dogmas clásicos refleja la aplicación de la idea motriz de la retroacción: el interés de los acreedores. Aunque formalmente la nulidad se predica «plena», «automática, *ipso iure*»; de hecho, se construye «judicialmente» y «a instancia de» los síndicos de la quiebra, en los que se concreta la legitimación concursal. El planteamiento inicial que miméticamente se repite en las sentencias es de lo más ortodoxo: la nulidad no necesita ser declarada judicialmente y, además, opera *ipso iure* (15). En consecuencia, los síndicos pueden disponer de la cosa vendida como si no hubiese mediado la venta, ocupándola a los efectos correspondientes. No obstante ello, a la hora de la verdad, se recurre a una excusa de relleno para fijar la nulidad pretendida sobre bases judiciales. Con sutileza se argumenta que, a pesar de la incuestionable nulidad intrínseca —automática— de los actos de administración y disposición comprendidos en el período de retroacción, la declaración judicial es necesaria cuando alguien se resista a las consecuencias de la misma (16). Esto, desde luego, es obvio. Pero no se confundan los razonamientos. Una cosa es la necesidad o no de la acción judicial; esto es, que la fijación de la nulidad dependa o no de la valoración judicial; y otra cosa distinta la intervención judicial cuando alguien se oponga a las consecuencias restitutorias de la nulidad. Lo segundo significa «poner orden»; hacer que se cumplan las consecuencias de la nulidad. Lo primero, en cambio, se refiere a la fijación judicial de la nulidad: si hay o no causa de nulidad. Quizá lo que se pretenda con sutileza en materia de retroacción sea la valoración judicial de la nulidad. De todas maneras, una caracterización de este tipo se puede aceptar conceptualmente (17). Lo que ya no cabe es construir

(15) De lo más significativo, la declaración de principios de la STS de 10 de noviembre de 1983 (R.A. 1983); se dice que la nulidad además de operar *ipse legis potestate et auctoritate*, no precisa declaración judicial.

(16) Vid. SSTs de 15 de noviembre de 1991, A.C. 92-I, ref. 288 y 28 de octubre de 1996, A.C. 97-I, ref. 133.

(17) En este sentido, PASQUAU LIAÑO (*Nulidad y anulabilidad del contrato*, Madrid, 1997, pág. 200) acepta la siguiente distinción: «La que enfrenta las nulidades *ope legis*, que no requieren un pronunciamiento judicial para que el contrato pueda ser considerado por todos como nulo —sin perjuicio, desde luego, de que las contiendas suscitadas en

una extraña categoría en la que lo válido deviene nulo a instancia de los síndicos de la quiebra; se podría decir que ellos «constituyen» la nulidad, o que la nulidad se deja en sus manos. Este planteamiento no se manifiesta a las claras en la Jurisprudencia, pero sí puede notarse cierta tendencia a relacionar la ineficacia con la impugnación de los síndicos. Porque realmente mientras tanto el acto es válido y eficaz. Este planteamiento refleja, desde luego, el espíritu de la retroacción: el interés de los acreedores. Pero se aleja de la nulidad como categoría impuesta *ipso iure* por el ordenamiento. Lo nulo es nulo sin más; no porque así lo quieran los interesados. Furtivamente se están traspasando los límites conceptuales de la nulidad. Esto ya, como dice DELGADO ECHEVERRÍA, es una «ineficacia especial» (18).

Existen otras peculiaridades de la nulidad en la retroacción. Sin embargo, para terminar el muestreo, voy a centrarme en una cuestión que entiendo capital; los efectos de la nulidad.

Empecemos por el proceder ortodoxo. Si se aplica el alcance restitutorio previsto en el artículo 1.303, la «retroacción del acto» se traduce en la restitución de la cosa con sus frutos. Pero no se debería perder de vista las circunstancias especiales que rodean la retroacción, y que cuestionan la procedencia de la restitución de los frutos. Aquí la «nulidad» incide sobre actos válidos y eficaces; esto es, el deudor ha dispuesto según las reglas del juego, y por tanto, el bien entra «debidamente» en el patrimonio del adquirente. Y aún así, a pesar de que tiene la cosa conforme a Derecho, se le dice que la devuelva y, además, con sus frutos. Este régimen es contrario a la regla en materia de restitución. Los frutos no se exigen en la liquidación de la posesión «indebida». Tampoco en el cobro de lo indebido. Y en la retroacción —de nuevo por una inercia en el proceder— se están exigiendo nada menos que a un adquirente conforme a Derecho. Si nos situamos en los parámetros de los artículos 451 y siguientes del Código Civil, sólo el adquirente de mala fe debería restituir los frutos (los percibidos y los que se hubiesen podido percibir); y lo mismo si nos trasladamos al artículo 1.896.

Se nos puede argumentar en contra que el artículo 1.295 también establece la restitución de los frutos en la acción pauliana, próxima a la retroacción en su ratio protectora de los acreedores y operante también sobre actos válidos y eficaces. No obstante, lo dispuesto en el artículo 1.295 puede ser cues-

relación a su eficacia hayan de ser resueltas en sede judicial—, y las nulidades *ope iudicis* cuya apreciación, tal cual han sido concebidas por el legislador, requiere inexcusablemente una decisión judicial de carácter valorativo, de tal modo que la nulidad no fuera efecto de una pura o simple operación de subsunción de los hechos en la norma de nulidad, sino que comporta una decisión propiamente jurisdiccional, no predecible de antemano aunque se conocieran sin margen de duda todos los hechos concurrentes».

(18) DELGADO ECHEVERRÍA, *La nulidad de los actos del quebrado en el periodo de retroacción de la quiebra...*, cit., pág. 2498.

tionado. Ya desde GARCÍA GOYENA la doctrina ha dudado del encaje estricto del artículo 1.295 (1.172 del Proyecto de 1851) en la rescisión de los actos fraudulentos (19). Más bien se piensa estructurado para la rescisión por lesión. Entonces, se trata de organizar la ineficacia en interés de una de las partes contratantes. Todo queda *inter partes*. Pero la liquidación pauliana es por razones ajenas al negocio y por intereses ajenos (del acreedor). Hay que poner, por tanto, especial cuidado en buscar un punto de equilibrio que valore también el interés del adquirente, que se sacrifica, insistimos, por algo extraño. Desde esta perspectiva, es moderado restituir la cosa; y más desproporcionado, la cosa con sus frutos.

En esta línea de razonamiento, a mayor abundamiento, hay que tener en cuenta que el régimen de restitución previsto en los artículos 1.303 y 1.295 está pensado para la restitución recíproca, característica de los contratos sinalagmáticos. En ellos, parece coherente que el sinalagma estructural se reproduzca en la liquidación negocial: restitución recíproca de las cosas con sus frutos y del precio con los intereses. Pero este planteamiento no tiene encaje, por ejemplo, en las donaciones, precisamente una de las figuras estelares en materia de retroacción.

Tampoco la solución del artículo 1.307 —pensado también para obligaciones sinalagmáticas— encaja bien en las donaciones. A todas luces se aprecia desproporcionado imputar al donatario de buena fe la pérdida fortuita de la cosa en interés de los acreedores. Porque no es lo mismo restituir lo que se recibió que asumir la pérdida de la cosa en el patrimonio, y, además, devolver su valor.

Por último señalaré otro aspecto de la nulidad: la restitución recíproca de prestaciones, que en materia de retroacción se aplica con cierta especialidad; o mejor dicho, no se aplica. Quien contrató con el quebrado ha de reintegrar a la masa cuanto recibió, pero no puede exigir «recíprocamente» la restitución de lo dado por él. Sólo tiene un crédito como acreedor concursal; en pocas palabras, tiene que hacer cola con los demás para esperar turno (20). Se excluye, por tanto, una de las consecuencias características del artículo 1.303 en relación con el 1.308. Este proceder de la jurisprudencia puede cuestionarse con el siguiente argumento: el tercero obligado a la restitución en virtud de la ineficacia «enriquece» a la masa concursal. La equidad en el trato

(19) Vid. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos, y comentarios del Código Civil español*, Reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1974, pág. 627.

(20) Personalmente no he analizado exhaustivamente la Jurisprudencia en este punto. Pero, a juicio de DELGADO ECHEVERRÍA, es doctrina consolidada que quien contrató con el quebrado ha de reintegrar a la masa cuanto recibió, pero no puede exigir simultáneamente la restitución de lo dado por él. DELGADO ECHEVERRÍA, *Nulidad de los actos del quebrado...*, cit., pág. 2496.

recíproco exige que, a cambio de aquello, la masa restituya al tercero lo que dio; siempre y cuando, claro está, se trate de un tercero de buena fe. Esto evita el «enriquecimiento injusto» de la masa (21) o, si se prefiere, el «empobrecimiento injusto» del tercero.

En fin, aquí dejo la caracterización legal y jurisprudencial de la nulidad en la retroacción. Como mínimo se puede decir que es una nulidad bastante especial; distinta de la nulidad-invalidez. Y ni siquiera con tanta especialidad es una categoría que «funcione» en materia de reintegración de la masa de la quiebra. Muchas cuestiones se han quedado en el aire; simplemente se han esbozado, sin entrar en mayores puntualizaciones. Volveremos sobre ellas en su momento. Por ahora sólo he pretendido zarandear un poco los esquemas tradicionales de la retroacción para reconstruir después la reintegración de la masa de la quiebra sobre bases más reales.

Pero antes de emprender nuevos caminos, veamos si nuestro ordenamiento nos proporciona algunos senderos que acorten la andanza.

2. OTROS CAUCES LEGALES

2.1. *La anulabilidad*

Volvamos sobre algunos de los desgarros conceptuales de la nulidad en materia de retroacción. En concreto, fijemos nuestra atención en el espectacular cambio que supone el paso de la nulidad *ipso iure* a una ineficacia puesta a disposición de los síndicos de la quiebra. Se podría decir que ellos provocan la nulidad en interés de los acreedores; esto es, que la nulidad se deja en sus manos. No es que «*lo nulo sea nulo*». Más bien deviene nulo a instancia de los síndicos. Esto también ocurre en la disciplina de la anulabilidad, en la cual existe una persona designada por la ley que decide sobre la anulación del acto o negocio. Por ello no es extraño que la ineficacia de los actos del quebrado prevista en el artículo 878.2 del Código de Comercio se haya querido reconducir de la nulidad absoluta y plena a la anulabilidad (22).

Realmente la coincidencia existe (23). La anulabilidad y la ineficacia en interés de los acreedores no actúan automáticamente; es decir, no es que el

(21) En este sentido, DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*, pág. 2496.

(22) En esta línea de pensamiento, la doctrina predica la anulabilidad como mejor solución frente a la nulidad absoluta y plena. Pero los planteamientos doctrinales no se detienen aquí. Finalmente se aboga por la caracterización de una ineficacia «especial» en materia de reintegración de la masa de la quiebra. Vid. MARTÍN REYES, *La retroacción absoluta de la quiebra...*, cit., pág. 138 y sigs.; BELTRÁN SÁNCHEZ, «Hipoteca, ejecución separada y reintegración de la masa», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, T. III, pág. 3498.

(23) Vid. ALCOVER GARAU, *La retroacción de la quiebra*, Madrid, 1996, pág. 32.

ordenamiento determine la ineficacia, sino que la misma es una facultad o derecho potestativo de impugnación puesta en manos de determinadas personas. Pero este rasgo común no debe enturbiar los planteamientos conceptuales: mientras la anulabilidad es una ineficacia estructural que afecta al negocio, la ineficacia característica de la reintegración de la masa de la quiebra es funcional o de protección. Actúa sobre actos o negocios estructuralmente bien formados y de los que no cabe predicar, al tiempo de su celebración, irregularidad alguna. El punto de partida conceptual es, pues, bien distinto (24). Esto hace dudar del encaje de esta ineficacia de protección en la categoría de la anulabilidad. Por razones parecidas dudamos también del acierto legal en caracterizar como anulabilidad la ineficacia de actos cuya irregularidad no es otra que la falta de poder de disposición. La anulabilidad del artículo 1.322.1.º del Código Civil no es propiamente tal, sino meramente ineficacia. El alcance de esta matización de los planteamientos legales se comprende y explica si se llega a distinguir entre los elementos constitutivos del negocio y los meros presupuestos para su eficacia.

Desde otra perspectiva, se utiliza la idea de «incapacidad» del quebrado para buscar encaje conceptual en el ámbito de la anulabilidad. No obstante, ya hemos rechazado este planteamiento que, en realidad, no constituye más que una ficción forzada sobre incapacidades que funcionan retroactivamente.

Además, ninguno de los problemas funcionales que provoca la nulidad en materia de retroacción se salvarían reconduciendo los planteamientos a la anulabilidad. En definitiva, una vez que se anula el acto, los efectos y alcance de la ineficacia serían los mismos que los de la nulidad (art. 1.303 y siguientes del Código Civil). Por aquí terminamos donde empezamos.

Todo ello nos lleva a reconducir la ineficacia en interés de los acreedores hacia otros derroteros distintos de la invalidez.

2.2. *La llamada acción pauliana y sus derivados concursales: artículos 879 y siguientes del Código de Comercio*

El siguiente paso en nuestro recorrido hacia una caracterización del sistema de reintegración de la masa de la quiebra es necesariamente la acción pauliana prevista en los artículos 1.111 y 1.291.3.º del Código Civil. Veamos lo que significa: su fundamento, presupuestos y alcance. Y, sobre esta base conceptual y funcional, precisemos su relación de parentesco con las acciones de los artículos 879 y siguientes del Código de Comercio.

(24) En el mismo sentido, SANCHO GARGALLO, *La retroacción de la quiebra...*, cit., pág. 236.

En otras palabras, se trata de depurar el significado esencial de la pauliana; y entonces se podrá contar o no con ella como núcleo conceptual de una categoría genérica de ineficacia en interés de los acreedores. Acotemos, pues, sus límites conceptuales y verifiquemos si en ellos tienen cabida acciones concursales en interés del conjunto de acreedores. En concreto, las del Código de Comercio. Y en general, otras «posibles» acciones de reintegración de la masa concursal que ya están en la mente del legislador (25).

Analizaré, en primer lugar, los presupuestos tradicionales de la acción pauliana: perjuicio y fraude. Se podrá comprobar una tendencia progresiva hacia la objetivación, hasta el punto de sustentar la pauliana en el perjuicio al acreedor. Y en este sentido podemos calificarla como una ineficacia de protección, y no de sanción de comportamientos fraudulentos. Y desde esta misma perspectiva de protección del crédito se perfila también el régimen restitutorio sobre bases características, y no en las propias de la invalidez negocial.

2.2.1. Fundamento de la acción pauliana: del fraude al perjuicio

a) El fraude

La caracterización de la acción pauliana está tradicionalmente unida a la idea de fraude. El artículo 1.291.3.º del Código Civil habla de rescisión de los contratos «**celebrados en fraude de acreedores**». Y los artículos 1.297 y 1.298 vuelven a reiterar los mismos planteamientos fraudulentos. Abordemos, pues, el significado concreto de fraude, desde la doble perspectiva del deudor y su contraparte en el acto perjudicial para el acreedor.

Por lo que respecta al deudor, la jurisprudencia adopta planteamientos «netamente» subjetivos, exigiendo «intención de perjudicar», «propósito de defraudar», «obrar a sabiendas o mala fe o designio fraudulento». Estamos, pues, en territorios extremos, rozando el «dolo malo» (26). Aunque también se conocen posturas jurisprudenciales intermedias que, acordes con las tendencias doctrinales más objetivas, interpretan el fraude como simple conocimiento del perjuicio sin la concurrencia de malicia (27).

(25) Se conocen ya varios anteproyectos de reforma de la materia y, en particular, la última aportación es la propuesta de anteproyecto de Ley concursal redactada por el profesor ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, publicada en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior, año L, suplemento al número 1768, de 15 de febrero de 1996. La tendencia legislativa camina hacia la unificación del concurso civil y mercantil y, al mismo tiempo, se predica la unificación de la normativa sustantiva y procesal.

(26) Sobre la jurisprudencia en la materia, puede consultarse, ORDUÑA MORENO, *La acción rescisoria por fraude de acreedores...*, cit., pág. 64 y sigs.

(27) En esta línea jurisprudencial se sitúa la sentencia de 23 de octubre de 1990: «no es necesario acreditar un *animus nocendi*, siendo suficiente que el deudor sepa o se

La tendencia jurisprudencial hacia la objetivación está decisivamente influida por las aportaciones doctrinales en la materia. Se ha defendido en esta línea de pensamiento que el deudor actúa fraudulentamente si se percata de que es insolvente o devendrá en tal situación si realiza un determinado acto y, aun a sabiendas del perjuicio que ocasiona, lo lleva a cabo. Igualmente se estima que si el deudor conoce la relación causal entre el acto y el perjuicio, actúa también fraudulentamente (28). Todavía se da un paso más y a la consciencia real sobre el perjuicio se equipara la que «debería haber tenido» (29). La objetivación está servida. Ya es fácil estirar el deber de diligencia hasta donde sea necesario; incluso hasta una identificación casi automática entre el perjuicio y la negligente actuación (30).

Otro tanto ocurre con el planteamiento del profesor DE CASTRO. A primera vista defiende un criterio subjetivo moderado. No identifica el fraude con la intención del perjuicio ajeno sino con la del propio beneficio. El propósito del deudor de salvar su patrimonio de «las garras de los acreedores» basta para adjetivar la actuación como fraudulenta. Pero, sentada esta base subjetiva, DE CASTRO incide en la relación causal entre la actuación fraudulenta y el perjuicio pauliano: la disminución intencional del patrimonio está dirigida («ocasiona») la insolvencia (31). De nuevo la objetivación está próxima: se prescinde de la intención dolosa de perjudicar. O mejor dicho, se sustituye por una

percate de que, con el acto realizado, no le quedan bienes bastantes para el pago de sus acreedores, lo que, según se dice, se constató por la propia manifestación del acto de embargo». Para otras referencias jurisprudenciales en la materia, vid. MARTÍN PÉREZ, *La rescisión del contrato...*, cit., pág. 376, nota 1136.

(28) TRAVIESAS, «La acción pauliana», en *RGLJ*, 1929, pág. 103.

(29) Vid. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil*, T. II-1, Barcelona, 1994, pág. 221 y sigs.; CRISTÓBAL MONTES, *La vía pauliana*, Madrid, 1997, pág. 147; MARTÍN PÉREZ, *La rescisión del contrato...*, cit., pág. 374; MORENO QUESADA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, T. XVII-2, pág. 132; LOHMANN LUCA DE TENA, *Apuntes para una distinta aproximación a la acción pauliana...*, cit., pág. 491.

(30) En este sentido son significativas las palabras de LOHMANN LUCA DE TENA (*Apuntes para una distinta aproximación a la acción pauliana...*, cit., pág. 491): «Estos deberes de conocimiento vienen a explicarse como carga de previsión. No se exige, pues, que el deudor tenga en mente la determinación resuelta y de mala fe, decisión de dañar en suma, mediante la ocultación de su patrimonio, escondiéndolo y poniéndolo fuera del alcance del acreedor; no se requiere que el acto se haga *ex profeso* para perjudicar. Inclusive, puede haber procedido de buena fe, no obstante lo cual, el acto es impugnabile, si fuera gratuito, o de ser oneroso, si el adquirente actúa de mala fe (porque conociendo el perjuicio no lo ha impedido, sino que ha colaborado con ello). Acaso no haya intención de dañar, pero se debe saber que tal vez se pueda dañar. Puede faltar un designio nocivo de causar mal, más tampoco hay inocencia; hay una negligente ignorancia de la propia situación patrimonial y sobre los efectos que se pueden causar a terceros. Se parte de que un sujeto, dadas determinadas circunstancias, tenía el deber de conocer la posible lesión al interés del acreedor y ha hecho caso omiso a tal interés jurídicamente tutelado...».

(31) DE CASTRO, *La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial...*, cit., pág. 221 y sigs.

actuación en interés del deudor que, finalmente, se concreta en el perjuicio de los acreedores. Entre líneas —entre cuestiones de causalidad— el fraude se traduce en perjuicio.

Estas propuestas doctrinales sólo constituyen, sin embargo, manifestaciones de «objetivación del subjetivismo»: no se prescinde abiertamente de la actitud del deudor frente al perjuicio del acreedor. Simplemente se objetiva. Aunque, de facto —sin que se note mucho— es fácil prescindir de la actitud fraudulenta del deudor: basta con estirar el deber de diligencia o centrar la cuestión en la relación de causalidad entre el acto y el perjuicio.

En esta línea de objetivación moderada del fraude se encuentra el profesor ORDUÑA MORENO. Después de desechar el concepto de fraude intencional, construye la acción pauliana sobre otro elemento subjetivo que identifica con: «una noción de culpabilidad como juicio de reproche de las conductas implicadas en el ilícito fraudulento. En este sentido, el fraude en su acepción de sanción lleva ínsito este juicio de reproche que determina la imputación de las consecuencias derivadas del "daño injustificadamente causado"» (32). Parece deducirse de ello que el deudor comete una infracción ilícita, aunque no se precisa del todo cuál sea el deber o la norma infringida. Quizá sea un deber próximo al de diligente conocimiento del daño ocasionado a los acreedores. De todas maneras, ORDUÑA permanece atado a planteamientos subjetivos.

En general, en la doctrina se aprecia cierta resistencia a prescindir de las valoraciones subjetivas sobre la conducta del deudor; y sólo si existe intención, negligencia, actuación ilícita..., se estima procedente la vía pauliana en protección del acreedor. El perjuicio se relaciona necesariamente con el comportamiento fraudulento del deudor, apreciado con distintos matices subjetivos: mala fe fraudulenta o cognoscitiva.

Al respecto, son bastante significativas las palabras del profesor CRISTÓBAL MONTES: «Que para que un acreedor pueda ocurrir a la acción revocatoria, se requiere que haya sufrido perjuicio patrimonial (*eventus damni*) por el acto dispositivo del deudor es tan natural como que éste haya actuado fraudulentamente. Perjuicio del acreedor y fraude del deudor se presentan, de esta manera, como las dos piezas imprescindibles del mecanismo pauliano, porque tan absurdo sería que el acreedor impugne, si puede, cobrar cómodamente con cargo a otros bienes, como que el deudor se vea atacado cuando en su actuar dispositivo no haya habido ningún factor subjetivo orientado a dañar a dicho acreedor» (33).

(32) ORDUÑA MORENO, *La acción rescisoria por fraude de acreedores...*, cit., pág. 140.

(33) CRISTÓBAL MONTES, *La vía pauliana...*, cit., pág. 139.

Frente a esta inercia en el pensar, resulta significativo el planteamiento abiertamente objetivo defendido por la profesora JEREZ DELGADO (34). Yo también, respecto al deudor, soy partidaria de una objetivación a las claras. Este planteamiento se justifica sobre la base de las siguientes consideraciones: el conflicto pauliano es complejo. Están implicados el acreedor, el deudor, y su contraparte en el acto de administración o disposición perjudicial. El interés del acreedor se concreta en la ineficacia del acto perjudicial; y esto se contrapone a dos bandas con el interés en la conservación del acto: del deudor y de la contraparte. Los dos están interesados en lo mismo y sin embargo, creo que hay que mirarlos con distintos ojos, porque, en definitiva, la implicación de uno y otro en la insolvencia no es de igual rango. La ratio de seguridad del tráfico jurídico —consolidación de lo válido y eficaz— que se justifica para la contraparte, no tiene el mismo alcance para el deudor. La falta de bienes para cobrar es una cuestión de los acreedores: un mal augurio que los ronda; una posibilidad con la que tienen que contar, un «riesgo» que asumen. Pero la insolvencia también es una «cuestión del deudor». No porque haya actuado con malicia, negligencia o infracción de la norma, sino porque, objetivamente, en relación al deudor, tiene más peso el perjuicio de los acreedores que la consolidación del acto de administración o disposición. Bien es verdad que se trata de impugnar un acto válido y eficaz del deudor, pero para compensar su propia insolvencia. El perjuicio es una «razón de peso» para inclinar, sin más consideraciones subjetivas, la balanza a favor de los acreedores. Y esto que a las claras parece tan ajeno a la caracterización tradicional de la acción pauliana es lo que, en definitiva, está latente en los planteamientos doctrinales anteriormente analizados que responden a «criterios subjetivos con vocación objetiva». La objetivación «abiertamente» defendida tiene, además, el respaldo de un sector autorizado de la doctrina (35). Incluso, la historia de la pauliana nos ofrece puntos de referencia objetivos (36).

(34) JEREZ DELGADO, *LOS actos jurídicos objetivamente fraudulentos...*, cit., págs. 36-40 y 172-174, entre otras.

(35) Esta es la tesis defendida por la profesora JEREZ DELGADO, *LOS actos jurídicos objetivamente fraudulentos...*, cit.

(36) ORDUÑA MORENO (*La acción rescisoria por fraude de acreedores...*, cit., págs. 134 y 135) observa que la perspectiva objetiva fue una constante en el desenvolvimiento y progreso técnico de la acción rescisoria. Para constatar esta afirmación se refiere al «testimonio paradigmático del *interdictum fraudatorium*, donde el predominio de este enfoque objetivo operaba la sanción del fraude a través de los presupuestos objetivos del interdicto representados por el *eventus damni*, perjuicio causado al acreedor por la insolvencia patrimonial del deudor tras la *venditio bonorum* y la *scientia fraudis*, concretada en el conocimiento que el adquirente (tercero) tenía acerca del estado de insolvencia o de la insuficiencia patrimonial del deudor». La persistencia de este enfoque objetivo del fraude se mantuvo, según ORDUÑA, en las Partidas a través de dos presunciones de fraude *iuris et de iure*. La primera presunción en el supuesto de enajenación a título oneroso de la totalidad de los bienes pertenecientes al deudor, realizada con posterioridad

En definitiva, por lo que respecta al deudor, me inclino por prescindir de todo elemento subjetivo en la caracterización de la acción pauliana. Si se analiza directamente el conflicto deudor-acreedor, la cuestión se objetiva bastante. La insolvencia es un riesgo del acreedor, pero sólo si el deudor no tiene bienes; y justamente a través de la acción pauliana, se corrige el vacío patrimonial. La insolvencia es también un riesgo del deudor que debe soportar la ineficacia de un acto válido en interés de su acreedor. El deudor insolvente sigue siendo «deudor», y, por tanto, todavía «responde» mediante la ineficacia sobrevenida. Y así, objetivamente, está implicado en el perjuicio pauliano.

Otra cosa distinta es que la actitud subjetiva del deudor sirva para concretar y fijar la implicación del adquirente en el perjuicio pauliano. Pero esto es sólo una valoración indirecta que ni siquiera es necesaria siempre.

Los planteamientos varían significativamente frente a la contraparte del deudor —el adquirente del bien—, mucho más ajeno —jurídica y económicamente— al perjuicio del acreedor. Ahora las cosas se complican. La razón de la ineficacia debe trascender al tercero, por lo cual, no se puede fundamentar sólo en la insolvencia del deudor. Hace falta, pues, una justificación técnica, una «razón jurídica», que explique la ineficacia, o mejor dicho, la haga trascender al tercer adquirente. Además, ha de ser una «razón de peso» que consiga vencer la inercia jurídica hacia la consolidación de lo válido y eficaz. Busquemos, pues, este «comodín», particularizando la carta de gracia según la naturaleza del acto perjudicial.

En los actos a título lucrativo —tomemos como referencia la donación— se produce una pugna entre el perjuicio del acreedor y un «enriquecimiento sin costos» —que no sin causa— del donatario. La partida la gana —o debería ganarla— el primero por razones de equidad. En este sentido, se propugna la interpretación objetiva del artículo 1.297 del Código Civil, trasladando la ratio de la ineficacia desde el fraude al perjuicio (37). Volveremos más adelante sobre el significado y alcance de la equidad a estos efectos.

a la condena de pagos de sus deudas motivada por la reclamación judicial del acreedor. La segunda, con igual eficacia *iuris et de iure*, decretaba el fraude en el supuesto de la enajenación de los bienes del deudor a título gratuito. En la misma línea objetiva en la interpretación histórica del fraude, vid. D'ORS, *El interdicto fraudatorio en el Derecho romano clásico*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Roma-Madrid, 1974, pág. 136 y sigs.; DE CASTRO *La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial...*, cit., pág. 217) también predica la objetivación, pero particularizando el razonamiento en materia de enajenaciones a título gratuito (art. 643 del Código Civil). En cambio, KIPP («Impugnación de los actos *in fraudem creditorum*, en Derecho romano y en el moderno Derecho alemán, con referencia al Derecho español», en *BDP*, 1924, págs. 4 y 6) mantiene una postura más subjetiva en la interpretación del Derecho romano, vinculando la acción rescisoria a la actuación dañosa intencional del deudor.

(37) En la misma línea objetiva: DE CASTRO, *La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial...*, cit., pág. 214 y sigs.; ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil*, II-1.º, Bar-

Respecto a los actos a título oneroso, la ratio de decisión varía significativamente porque el interés del acreedor exige ahora el sacrificio de un interés especialmente protegido por el ordenamiento: el del adquirente a título oneroso y de buena fe. Entonces —por exigencias del principio de seguridad del tráfico jurídico— la batalla la gana —o debería ganarla— el adquirente a título oneroso.

Pero todavía no está todo dicho en torno a los actos onerosos. Se debe profundizar un poco más en el razonamiento y, prescindiendo de formalismos, indagar el verdadero alcance de la onerosidad en algunos supuestos especialmente conflictivos. En un primer momento se puede pensar que si existe onerosidad —reciprocidad causal entre las contraprestaciones o, si se prefiere, intercambio sinalagmático— no se produce perjuicio pauliano: el vacío que deja el bien que sale del patrimonio del deudor se compensa con la contraprestación que entra. La situación del acreedor no se modifica. No obstante, su lógica, este planteamiento desconoce o ignora la ratio económica que subyace en la acción pauliana que persigue, en definitiva, remediar un perjuicio económico: la disminución del «valor» de la garantía patrimonial. Hay que ahondar, pues, en esta línea de pensamiento y, prescindiendo de la onerosidad causal del acto, valorar si se produce una equivalencia material —«económica» o de «valor»— entre las contraprestaciones. En la medida en que se produzca una desproporción significativa entre el valor de lo que sale y entra en el patrimonio del deudor, se produce perjuicio pauliano. Y desde la otra cara de la moneda, —desde la perspectiva del adquirente— existe un enriquecimiento —con causa onerosa, pero a bajos costes— que justifica, al igual que en la donación, la ineficacia del acto en interés del acreedor.

Con el mismo criterio de valoración del perjuicio pauliano, el concepto de insolvencia se relativiza todavía más. Y así también, un intercambio de bienes compensado económicamente puede ser causa u ocasión de la insolvencia si lo que entra en el patrimonio del deudor es un bien de fácil realización u ocultación: por ejemplo, dinero (38). También en este caso, desde una perspectiva realista, el vacío patrimonial se puede relacionar con el intercambio compensado en valor del bien por dinero, que después desaparece.

No obstante, ahora, el perjuicio del acreedor se enfrenta a un sacrificio económico del adquirente, el cual ha desembolsado un valor apropiado a cambio del bien. Las razones de seguridad del tráfico jurídico —o, mejor dicho, la protección de la buena fe en el tráfico— vuelven las tornas hacia la

celona, 1994, pág. 224 y sigs.; MORENO QUESADA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales...*, cit., pág. 135; MARÍN PÉREZ, *La rescisión del contrato...*, cit., pág. 380.

(38) Vid. FERNÁNDEZ CAMPOS, *El fraude de acreedores...*, cit., pág. 185 y sigs.

consolidación de lo válido-eficaz, y además, oneroso para el bolsillo del adquirente. Se necesita, pues, otra justificación, otro «plus» que explique la ineficacia: la mala fe del adquirente. Con mala fe no se le permite ganar la partida. Gana, pues, el acreedor. Aquí, precisamente, es donde el «fraude» da paso a la ineficacia de lo válido. De todas maneras, se deben precisar los contornos especiales del fraude pauliano en dos sentidos distintos.

En primer lugar, la mala fe del adquirente no se identifica necesariamente con la idea de fraude entendido como confabulación o coautoría con el deudor en la ocultación del dinero. A los efectos de la ineficacia pauliana, basta el conocimiento de la intención fraudulenta del deudor, aunque el adquirente no esté implicado en la operación: ni la organiza ni saca beneficio propio de ella (39). El fraude intencional del deudor se utiliza para concretar o fijar indirectamente la mala fe del adquirente: lo será si conoce las maniobras fraudulentas del deudor en perjuicio de los acreedores. Pero no se trata de que la actitud subjetiva del deudor en relación al perjuicio fundamente la ineficacia pauliana. Desde la perspectiva del deudor, la ineficacia funciona objetivamente. Como ya he dejado dicho, en la confrontación directa entre el interés del acreedor y el interés del deudor siempre gana el primero; o, mejor dicho, debería de ganar. El deudor sigue siendo «responsable» y, por tanto, responde a través de la ineficacia sobrevenida. Primero es pagar y después los propios intereses patrimoniales. Por consiguiente, el punto de inflexión de lo válido y eficaz es la mala fe del adquirente. Lo que ocurre es que la misma se concreta por referencia a la actuación fraudulenta del deudor. El adquirente actúa de mala fe porque —indirectamente— participa con conocimiento de causa en el fraude ajeno. La relación del adquirente con el acto fraudulento es sólo mediata. El negocio de intercambio de cosa por dinero en cuanto materialmente oneroso, no constituye la causa directa de la insolvencia. Sólo allana el camino del deudor, al que ya resulta fácil ocultar el dinero obtenido en perjuicio de sus acreedores. La implicación de adquirente en el perjuicio pauliano es, pues, indirecta (40).

(39) En general la doctrina ha precisado la evolución significativa del concepto de fraude pauliano desde la actuación perjudicial intencionada hasta la mera consciencia del perjuicio; vid. ORDUÑA MORENO, *La acción rescisoria...*, cit., pág. 117 y sigs.; CRISTÓBAL MONTES, *La vía pauliana...*, cit., pág. 153 y sigs.

(40) En el ordenamiento alemán se admite una relación de causalidad mediata o indirecta a los efectos de la ineficacia en protección de los acreedores. Así, INSOLVENZORDNUNG (INSO) de 5 de octubre de 1994, distingue entre actos jurídicos directamente perjudiciales (parágrafo 132) y acto intencionado, indirectamente perjudicial (parágrafo 133, I en relación con el 142). Esta tendencia hacia una concepción amplia de la causalidad en materia de rescisión en interés de los acreedores es defendida por FERNÁNDEZ CAMPOS, *El fraude de acreedores: la acción pauliana...*, cit., pág. 198; LOHMANN LUCA DE TENA, *Apuntes para una distinta aproximación a la acción pauliana...*, cit., pág. 489; CRISTÓBAL MONTES, *La vía pauliana...*, cit., pág. 132.

En fin, la actuación del adquirente puede alcanzar distintos grados de implicación en los hechos que determinan el perjuicio pauliano: bien el máximo, la preparación de la insolvencia en confabulación con el deudor; bien el mínimo, el conocimiento de que el propio deudor la busca intencionadamente. En este grado, el fraude se rebaja bastante: no es que la causa del acto de disposición sea ilícita —el acto causalmente predeterminado al perjuicio—; sólo significa actuación con conocimiento de causa. El acto se realiza sabiendo que el deudor persigue el perjuicio del acreedor. Y esto encierra una significativa objetivación del «fraude». Ni existe «confabulación» ni «beneficio» en el mismo. Parece, pues, más apropiado hablar de mala fe, porque propiamente la actuación no es fraudulenta.

Esta relación mediata con el perjuicio pauliano permite reconducir la actuación de la contraparte del deudor al ámbito estricto de la ineficacia. Se podría pensar que el adquirente que actúa con conocimiento de causa del perjuicio ajeno acepta implícitamente el riesgo de la ineficacia. Lo que, a mi entender, resulta ya más forzado es hablar de actuación ilícita o culposa —de responsabilidad— respecto al adquirente, cuando directamente no está implicado en la insolvencia y, además, se encuentra en un contexto socio-económico fundado en la competencia, que permite e incentiva la realización de actividades económicas potencialmente perjudiciales (41). Según este planteamiento se rescinde por razones objetivas —riesgo asumido de la ineficacia— y no por razones subjetivas de imputación de las consecuencias de la conducta ilícita. El que ocasiona ilícitamente la insolvencia es el deudor que oculta fraudulentamente los bienes. En cambio, la actuación del adquirente no está dirigida a provocar la insolvencia: la malversación u ocultación de dinero. Sólo existe una relación de causalidad indirecta, y más objetiva que subjetiva, con el ilícito. Sobre la base de estas consideraciones, cabe la siguiente distinción conceptual: el deudor **responde** del fraude sobre la base y el alcance de la **ilicitud**. El adquirente que actúa con conocimiento de causa **asume** la **ineficacia pauliana** (42). Esta distinción tiene consecuencias importantes a la hora de determinar el régimen de la acción pauliana: el primero responde de los daños ocasionados. El segundo soporta las consecuencias característi-

(41) Sobre la distinción entre el significado de la culpa y la mala fe a estos efectos, vid. GALLOPPINI, «Appunti sulla rilevanza della regola di buona fede in materia di responsabilità extracontrattuale», en *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, pág. 648 y sigs.

(42) Sobre esta distinción y, en general, sobre las divergencias características entre el mecanismo de la reintegración del derecho —de la situación jurídica vulnerada— y el resarcimiento del daño, vid. SCOGNAMIGLIO, «Il risarcimento del danno in forma specifica», in *Studi in onore di Messineo*, I, Milano 1959, pág. 528 y sigs.; MANDRIOLI, «Il risarcimento del danno in forma specifica», en *Riv. dir. comm.*, 1922, I, pág. 353 y sigs.; CARRASCO PERERA, «Restitución de provechos»: parte primera, en *ADC*, 1987, T. II, pág. 1155 y sigs.; y parte segunda, *ADC*, 1988, T. I, pág. 5 y sigs.

cas de la ineficacia sobre la cosa o el enriquecimiento subrogado. Entre ambos regímenes —el de responsabilidad y el de ineficacia— se producen puntos de encuentro y, en ocasiones, superposiciones (43). Pero conceptualmente se deben guardar las distancias y, allí donde las haya, respetar las respectivas especialidades (44).

Por otra parte, el objeto de la mala fe se concreta en la lesión de unas meras expectativas de cobro, sin una protección formalizada en el ámbito de la garantía patrimonial. Estamos, pues, a medio camino entre lo extrajudicial —el mero perjuicio económico—, carente de tutela jurídica, y el interés protegido como facultad o derecho —objeto de una tutela formal—. El patrimonio del deudor no está afecto a la deuda. El acreedor no tiene un derecho sobre el mismo. Ni siquiera tiene una facultad de controlar la gestión patrimonial del deudor. Hasta que la insolvencia no se formaliza judicialmente en un procedimiento concursal, no existe —insistimos— afectación patrimonial. El acreedor sólo tiene una expectativa de cobro. Y, sin embargo, ésta se protege por encima de la lógica del sistema —validez y eficacia del acto de disposición— por razones de justicia material. También la relación causal toca tierra: se diluye tanto el formalismo jurídico que el mero conocimiento del perjuicio es suficiente para justificar la ineficacia de lo válido y eficaz. Se puede pensar por ello que la rescisión está más próxima a la equidad —rescisión para reparar un perjuicio— que a la sanción del comportamiento ilícito. La equidad actúa, pues, como válvula de escape del sistema. Se profundiza más allá de lo formalmente lícito y con una ratio de equidad se decide sobre una situación conflictiva. Decía LUTERO que la equidad debe presidir el derecho. Pues yo particularizo este pensamiento: la equidad debe presidir la ineficacia pauliana buscando soluciones ajustadas entre la protección del crédito y la seguridad del tráfico jurídico, que después se convierten en la ratio de lo normado.

(43) La ineficacia pauliana persigue la protección del interés del acreedor; dicha finalidad se concreta en la realización de las expectativas de cobro sobre la cosa arrebatada de la garantía patrimonial del deudor. Existe, pues, una estrecha vinculación entre el régimen de ineficacia y la cosa. Que las expectativas del acreedor se realicen —por economía jurídica— en el patrimonio de la contraparte que es donde se encuentra el bien, no resta fuerza al binomio ineficacia-cosa. Y de la mano de la cosa surgen en cascada las cuestiones de los frutos, de los gastos, de las mejoras, e, incluso, la restitución del valor por pérdida o deterioro de la cosa. Pero obsérvese que todas estas consecuencias se concretan en relación a la cosa o, como dirían los alemanes, en relación a la prestación. En cambio, la pregunta característica del régimen de responsabilidad es mucho más amplia —cualitativa y cuantitativamente— y se refiere al resarcimiento de todos los daños derivados del hecho ilícito.

(44) En el ordenamiento francés se observa cierta tendencia jurisprudencial y doctrinal a diluir la cuestión de la ineficacia en el ámbito de la responsabilidad por ilicitud. Sobre todo, porque la ineficacia del acto se entiende —equivocadamente— como una reparación específica o *in natura* del daño. Vid. GHESTIN, *Traité de Droit civil, Introduction Generale*, T. I, Paris, 1983, pág. 690 y sigs.

El conflicto de intereses también adquiere matices peculiares en las situaciones de colisión de créditos cuando se trata de impugnar un «pago debido» pero anticipado (art. 1.292 del Código Civil). En esta situación, lo objetivo —infracción de las reglas de cobro— justifica la ineficacia del pago anticipado, prescindiendo de valoraciones subjetivas del comportamiento del deudor y del propio acreedor beneficiado por dicho pago (45). Entre acreedores entre pares, se deben respetar objetivamente las reglas de cobro (46).

En fin, dejando a un lado valoraciones propias de política legislativa (qué actos se impugnan, con qué alcance y consecuencias...), lo que quiero destacar fundamentalmente en este momento es el cambio de perspectiva en la caracterización de la pauliana: la cuestión se plantea con una filosofía objetiva en términos de conflicto de intereses. El perjuicio del acreedor frente a la eficacia del acto de disposición y administración del deudor, en lo que también está implicada la contraparte. El punto de partida prescinde, pues, de valoraciones subjetivas, fraudulentas. Y se centra en el perjuicio pauliano. Se trata de impugnar actos válidos con fundamento en el perjuicio, y no en el fraude (47). Estamos, en definitiva, ante una ineficacia de protección, y no de

(45) Sobre la ratio objetiva del artículo 1.292 del Código Civil, vid. Díez-Piçazo, «El pago anticipado», en *RDN*, 1959, julio-septiembre, pág. 114; MARTÍN PÉREZ, *La rescisión del contrato...*, cit., pág. 387.

(46) JEREZ DELGADO resalta la distinción de trato entre los acreedores por cuenta de obligaciones vencidas y exigibles y los restantes acreedores (deudas no exigibles, condicionales...) a los efectos del artículo 1.292 del Código Civil. Los primeros estarían especialmente protegidos —pagos inatacables por la vía pauliana—. La distinción de trato se explica por las características de la acción pauliana en la que sólo se enfrentan los intereses de dos acreedores: el del crédito vencido y el del no vencido; y con una ratio, propia del conflicto pauliano —perjuicio del primero frente a beneficio del segundo—, la balanza se inclina a favor del acreedor de deuda vencida y exigible. Vid. JEREZ DELGADO, *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos...*, cit., págs. 352-353. Pero el interés del acreedor particular también se puede entender referido a una situación de igualdad de trato. Si el conflicto se plantea entre dos acreedores de deudas vencidas y exigibles, no encuentro razón fundamental para que uno cobre en perjuicio del otro cuando los dos tienen la misma condición. Desde esta perspectiva, la ratio de la impugnación de los actos solutorios debería ser la situación de insolvencia: «no hay para todos» o, en el caso de la rescisión pauliana, «no hay para los dos acreedores» y se deberían actuar, por tanto, las reglas paritarias propias del conflicto entre acreedores. Al menos desde un planteamiento conceptual cabe la impugnación no sólo de los pagos anticipados sino también de los de deudas vencidas y exigibles realizados en situación de insolvencia de hecho. Uno y otros ocasionan perjuicio pauliano. Otra cosa distinta es la dificultad para generalizar el conflicto concursal fuera del procedimiento. Estas dificultades —de organización de todos los intereses concursales— son las que determinan que se reconduzca al concurso formal la impugnación de los pagos contrarios a las reglas paritarias de cobro en un intento, insistimos, de globalizar ordenadamente el conflicto de acreedores.

(47) En general, sobre la progresiva relevancia del perjuicio en la caracterización de la acción pauliana, vid. DE CASTRO, *La acción pauliana...*, cit., pág. 202; MORENO QUE-SADA, *Comentarios al Código Civil...*, cit., pág. 90; MARTÍN PÉREZ, *La rescisión del contrato...*, cit., pág. 380; CRISTÓBAL MONTES, *La vía pauliana...*, cit., pág. 57; ORDUÑA

sanción de comportamientos fraudulentos (48). Este punto de partida objetivo permite aclarar los planteamientos —romper con dogmas tradicionales que ahogan a la pauliana y conducen a soluciones forzadas y ficticias—. Esto que se predica no significa desterrar por completo las valoraciones subjetivas del ámbito de la pauliana. La ineficacia funcionalmente está orientada a remediar el perjuicio pauliano. Este es su punto de arranque conceptual. Pero no basta —como se ha visto— con esta explicación inicial. Además hace falta justificar la ineficacia frente a la contraparte del deudor en el acto perjudicial. Entonces, se actúa con distintos criterios, según la naturaleza del acto: objetivos para rescindir el acto que lo enriquece sin costes o a bajos costes; y criterios subjetivos, en relación a los actos a título oneroso. En este caso, se protege la buena fe en el tráfico jurídico y sólo la actuación fraudulenta del adquirente —o en su versión cognoscitiva, la mala fe— justifica la rescisión. Pero ya el fraude no caracteriza conceptualmente la acción pauliana. Sólo es un criterio, entre otros, de concreción del alcance del perjuicio pauliano: cuando no existen razones objetivas en favor de la ineficacia del acto perjudicial —perjuicio frente a enriquecimiento sin costes o a bajos costes—, el fraude en sentido amplio es la ratio que justifica la ineficacia; y, claro está, si la balanza ya está inclinada en favor de la ineficacia por razones objetivas, el fraude acentúa las consecuencias de la misma. No obstante, insistimos, el principio configurador de la pauliana es el perjuicio, y el fraude sólo constituye un criterio más de valoración de la relevancia del mismo o de sus consecuencias. Y además se trata de un fraude «especial», conceptualmente rebajado de grado: desde la intención fraudulenta en propio interés se evoluciona hacia la actuación perjudicial con conocimiento de causa —mala fe—. Desde esta perspectiva, el «fraude» se traduce más en una actuación perjudicial que en una propiamente fraudulenta.

Según las consideraciones expuestas, creo que se puede hablar de objetivación generalizada de la ineficacia pauliana.

MORENO, *La acción rescisoria...*, cit., pág. 167; MARTÍN SANTISTEBAN, «Presupuestos y requisitos en la aplicación de la acción rescisoria por fraude de acreedores: su evolución en la doctrina jurisprudencial reciente del Tribunal Supremo (comentario a las sentencias de 6 de abril de 1992 y 28 de octubre de 1993)», en *RGD*, 1994, pág. 9163; FERNÁNDEZ CAMPOS, *El fraude de acreedores: la acción pauliana...*, cit., págs. 19 y 24; JEREZ DELGADO, *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos...*, cit., págs. 36, 125-133 y 151-174.

(48) Expresivas, en este sentido, las palabras de CARRARO («Valore attuale della massima *fraus omnia corrumpit*», en *Rivista trimestrale di diritto e procedure civile*, diciembre, 1949, pág. 788): «C'è stata insomma, e in parte a ancora in atto, una progressiva evoluzione della revocatoria da istituto diretto alla repressione della frode, a istituto inteso a tutelare in modo obbiettivo l'interesse del creditore».

b) El perjuicio pauliano

Desde el planteamiento que he desarrollado, el perjuicio constituye el fundamento funcional de la acción pauliana. Pero el perjuicio no sólo gana terreno en la caracterización de la acción pauliana hasta convertirse en su razón de ser y, por lo tanto, en la ratio delimitadora de sus efectos. Además, el propio concepto de perjuicio se articula sobre bases más flexibles que inciden en la forma de entender la insolvencia; al mismo tiempo, se actualizan los criterios de conexión causal entre el acto impugnado y el perjuicio pauliano (49).

De la caracterización absoluta de la insolvencia en términos de ausencia de bienes en el patrimonio del deudor —acentuado el criterio con la carga del acreedor de demostrar que no existen bienes— se ha evolucionado en el sentido de valorar las posibilidades efectivas de satisfacción del acreedor. Aunque haya bienes en el patrimonio del deudor, si no se pueden realizar por su condición o características —inembargables, afectos a la satisfacción de determinados créditos...— existe insolvencia —perjuicio— a los efectos rescisorios. En la misma línea de caracterización, la insolvencia se concreta en relación al valor real de los bienes embargables, al margen del valor contable del patrimonio del deudor. Incluso, se alude como criterio de referencia al valor de realización en pública subasta, normalmente inferior al valor de mercado (50). Por otra parte, la insolvencia también se concreta en relación al crédito particular de referencia. Como dice el profesor ORDUÑA MORENO: «Insuficiencia que ... supone necesariamente que la capacidad y el valor de realización de los bienes y derechos que restan en la garantía patrimonial del deudor son deficitarios respecto del importe del crédito» (51). Se prescinde, pues, de declaraciones formales y globalizantes de la insolvencia —«el pasivo superior al activo»—, propias de procedimientos concursales (52).

Una de las diferencias esenciales entre la acción pauliana y los mecanismos concursales de ineficacia radica precisamente en la caracterización de la insuficiencia patrimonial. El criterio tradicional en la pauliana se articula

(49) Recientemente la doctrina española ha prestado especial atención a la configuración del *eventus damni*. Son significativas las siguientes aportaciones: LLEBARIA SAMPER, «Insolvencia civil, par conditio creditorum, y rescisión de hipoteca, Comentario a la STS de 28 de marzo de 1988», en *La Ley*, 1989-3, pág. 923; MARTÍN PÉREZ, *La rescisión...*, cit., pág. 371 y sigs.; CRISTÓBAL MONTES, *La vía pauliana...*, cit., pág. 126 y sigs.; MORENO QUESADA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales...*, cit., pág. 136 y sigs.; ORDUÑA MORENO, *La acción rescisoria...*, cit., pág. 165 y sigs.; FERNÁNDEZ CAMPOS, *El fraude de acreedores: la acción pauliana...*, cit., pág. 25 y sigs.

(50) Díez-PICAZO, en el prólogo a la obra de ORDUÑA MORENO: *La insolvencia {análisis de su concepto y concreción de su régimen jurídico}*, Valencia, 1994.

(51) ORDUÑA MORENO, *La acción rescisoria...*, cit., págs. 165-166.

(52) Vid. LLEBARIA SAMPER, *Insolvencia civil...*, cit., pág. 924.

sobre una estrecha relación causal entre el acto impugnado y el perjuicio del acreedor: el acto es la **causa directa** de la insuficiencia patrimonial del deudor. En los procedimientos concursales, la insolvencia se globaliza en relación a todos los acreedores interesados en la satisfacción sobre los bienes del deudor y también se globaliza la relación de causalidad: la insolvencia es consecuencia no ya de un acto concreto, sino de un conjunto de actos que se valoran como concausas de un mismo resultado. El criterio de causalidad se adecúa a la especialidad del concurso, y sobre todo, al dinamismo empresarial donde el déficit patrimonial suele ser progresivo y difuso en su determinación causal. La insolvencia se tiene como efecto de actos sucesivos convergentes en el resultado lesivo. Paralelamente la selección de actos perjudiciales a efectos de la insolvencia se realiza con baremos globalizantes, bien temporales —cercanía en el tiempo a la cesación efectiva de pagos— bien indiciarios de la fuga de patrimonio —anormalidad del acto—.

No obstante ello, la pauliana esta acortando distancias en este terreno con los procedimientos concursales. Quizá porque el «patrimonio civil» está adquiriendo importancia en el tráfico jurídico y un progresivo dinamismo (53). De tal manera que la insuficiencia patrimonial ya no es tampoco puntual —efecto de un evento—, sino progresiva y variada —efecto de concausas—. Especialmente significativa en este sentido es la evolución de los criterios de conexión temporal entre el acto y el perjuicio pauliano (54). La insuficiencia patrimonial no tiene que ser necesariamente efecto directo del acto (relación de inmediatez); se admite también el llamado daño virtual, con potencial para causar mediatamente la insolvencia. Igualmente se admite la concausalidad en el entendimiento de la insuficiencia patrimonial como efecto de pluralidad de actos. Este concepto amplio de perjuicio pauliano se encuentra ya muy asentado en el ordenamiento italiano donde la doctrina y la jurisprudencia lo han acogido con agrado. Lo que sorprende de los italianos es la manera subjetiva de entender la conexión causal. Los distintos actos perjudiciales se engarzan entre sí —concausas del perjuicio— por el intento fraudulento del deudor (55). La tendencia hacia la subjetivación del nexo causal se refleja, en concreto, en el artículo 2.901 del Código Civil italiano que exige intención perjudicial para impugnar un acto anterior al nacimiento del crédito (56).

(53) Al respecto es significativa la creciente relevancia de las asociaciones y las fundaciones o el fenómeno de «inflación» de patrimonios personales que actúan de «testaferros» de los bienes de empresas o sociedades.

(54) En nuestra doctrina ha prestado una especial atención a la evolución de los criterios de conexión entre el acto y el perjuicio pauliano, FERNÁNDEZ CAMPOS, *El fraude de acreedores: la acción pauliana...*, cit., pág. 191 y sigs.

(55) Vid. LUCCHINI GUASTALLA, *Danno e frode nella revocatoria ordinaria*, Milano, 1995, pág. 271 y sigs.

(56) Artículo 2.901. *Condizioni: Il creditore, anche se il credito è soggetto a condizione o a termine, può domandare che siano dichiarati inefficaci nei suoi confronti gli*

Por la puerta falsa, el fraude toma de nuevo posiciones estratégicas en la pauliana (57). Pero yo no comparto esta subjetivación. El criterio de conexión causal entre el acto y el perjuicio es, o debería ser, objetivo. Siguiendo la tendencia hacia la objetivación de la vía pauliana, un acto se impugna porque es perjudicial. Y en la misma lógica, los baremos de concreción del carácter perjudicial de los actos deberían ser también objetivos: realización en un breve período de tiempo de un conjunto de actos encadenados, anormalidad —cuantitativa o cualitativa— del acto respecto a la esfera de actuación del deudor... Por todo ello, la fijación del nexo de unión de la cadena de actos se propugna **para el perjuicio** —fundamento de la impugnación— y **desde el perjuicio** —criterios de adecuación objetivos entre el acto y el perjuicio—. Esto no quiere decir que se niegue la existencia de intención dolosa del deudor. Qué duda cabe que en muchos casos la habrá. Pero el fraude no será el criterio de conexión causal. En todo caso, será la puerta que permita «oponer» el perjuicio pauliano al tercer adquirente o elemento de agravación de las consecuencias civiles o penales —«sanciones»— que se derivan para el deudor.

2.2.2. La ineficacia de lo válido y eficaz

Antes de continuar recapitulemos lo hasta aquí expuesto sobre la acción pauliana. En primer lugar, se ha defendido la objetivación de la materia, trasladando la base funcional de la acción pauliana desde el fraude hasta el perjuicio. No se trata, en definitiva, de sancionar comportamientos fraudulentos, sino de proteger las expectativas del acreedor. En ello radica la razón de ser, el fundamento funcional de la figura. Y, al mismo tiempo, la idea de perjuicio pauliano se concibe con criterios «relativos», no «absolutos»; Desde esta perspectiva, la figura se agiliza; pierde rigor dogmático y se convierte en un instrumento mucho más flexible, y, por lo tanto, más efectivo. La situación de los acreedores resulta significativamente fortalecida, sin que a cambio se perjudique más allá de lo razonable la posición del deudor y del tercero. Como presupuestos de accionabilidad de la vía pauliana basta el perjuicio relativo: que el acreedor no pueda cobrar lo que se le debe sobre la base de una ponderación generosa: no sólo cuantitativa, sino también cualitativa de la situación patrimonial del deudor.

atti di disposizioni del patrimonio con i quali il debitore rechi pregiudizio alle sue ragioni, quando concorrono le seguenti condizioni:

1.º) *che el debitore conoscesse il pregiudizio che l'atto arrecava alle ragioni del creditore o, trattandosi di atto anteriore al sorgere del credito, l'atto fosse dolosamente preordinato al fine di pregiudicarne il soddisfacimento.*

(57) La misma tendencia se observa en Francia y Alemania, vid. LUCCHINI GUASTALLA, *Danno e frode...*, cit., pág. 337 y sigs.

Hasta ahora, pues, el objetivo central de la exposición ha sido llamar la atención sobre el proceso de objetivación conceptual de la acción pauliana. Romper con la inercia en el pensar siempre requiere un esfuerzo dialéctico importante y por ello hemos incidido tanto en el trasvase conceptual desde el fraude hasta el perjuicio. Ha quedado, pues, en un segundo plano otro aspecto esencial en la materia: el desenvolvimiento funcional de la acción pauliana que representa nada menos que «la ineficacia de lo válido y eficaz». Esta especialidad —que no excepcionalidad— requiere también una justificación.

El sistema obligacional, en principio, se sustenta sobre una garantía patrimonial genérica —todos los bienes del deudor presentes y futuros— que se concreta en el momento de ejecución del crédito, no cuando se constituye la obligación. Nada «ata» los bienes al patrimonio del deudor, y, precisamente por ello, puede realizar «libremente» actos de disposición o administración, sin trabas. No existe «afectación» patrimonial al pago de las deudas contraídas. Cuando —sobre la base de un título válido— vende, dona, permuta o aporta a una sociedad bienes de su patrimonio lleva a cabo un acto «plenamente» eficaz tanto desde la perspectiva obligacional como jurídico-real. Y en esto se traduce la especialidad de la acción pauliana: para remediar la insolvencia del deudor en interés del acreedor hay que «rescindir» un acto válido y eficaz.

Igualmente se puede tener por especial la ratio de la ineficacia de lo válido y eficaz: la equidad. De nuevo la «especialidad» requiere una explicación.

Para empezar, yo me atravesaría a calificar a la acción pauliana de conflictiva. Al fin y al cabo, se trata de remediar un perjuicio a costa del sacrificio ajeno: el del adquirente o contraparte del deudor en el acto perjudicial. Justamente se le está pidiendo a un sujeto que recibe un bien sobre la base de un acto válido y eficaz que sacrifique la adquisición en favor de un interés lejano y ajeno: el del acreedor del *tradens*. En fin, el adquirente se ve implicado en una insolvencia extraña.

El perjuicio del acreedor es la ratio funcional de la acción pauliana. Pero no basta para explicar frente a la contraparte del deudor la ineficacia sobrevenida de lo válido y eficaz. Con palabras del profesor DE CASTRO: «...es preciso averiguar el cómo y el por qué se ataca al acto adquisitivo del tercero...» (58).

La base técnica de la implicación, o expresado gráficamente, el trampolín para que la insolvencia —cuestión *inter partes*: deudor-acreedor— trascienda a tercero es una ratio de equidad (59); o mejor diría yo, una razón de justicia

(58) DE CASTRO, *La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial...*, cit., pág. 202.

(59) El profesor DE CASTRO resuelve el conflicto pauliano sobre la base de una ratio de equidad. Este planteamiento, en términos generales, es asumido por la doctrina; así lo entienden, entre otros, CRISTÓBAL MONTES, *La vía pauliana...*, cit., págs. 5758; FERNÁNDEZ

material. Desde un punto de vista formal, según la inercia del sistema jurídico, lo válido y eficaz se consolida definitivamente, salvo que exista una razón «especial». Esto es, se produce una ponderación entre el perjuicio del acreedor y el alcance material o económico que el acto —formalmente válido y eficaz— produce en el patrimonio del adquirente: enriquecimiento sin costes o a bajos costes. El conflicto pauliano se traduce fundamentalmente en una ponderación de valores patrimoniales: perjuicio pauliano-enriquecimiento sin costes. Y gana el primero por razones de equidad o, si se prefiere, por razones de justicia material. Esta es la ratio de decisión del conflicto pauliano respecto a los actos perjudiciales del deudor a título gratuito o a título oneroso pero a bajo precio (60). Y en el sentido expuesto, se produce una reorganización

CAMPOS, *El fraude de acreedores...*, cit., pág. 313; JEREZ DELGADO, *LOS actos jurídicos objetivamente fraudulentos...*, cit., págs. 156. No obstante ello, se nota la falta de un estudio doctrinal más profundo sobre el alcance y significado de la «equidad pauliana».

(60) Y no se invoque en contra que la equidad en el Código Civil actúa como criterio de resolución de conflictos, al margen de las normas. Y que, por lo tanto, la equidad no es fundamento de la acción pauliana porque ésta opera sobre presupuestos legalmente determinados. Con estos argumentos, ORDUNA MORENO (*La acción rescisoria por fraude de acreedores...*, cit., págs. 166-168) relega el papel de la equidad en el ámbito de la pauliana al plano meramente interpretativo y sitúa el fundamento de la rescisión en un juicio de imputabilidad de responsabilidad sobre la base de consideraciones culposas (ORDUNA MORENO, *op. cit.*, págs. 130-141). Comparto este criterio matizadamente. Resulta quizá forzado hablar de culpabilidad cuando ni el deudor ni mucho menos el tercero tenían el «deber de conservar» la garantía patrimonial. Quizá sea más propio hablar de ilicitud sobre la base de la mala fe. Y además ORDUNA deja sin precisar cuál es el criterio de rescisión de lo válido y eficaz en los actos a título gratuito. En fin, a mi entender, la culpabilidad no es el camino para justificar la rescisión de lo válido y eficaz ni siquiera respecto a los actos a título oneroso. Y en los actos a título gratuito, lo que explica esta especialidad es justamente una razón de equidad. Las razones de la rescisión no son desde luego formales porque el acto es válido y eficaz. Las razones son materiales. Frente a un enriquecimiento sin costes, prevalece el perjuicio pauliano. Sin que se sepa razón alguna que impida que la equidad desarrolle esta función en nuestro ordenamiento. No es que se rescinda lo válido y eficaz con un juicio de equidad que prescinda de lo normado. La acción pauliana está legal y jurisprudencialmente delimitada. Y en estos límites se mueve la rescisión. Lo que se dice es que lo normado se articula sobre la base de criterios de justicia material: esto es, de comparación de valores patrimoniales: perjuicio y enriquecimiento. Se rescinde lo válido y eficaz sencillamente porque, sobre la base de una razón de justicia material, tiene más peso el perjuicio pauliano que el enriquecimiento sin costes. La ratio general de decisión es, pues, la equidad. Una excepción podría concretarse en los actos a título oneroso con equivalencia material de contraprestación donde —como se verá— la mala fe del tercero es la que «justifica la rescisión». Pero —como también intentaré demostrar— incluso entonces la mala fe se objetiva bastante con criterios de equidad. En cualquier caso, he invertido el planteamiento de ORDUNA (*op. cit.*, pág. 168): este autor considera que el criterio general de rescisión es la culpa y el especial —indefinido conceptualmente— el que opera respecto a los actos a título gratuito. A mi entender, en cambio, la equidad es la ratio general de ineficacia de lo válido y eficaz, matizando el planteamiento en los actos onerosos y compensados económicamente. Entonces la mala fe —muy matizada también con criterios de justicia material— es la llave maestra de la rescisión.

económica de patrimonios en interés de los acreedores. El adquirente debe restituir el enriquecimiento para remediar el perjuicio pauliano.

Este planteamiento explica la evolución técnica y terminológica desde el enriquecimiento sin causa hasta el enriquecimiento sin costes; desde la onerosidad causal a la equivalencia de valor entre contraprestaciones. En fin, como se verá más adelante, esta ratio de equidad entre un perjuicio y un enriquecimiento sin costes —aunque con causa— justifica igualmente los efectos moderados del régimen restitutorio. La medida de la ineficacia se obtiene de una ponderación «equilibrada» de valores patrimoniales, que limita el alcance de la restitución a la cosa, o, en todo caso, al enriquecimiento obtenido de ella.

En pocas palabras, la acción pauliana significa un reequilibrio material entre el perjuicio pauliano y un enriquecimiento sin costes. De esta manera lo jurídico toca tierra y se decide por razones de justicia material. Y esto es algo «especial» en nuestro ordenamiento.

Incluso cuando la ineficacia se justifica en la mala fe del adquirente también opera una ratio de equidad material. Nos referimos a los casos en que se produce un intercambio compensado en valor de cosa por dinero u otro bien de fácil ocultación o difícil realización, con conocimiento del perjuicio —imposibilidad efectiva de cobrar— que se ocasiona al acreedor. Entonces, la mala fe tiene por objeto un interés meramente «expectante» del acreedor: la satisfacción en vía ejecutiva del crédito. Y esta «materialización» de la mala fe participa también de la «especialidad pauliana». Nos explicamos. El patrimonio del deudor no está afecto a las deudas y hasta el momento ejecutivo de la responsabilidad, el acreedor sólo tiene sobre el mismo una expectativa general y difusa. Y, por consiguiente, hasta entonces, el tercero adquiere de forma válida y eficaz, sin infracción de derecho ajeno o norma alguna. Vistas así las cosas, el tercero adquiere además lícitamente, al menos, según la lógica formal del sistema. Sin embargo, de nuevo, en el ámbito de la acción pauliana se produce una especialidad. Por razones de equidad, se profundiza la ratio de decisión más allá de la formalidad del sistema, hasta tocar otra vez la justicia material. El conocimiento de la situación de insolvencia del deudor, la conciencia de que se ocasiona perjuicio a las expectativas de cobro de los acreedores da razón de la mala fe del adquirente. Y ello justifica la ineficacia de lo válido y lícito. En otras palabras, la equidad materializa la mala fe, en el sentido de que su objeto es la materialidad del perjuicio y no la ilicitud del mismo (61).

(61) Utilicemos como referencia para concretar la idea expuesta, la comparación entre la mala fe a los efectos de la ineficacia pauliana y la del artículo 433 del Código Civil en el ámbito de la posesión. La primera es conocimiento de la materialidad del perjuicio —consciencia del daño a las expectativas económicas que el acreedor tenía

Todo este planteamiento conceptual sobre la mala fe se convierte en la práctica en un problema de prueba. ¿Cómo acreditar «esta» mala fe del tercero? Las dificultades se soslayan con la técnica presuntiva. Al tercero se le impone la rescisión sobre la base de meras consideraciones indiciarias de la mala fe. Y así —como el que no quiere la cosa—, la ineficacia pauliana se objetiva de nuevo.

En fin, en materia de ineficacia pauliana, la equidad actúa como válvula de escape del formalismo jurídico. Bien es verdad que la insolvencia es un riesgo del acreedor, un mal augurio que lo ronda. Y también es verdad que nada impide contratar sobre bienes de un patrimonio endeudado. No existe afectación real al pago de deudas. Por lo cual, el deudor dispone de sus bienes de forma válida y eficaz. Y el tercero adquiere conforme a derecho. Sin embargo, la equidad matiza estos planteamientos. Quien con conocimiento de causa da lugar a la insolvencia del deudor está implicado en la misma: soporta sus consecuencias a través de la ineficacia pauliana.

Todo ello explica la especialidad de la acción pauliana en materia de rescisión de actos a título oneroso, sin que sea necesario forzar más los razonamientos. Quizá la cuestión se podría reconducir, con ciertas matizaciones, al ámbito del fraude de ley (62). O también quizá al abuso de derecho en una interpretación generosa de la figura (63). Pero siempre respetando la autonomía conceptual y funcional de la acción pauliana, que, aunque próxima en su ratio a las figuras mencionadas, tiene su propia especialidad. Sobre todo hay que distinguir con cuidado el significado de la ineficacia como instrumento jurídico de «restauración jurídica» de las expectativas de cobro del acreedor del significado de la responsabilidad como forma de «resarcimiento de daños». En efecto, la ineficacia persigue la rescisión de lo válido y eficaz para que el acreedor pueda satisfacer su interés como si la cosa no hubiese salido

sobre el patrimonio del deudor—. La segunda es claramente formal: consciencia del carácter indebido de la posesión.

(62) Desde ciertos sectores doctrinales se establece una relación de género a especie entre el fraude de ley y el fraude de acreedores, aunque matizando los planteamientos generales por las «especialidades» de la vía pauliana: un clásico como JOSSE RAND (*LOS móviles en los actos jurídicos de Derecho privado*, traducción de Sánchez Larios y Cajica J. R., Méjico, 1946, pág. 207) particulariza en el siguiente sentido: «...el acto contrario a la ley no se manifiesta con la evidencia que en los demás casos, lo que explica que la nulidad con que se sanciona sea de orden privado y relativa, y hasta una nulidad reducida que deja subsistir el acto impugnado en la medida en que no perjudique a los acreedores». DíEZ-PICAZO (*Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, t. II, Madrid, 1993, pág. 732) señala la profunda objetivación de la disciplina del fraude de ley en materia de fraude de acreedores. Igualmente, NAVARRO FERNÁNDEZ (*El fraude de ley: su tratamiento jurisprudencial*, Madrid, 1988, pág. 68) advierte que en el fraude de acreedores el perjuicio prevalece por encima del elemento doloso, característico del fraude de ley.

del patrimonio del deudor. La responsabilidad empieza donde acaba la restauración jurídica. Cuando no tiene cabida la ineficacia sobre la cosa o el valor de enriquecimiento derivado de la misma, la «responsabilidad» puede abarcar el daño de «utilidad» que la pérdida de la cosa ocasiona al acreedor. Pero esto significa ya «resarcimiento» de un daño económico (*aestimatio rei*), y no propiamente restauración de una situación jurídica lesionada. Igualmente, la responsabilidad puede abarcar otros daños económicos (*id quod interest*). La distinción de efectos se explica y justifica desde la diversidad conceptual: mientras la ineficacia se fundamenta en un juicio de equidad, la responsabilidad lo hace en un criterio de imputación —actuación ilícita—. Sin que tengan cabida razonamientos forzados sobre «responsabilidad por culpa», porque donde todavía no hay obligación de restituir tampoco hay responsabilidad ni culpa alguna.

Queda, pues, constancia de la materialidad del conflicto pauliano. Las razones de justicia económica son las que deciden en un sentido o en otro la rescisión de lo válido y eficaz. Esta especialidad da color a la acción pauliana. Desde la perspectiva de equidad material se explica la rescisión de lo válido y eficaz. Y también sobre ella se valoran y articulan el alcance y consecuencias de la ineficacia.

Y entiéndase bien el papel que se otorga a la equidad. Porque no se predica la rescisión de lo válido y eficaz sobre la base de un juicio de equidad que prescindiera de lo normado. No se trata de una equidad «de manos libres», sino de una ponderación equitativa de intereses que está en la base de lo normado, pero que no se convierte en el criterio de decisión. Esta ratio de equidad, en realidad lo que hace es marcar distancias con una concepción subjetiva de la ineficacia pauliana construida sobre la idea de fraude, y, al mismo tiempo, establece fronteras conceptuales y funcionales con la responsabilidad por culpa del artículo 1.902 del Código Civil (64).

Pues bien, desde esta ratio de equidad, emprendemos la caracterización de la ineficacia pauliana. Posteriormente nos ocuparemos de los efectos restitutorios de la misma.

Considerando los razonamientos anteriormente expuestos, se debe concluir que la ineficacia pauliana es sobrevenida. Es decir, el acto nace válido y eficaz. Y sigue siéndolo hasta que se impugna por el acreedor y judicialmente se valora la procedencia de la rescisión de lo válido y eficaz. Nos explicamos. La rescisión es una ineficacia de protección del interés del acreedor; la cuestión

(63) Vid. GULLÓN BALLESTEROS, «En torno a los contratos en daño de tercero», en *RDN*, 1958, pág. 120 y sigs.

(64) JEREZ DELGADO (*LOS actos objetivamente fraudulentos...*, cit., 161) aprecia y matiza la distinción conceptual entre la responsabilidad extracontractual y el enriquecimiento.

no es sancionar un negocio ni desde la perspectiva obligacional ni jurídico-real. Sólo está en juego el perjuicio del acreedor y, por lo tanto, se deja en sus manos la cuestión de la ineficacia. El acreedor es quien decide sobre la ineficacia. Técnicamente, pues, la impugnación del acto a los efectos de la acción pauliana se configura como un derecho potestativo o facultad del acreedor. Y además, la impugnación se articula como una «acción judicial». La ratio de equidad sobre la que se decide el conflicto pauliano exige una valoración judicial. Y en este sentido, se puede decir que la sentencia es constitutiva de la ineficacia (65). Y no se predique el carácter retroactivo de la sentencia a los efectos restitutorios propios de la pauliana, porque —como bien dice LABANDERA y BLANCO— sería una ficción (66). El acto nace válido y eficaz, tanto desde la perspectiva obligacional como jurídico-real. Y en consecuencia, la contraparte del deudor adquiere la propiedad de la cosa comprada, donada, permutada... Y desde esta lógica adquisitiva se justifica, por ejemplo, la atribución de frutos al adquirente. E igualmente, sobre la misma razón dominical, queda exonerado de responsabilidad por pérdida de la cosa. La retroactividad de los efectos de la sentencia sería, pues, una ficción desfiguradora de la realidad —validez y eficacia— del acto hasta que se impugna. Pero los efectos restitutorios de la rescisión serán estudiados en otro momento. Por ahora sólo quiero resaltar el carácter sobrevenido de la ineficacia pauliana.

Por otra parte, la ineficacia es limitada en su alcance. Se trata de rescindir un acto en interés de los acreedores y hasta el límite de dicho interés. Trascender el alcance de la pauliana más allá de esta frontera significaría una rescisión injustificada tanto desde la perspectiva formal —«ineficacia de lo válido y eficaz»— como material —protección del interés del acreedor—. El perjuicio es fundamento funcional y al mismo tiempo límite de la pauliana. En este sentido, se habla de ineficacia limitada (67).

(65) Sobre el carácter constitutivo de la sentencia se pronuncian ORDUÑA MORENO, *La acción rescisoria...*, cit., pág. 129; LOHMANN LUCA DE TENA, «Apuntes para una distinta aproximación a la acción pauliana», en *RGLJ*, mayo, 1984, pág. 506; FERNÁNDEZ CAMPOS, *El fraude de acreedores: la acción rescisoria...*, cit., pág. 289; DE CASTRO {*La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial...*, cit., pág. 208), por el contrario, defiende la naturaleza declarativa de la sentencia en el siguiente sentido: «*El negocio jurídico revocado lleva unido a él, desde su formación, una tara originaria. Es ineficaz ab initio respecto de los acreedores, la demanda de revocación no crea, sino que se basa en la ineficacia del acto jurídico*». En esta ocasión difiero del planteamiento de DE CASTRO. Como he dicho en el texto, entiendo que el acto nace válido y eficaz, sin tara «negocial» ni a los efectos jurídicos-reales. Sólo el perjuicio pauliano en relación al «cobro de lo debido» justifica la ineficacia sobrevenida de lo válido y eficaz.

(66) LABANDERA Y BLANCO, «Nulidad, anulabilidad y rescindibilidad en el Código Civil», en *RDP*, 1914, pág. 182.

(67) El alcance limitado de la ineficacia pauliana en función del perjuicio del acreedor es punto común de la doctrina; vid., por todos, FERNÁNDEZ CAMPOS, *El fraude de acreedores. La acción pauliana...*, cit., pág. 304.

Y precisamente con esta ratio de moderación se explica que la acción pauliana no tenga ninguna vocación de incidir sobre la realidad obligacional y jurídico-real derivada del acto perjudicial. Insistimos, no se trata de «sancionar» el negocio ni la adquisición. Sólo se rescinde para corregir la insolvencia del deudor en interés del acreedor. Y para corregir en este sentido no hace falta realmente invalidar el negocio ni «retrotraer» la propiedad de nuevo al patrimonio del deudor. Basta con que el acreedor puede satisfacer sus expectativas de cobro sobre el bien objeto del acto de enajenación o disposición en las mismas condiciones que antes: como si todavía estuviese en el patrimonio del deudor. El adquirente, por razones de equidad, soporta sobre un bien propio las consecuencias de una deuda ajena. Retrotraer la propiedad del bien hasta el patrimonio del deudor es, pues, una medida innecesaria, que sobrepasa en exceso la finalidad de la ineficacia. Con mucho menos desgaste jurídico —que la cosa en el nuevo patrimonio soporte la deuda ajena en interés del acreedor— se consigue la finalidad perseguida. Y además, de esta manera, se exige del adquirente el mínimo sacrificio. Porque si la cosa sigue siendo de su propiedad, lo que sobra de la misma —de su valor— después de satisfacer el crédito, es suyo. Por el contrario, si se retrotrae la cosa al patrimonio del deudor, el sobrante enriquecería a éste a costa del adquirente. Y para compensar el nuevo desequilibrio patrimonial habría que restituir el sobrante al adquirente. Y para qué tanto trasiego de cosa y restos de valor cuando el perjuicio pauliano se puede corregir actuando sobre el patrimonio del adquirente. Si hay que rescindir lo válido y eficaz, al menos que esta «especialidad» implique las consecuencias mínimas.

Como dice el profesor FERNÁNDEZ CAMPOS: «La devolución prevista en el artículo 1.298 del Código Civil no significa, por tanto, restitución, sino restauración de la situación respecto al acreedor» (68).

Pero hace falta «restaurar» judicialmente la situación. Como se ha dicho ya, la ineficacia no actúa automáticamente. La adquisición no es directamente —de forma automática— «inoponible» al acreedor perjudicado. No existe un criterio formal que sin más convierta lo válido y eficaz en inoponible. El

(68) FERNÁNDEZ CAMPOS, *El fraude de acreedores: la acción pauliana...*, cit., pág. 221. Partidarios también de relativizar las consecuencias de la ineficacia pauliana en el sentido expuesto, DE CASTRO, *La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial...*, cit., pág. 204; ORDUÑA MORENO, *La acción rescisoria...*, cit., pág. 129; MARTÍN PÉREZ, *La rescisión del contrato...*, cit., pág. 370; CRISTÓBAL MONTES, *La vía pauliana...*, cit., pág. 190; ROCA SASTRE, «La acción revocatoria de donaciones en la Compilación», en *ADC*, 1962, pág. 16; LOHMANN LUCA DE TENA, *Apuntes para una distinta aproximación a la acción pauliana...*, cit., pág. 504. No obstante ello, todavía está muy arraigada en la doctrina la palabra «revocación». Y, paradójicamente, algunos de los autores que rechazan la restitución de la cosa al patrimonio del deudor, y optan por concretar la ineficacia en el patrimonio del adquirente, siguen hablando de «revocar» el acto.

perjuicio pauliano se corrige a través de una ineficacia judicialmente constituida sobre la base de una ponderación de equidad de los intereses implicados. En esto se diferencia la ineficacia pauliana de la inoponibilidad. La primera se constituye judicialmente. La segunda opera automáticamente. Son categorías próximas. Las dos se enfrentan a conflictos de intereses, pero con distintas técnicas: una formaliza el conflicto mediante la ficción jurídica: es como si no se hubiese producido la situación (acto, adquisición...) perjudicial. La otra reconoce la realidad de la situación perjudicial, pero permite su impugnación (69).

Todavía cabe un esfuerzo de aproximación conceptual entre ambas categorías. Como en la base de la inoponibilidad y la vía pauliana se encuentra la protección de determinados intereses privados que no se concretan en la validez del negocio, sino en sus elementos de eficacia se pueden conceptualizar ambas como ineficacias relativas, separadas por un grueso trazo de la invalidez. Pues para unos el negocio será necesariamente eficaz, y para otros —aquéllos cuyos intereses se protegen— puede no serlo. Y entre ellas, la línea fronteriza será el criterio de ineficacia *ope iudicis u ope legis*, según que, conforme a la naturaleza de la causa de ineficacia, sea o no precisa una valoración judicial en juicio contradictorio. Con este criterio de distinción, la rescisión será una ineficacia de la primera categoría y la inoponibilidad de la segunda.

Con los rasgos trazados —sobrevenida, potestativa, judicial, limitada y relativa— queda caracterizada la especialidad de la ineficacia pauliana. Sólo queda aclarar la problemática que tradicionalmente ha planteado la interpretación de los artículos 1.291.3.º y 1.294, respecto al carácter subsidiario de la vía pauliana.

Mi parecer al respecto es el siguiente. El perjuicio es la razón funcional de la rescisión y, por lo tanto, presupuesto conceptual de la misma. Y así interpreto lo dispuesto en el artículo 1.291.3.º: el acreedor no puede cobrar de otro modo lo que se le debe y por ello recurre a la vía pauliana (70). Pero

(69) En esta línea, FERNÁNDEZ CAMPOS (*El fraude de acreedores: la acción pauliana...*, cit., pág. 281 y sigs.) analiza y critica la construcción de RAGEL SÁNCHEZ sobre la distinción entre inoponibilidad e ineficacia pauliana (*Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*, Valencia, 1994, pág. 109 y sigs.). Rechazando la opinión de RAGEL en algunos puntos —alcance y efectos de la ineficacia pauliana—, FERNÁNDEZ CAMPOS concreta la esencia de la distinción en una cuestión de técnica jurídica: «*fingir*» la inexistencia del acto —inoponibilidad— o rescindir la realidad reconocida —ineficacia pauliana—.

(70) Sobre la interpretación del carácter subsidiario por referencia al perjuicio, vid. CRISTÓBAL MONTES, *La vía pauliana...*, cit., pág. 74; FERNÁNDEZ CAMPOS, *El fraude de acreedores: la acción pauliana...*, cit., págs. 80-81; ORDUÑA MORENO, *La acción rescisoria...*, cit., págs. 148-149; ROBLES LATORRE, *El carácter subsidiario de la acción pauliana*, trabajo inédito todavía.

bien entendido que esta vía no es una garantía patrimonial de segundo grado —subsidiaria— que a modo de red de seguridad afecte los bienes del deudor al pago de sus deudas. La acción pauliana tiene su propia esencia. Constituye un reforzamiento —un «plus»— que por razones de justicia material se concede al acreedor. En otras palabras, la rescisión no se explica desde la propia dinámica de la garantía patrimonial del deudor —como una vía «subsidiaria» para cobrar—, sino como un extra justificado en la equidad. Se rescinde un «enriquecimiento sin costes» en función del perjuicio pauliano. Y esto es «cobrar» por una ratio de protección de la seguridad del crédito que no es propia de la garantía patrimonial. De nuevo la especialidad explica la acción pauliana.

Tampoco es subsidiaria de otros tipos de ineficacia como la invalidez. La relación entre ellas se explica, una vez más, por el principio de especialidad. La nulidad se ocupa de las irregularidades negociales y la acción pauliana de los actos en perjuicio de los acreedores.

En efecto, si se mantiene —como se predica en este trabajo— que el perjuicio es el fundamento conceptual y funcional de la vía pauliana, lo lógico en el plano de las ideas es marcar por aquí la línea fronteriza con otras ineficacias afines. La rescisión se caracteriza como una forma de ineficacia que opera en general sobre contratos perjudiciales, sean o no válidos. Se trata de que el acreedor cobre sobre la cosa con una ratio protectora de la seguridad de los créditos, y a estos efectos tanto da que el contrato sea nulo o no. Contra lo que va la pauliana no es contra el contrato, sino contra la enajenación perjudicial en la medida necesaria para restaurar la situación jurídica del acreedor. Cuando el artículo 1.290 del Código Civil dice que «los contratos válidos se pueden rescindir», lo que quiere dejar claro es que, a pesar de que sean válidos, cabe la vía pauliana. Pero no que necesariamente tengan que ser válidos.

Considero, pues, equivocada la tendencia doctrinal a limitar el ámbito de la pauliana a los contratos válidos (71). Seguramente por una inercia en la forma de pensar, lo inválido se reconduce directamente al ámbito de la nulidad y sin entrar en otras consideraciones, el objeto de la rescisión se identifica con lo válido, pero perjudicial. En esta línea de pensamiento, la cuestión en la práctica se reduce a un problema de carga probatoria. Un acto nulo puede crear una apariencia de validez sobre la que el ordenamiento construye, incluso, presunciones (art. 1.277 del Código Civil). Y dicha apariencia de validez actúa a favor del acreedor que insta la rescisión. El acto perjudicial funciona en principio como válido a los efectos de la acción pauliana. Será la contraparte quien deba excepcionar la invalidez para detener la rescisión. O si cabe

(71) LLEVARÍA SAMPER, *Fraude y perjuicio...*, cit., pág. 144.

en razón a su naturaleza, cabe el reconocimiento judicial de la nulidad. Pero mientras no se produzca la excepción o actúe el reconocimiento de oficio, el acto se tiene por válido (72). En fin, la rescisión se identifica con lo válido o, en todo caso, con lo aparentemente válido. Pero venida abajo dicha apariencia, no cabe la rescisión de lo inválido (73).

Este planteamiento está influido en exceso por la fuerza conceptual que en nuestro ordenamiento tiene la nulidad. Pero olvida y desconoce que la ratio de la vía pauliana se identifica con el perjuicio, y no con cuestiones negociales. Un contrato inválido puede ocasionar el mismo perjuicio pauliano que uno válido. Cuando, por ejemplo, se enfrenta la pauliana con la nulidad por causa ilícita: ejercitada la pauliana —que da facilidades, pues no hay que probar en todo caso la mala fe...—, ¿va a empeorarse la posición del acreedor porque el demandado alegue y pruebe esta causa ilícita? Sea o no válido, en todo caso debe rescindirse en interés del acreedor, a quien nada le importa la falta de efectos obligacionales *inter partes*, sino la ineficacia relativa. Que el deudor y el tercero discutan si, además, es nulo.

2.2.3. Los efectos de la rescisión de lo válido y eficaz

El punto de referencia obligado en esta materia debería ser el artículo 1.295 del Código Civil, que establece la restitución recíproca de las cosas objeto del acto rescindido con sus frutos y del precio con sus intereses. No obstante, la doctrina ha criticado el rigor de esta regulación, sobre todo, si se compara con las consecuencias previstas en materia de liquidación posesoria. Según el artículo 451 del Código Civil, los frutos se atribuyen al poseedor de buena fe. Y, sin duda, el sujeto que adquiere sobre la base de un título válido y eficaz es un poseedor especialmente cualificado a estos efectos. Frente a esta dicotomía de regímenes, la doctrina toma partido por el régimen posesorio y generaliza su alcance prescindiendo de la literalidad del artículo

(72) Vid. FERNÁNDEZ CAMPOS, *El fraude de acreedores: la acción pauliana...*, cit., pág. 103.

(73) Respecto a la anulabilidad se razona de forma parecida. Mientras no se anula, el contrato es válido y se puede rescindir. Pero si se anula, no cabe la vía pauliana, pensada y organizada para rescindir lo válido, pero perjudicial. El conflicto se plantea propiamente cuando el acreedor pretende la rescisión del contrato perjudicial y se exceptiona la anulabilidad del mismo. Pero como la impugnación del contrato anulable es una cuestión del deudor —un derecho potestativo o facultad— sólo él puede decidir al respecto. Mientras el deudor no lo anule, el contrato es válido. Otra cosa es que se admita la legitimación extraordinaria del acreedor para anular el contrato ex artículo 1.111. Pero la doctrina mayoritaria rechaza esta posibilidad. Vid. sobre la cuestión, JORDANO FRAGA, *El ámbito objetivo de la legitimación subrogatoria (art. 1.111 del Código Civil). Ensayo de formulación de los criterios generales para su delimitación*, Madrid, 1996.

lo 1.295 (74). A mi entender, el artículo 1.295 realmente está pensado para la rescisión por lesión (75). Entonces, la ineficacia se organiza en torno a la rescisión de un contrato oneroso; y los efectos restitutorios se producen *inter partes*. En este caso, se justifica la restitución recíproca porque, en definitiva, la liquidación de la situación negocial se articula sobre las mismas bases —recíprocas— en la que se sustentaba el contrato. El sinalagma genético y funcional se reproduce en la liquidación del negocio. Se «borran» —que no se ignoran— sus efectos, según la lógica inherente al mismo (76). Igual razón es la que subyace en el artículo 1.303 del Código Civil, también pensado y organizado para liquidar —*inter partes*— las consecuencias del sinalagma negocial.

Por ello, precisamente, el artículo 1.295 no encaja en materia de rescisión en interés del crédito. Aquí la ineficacia trasciende la perspectiva negocial. No se trata de borrar *inter partes* los efectos del negocio. Las razones de la rescisión no están en el negocio: ni en su validez ni en su justicia intrínseca. Las razones son otras: se trata de rescindir un acto que vulnera las expectativas de cobro del acreedor por la salida de un bien del patrimonio del deudor. Pero esta razón rescisoria debe ser valorada y ponderada en relación a otro interés igualmente protegible: el del tercero que adquiere la cosa del deudor, sobre todo, si actúa de buena fe. La rescisión de lo válido y eficaz implica una ratio de equidad hacia el acreedor; y, al mismo tiempo, hacia el adquirente, que debe soportar la ineficacia dentro de unos límites de equidad. En fin, el conflicto pauliano es complejo —«especial»— y esto trasciende —o debería trascender— en el alcance de sus efectos y consecuencias.

Considero, pues, que la regulación característica del artículo 1.295 y 1.303 está articulada en torno a la ineficacia *inter partes* de contratos sinalagmáticos. Este es su ámbito institucional y no la ineficacia pauliana que va más allá de estos planteamientos. Lo que se explica para los casos de invalidez negocial y para la rescisión por lesión no tiene fácil encaje en la rescisión por fraude de acreedores. Desde esta perspectiva, la homologación de regímenes

(74) De esta opinión, DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales...*, cit., pág. 425; MORENO QUESADA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales...*, cit., pág. 207; CRISTÓBAL MONTES, *La vía pauliana...*, cit., pág. 196; CARRASCO PERERA («Restitución de provechos», parte primera, en ADC, 1987, pág. 1116 y sigs.), también defiende la aplicación del régimen posesorio que se concibe como el general de la restitución de provechos. No obstante, mantiene la especialidad de los artículos 1.303 y 1.295 cuando se trata de liquidar las consecuencias de un contrato sinalagmático.

(75) Vid. MORENO QUESADA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales...*, cit., págs. 204 y 245.

(76) Deduzco que, salvo error por mi parte en la interpretación, éste es el planteamiento de CARRASCO PERERA (*Restitución de provechos...*, cit., pág. 1121).

del artículo 1.295 es una equivocación conceptual y lo que es más importante una sinrazón funcional de la ineficacia pauliana.

En otro sentido, el artículo 1.295 en materia de rescisión en fraude de acreedores no significa propiamente «restitución» de la cosa al patrimonio del deudor. Según el planteamiento que he defendido, la satisfacción del acreedor se produce en el propio patrimonio del adquirente. Con ello el acreedor realiza de igual forma su interés y sin tanto trasiego patrimonial.

Y, además, normalmente la acción pauliana tiene por objeto la impugnación de actos a título gratuito respecto a los cuales la ratio de los artículos 1.295 y 1.303 no tiene, definitivamente, nada que decir.

Por todas estas razones, no podemos contar con el artículo 1.295 para articular el régimen de los efectos de la ineficacia pauliana. Quizá el 1.298 sea de mayor utilidad —orientativo— en materia de mala fe. Pero quedan muchas cuestiones por resolver y organizar. La ineficacia pauliana necesita soluciones propias y características y no importaciones forzadas de otros ámbitos. El artículo 1.295 no encaja en el conflicto pauliano —al menos en mi perspectiva del mismo— y el artículo 1.298 no es suficiente. El régimen restitutorio de la ineficacia pauliana necesita, pues, ser caracterizado sobre bases propias y netas. Desde los planteamientos objetivos y de especialidad que he defendido, intentaré esbozar los efectos fundamentales de la rescisión. Y como el conflicto pauliano adquiere distintos matices —de objetividad y especialidad— según la naturaleza gratuita u onerosa del acto impugnado y según la mala o buena fe del adquirente, distinguiré en estos dos sentidos. Asimismo concretaré el régimen de ineficacia respecto a los principales implicados: acreedor y adquirente. En definitiva, ellos son los personajes entre los que transcurre el desenlace del conflicto pauliano. El deudor —su patrimonio deficitario— representa el drama inicial. Y sólo vuelve a aparecer en escena en relación con efectos muy secundarios de la ineficacia. Pero la trama esencial del conflicto —su fundamento conceptual y funcional— implica esencialmente la confrontación de los intereses del acreedor y adquirente; y entre ellos se producen los principales efectos rescisorios.

a) Ineficacia de los actos a título gratuito y de buena fe

El adquirente a título gratuito y de buena fe soporta la ineficacia de su adquisición en interés del acreedor, pero con efectos moderados.

En primer lugar, no está obligado a la restitución de frutos —de su valor— porque ha disfrutado de la cosa sobre la base de una adquisición válida y eficaz. «Adquiere» y, por tanto, está legitimado para usar y disfrutar. Su condición es mucho más cualificada que la del poseedor de buena fe. Es propietario. Y en esta condición se le atribuyen «debidamente» los frutos. En

otras palabras, no se trata de liquidar una posesión indebida, sino una situación jurídica conforme a derecho. Si la atribución de frutos se justifica en el primer supuesto, cuánto más no se va a justificar en el segundo.

Además, a mayor abundamiento, se puede pensar de la siguiente manera: la equidad que fundamenta la rescisión de lo válido y eficaz en interés del acreedor explica igualmente la atenuación del alcance de la ineficacia. Una cosa es que se sacrifique la adquisición en interés del acreedor y otra extremar sus efectos. Parece de equidad que el adquirente a título gratuito, que se enriquece sin costes en perjuicio del acreedor, soporte la ineficacia pauliana. Se justifica, pues, que el acreedor actúe sobre la cosa enajenada para satisfacer sus expectativas de cobro. Sin embargo, resulta mucho más desproporcionado exigir del adquirente la restitución de frutos. En definitiva, la equidad juega a dos bandos: fundamenta la ineficacia pauliana en interés del acreedor, pero también atenúa sus efectos en interés del adquirente: debe soportar la ineficacia sobre la cosa, pero no restituir frutos.

El régimen de impensas realizadas por el adquirente sobre la cosa también requiere cierta reflexión. Y de nuevo, las soluciones en materia de liquidación del estado posesorio son punto obligado de referencia. En concreto, por lo que respecta a los gastos realizados por el poseedor de buena fe, el Código Civil valora con una ratio de favor la realización de los mismos. El gasto que repercuta en la conservación del valor económico y jurídico de la cosa, o la revalorice en esta doble perspectiva es visto con buenos ojos por el ordenamiento. Esta política de «cuidado» de las cosas —de su eficacia y rentabilidad económica— se materializa recompensando los desembolsos al poseedor. En este sentido, se habla de evitar que el vencedor en la posesión se enriquezca injustamente a costa del poseedor de buena fe. Esta puede ser una explicación técnica de las soluciones legales. Pero sin olvidar que, en el fondo, se persigue compensar el gasto ocasionado en el patrimonio del poseedor de buena fe. Se trata, por tanto, de «indemnizar» el valor de los gastos: de liquidar una «deuda de valor». Otra vez lo que se justifica respecto a la liquidación de la posesión indebida se explica mucho más en el caso de la ineficacia de una adquisición válida y eficaz. El adquirente posee debidamente; está legitimado en derecho —*de iure*— para realizar las impensas. Por consiguiente, la ineficacia pauliana debe valorar esta situación. Insistimos, una cosa es soportar la ineficacia sobre la cosa, y otra, soportar, además, un desgaste del propio patrimonio. En definitiva, la insolvencia del deudor es un «riesgo» del acreedor. A través de la rescisión, este riesgo se transmite al tercer adquirente, pero de forma equitativa: sobre la «cosa», sin afectar al resto del patrimonio. Con esta ratio, se predica el desembolso al adquirente del «valor de las impensas».

Por lo que respecta a las consecuencias que se derivan de la pérdida o deterioro de la cosa, el razonamiento es muy parecido. No se aplica el efecto indemnizatorio previsto en el artículo 1.298, sencillamente porque no se le

puede exigir al adquirente «responsabilidad» por pérdida de una cosa que entra en su patrimonio «debidamente». Esta consecuencia también se explica desde la lógica del enriquecimiento que subyace en la rescisión de los actos a título gratuito. Si la cosa se pierde no se produce el «enriquecimiento» (77). Sobre la base de estas consideraciones, el adquirente soporta la ineficacia pauliana sobre la cosa, pero no asume el riesgo de su pérdida o deterioro ni responsabilidad por culpa. Esta solución adquiere matices peculiares en el ámbito procesal. La demanda de impugnación actúa la responsabilidad (culpable o dolosa) por pérdida o deterioro de la cosa. Pero todavía el adquirente queda exonerado por los eventos dañosos fortuitos. En este momento no tiene obligación de restituir la cosa; o mejor dicho, aún no está obligado a soportar las consecuencias de la ineficacia pauliana. En fin, todavía no está en «mora». Sólo a partir de la sentencia condenatoria está vinculado a soportar sobre la cosa la satisfacción de las expectativas del acreedor. Y, por lo tanto, la oposición temeraria a esta consecuencia será el punto de partida de la responsabilidad morosa —por caso fortuito—.

Si el adquirente enajena la cosa a título gratuito, la ratio que justifica la ineficacia de la primera adquisición justifica igualmente la rescisión de la segunda. En el conflicto entre el perjuicio pauliano y el enriquecimiento del segundo adquirente, vuelve a prevalecer el interés del acreedor. Por el contrario, cuando la cosa pasa a manos de un subadquirente a título oneroso y de buena fe, las tornas cambian. La ineficacia no se puede hacer valer frente a un tercero protegido por mor de la seguridad del tráfico jurídico. La restauración jurídica del interés del acreedor sobre el bien —su valor de realización— se transforma en restauración en la medida del enriquecimiento neto del primer adquirente. Con tan buena condición —buena fe— no se le puede pedir nada más. De nuevo, la ratio de equidad y justicia que subyace en la ineficacia pauliana nos proporciona una medida moderada de su alcance. Surge, pues, una nueva acción —distinta de la estricta ineficacia— que tiene por objeto la utilidad patrimonial derivada de la enajenación. Para conseguir ajustar el alcance de la ineficacia al **enriquecimiento neto**, cabe recurrir a la acción *in rem verso*. Su ratio es compensar los desequilibrios patrimoniales derivados de actos válidos y eficaces (78). Y, por tanto, también puede medir el valor de compensación del perjuicio pauliano por el enriquecimiento obte-

(77) Vid. CARRASCO PERERA, «Restitución de provechos», parte segunda, en *ADC*, 1988, pág. 94.

(78) Vid. MARÍN PADILLA, «La formación del concepto de subrogación real», en *RCDI*, 1975, pág. 1200 y sigs.

(79) JEREZ DELGADO (*LOS actos jurídicos objetivamente fraudulentos...*, cit., págs. 175, 40-41, 134) ha resaltado la ratio de enriquecimiento subyacente en la caracterización de la acción pauliana.

nido por el adquirente (79). La referencia será, pues, el valor de «utilidad patrimonial», lo propio de una caracterización económica —neta— del enriquecimiento (80).

Y no se caiga en el error de predicar medidas «indemnizatorias» como efecto propio de la ineficacia. Esta ratio subyace en algunas soluciones legales en materia de rescisión. El artículo 1.295 habla del «causante de la lesión» y el 1.298 está pensando expresamente en la mala fe. Pero no se confundan los planteamientos: la responsabilidad por daños no encaja en la caracterización de la ineficacia pauliana que se hace valer frente a un adquirente de buena fe. Si se objetiva el fundamento conceptual y funcional de la rescisión frente a un tercero de tan buena condición sería una incoherencia no «objetivar» igualmente sus consecuencias según una ratio de equidad. El adquirente soporta la ineficacia sobre la cosa, sin desgaste patrimonial propio: no restituye los frutos, no responde por pérdida ni deterioro, tiene derecho al desembolso del valor de las impensas, y si enajena la cosa a un tercero, sólo le corresponde hacer frente al enriquecimiento neto... (81). Y esto nada tiene que ver con la responsabilidad por daños.

Ni tampoco se recurra con un criterio de generalidad al régimen posesorio (82). La buena fe del adquirente que soporta la rescisión incita a una asimilación inconsciente con el poseedor de buena fe. Pero la ratio particular de la ineficacia matiza las soluciones posesorias. Por ejemplo, la opción prevista en el artículo 453 del Código Civil debería invertirse en favor del adquirente en el ámbito de la acción pauliana. Los efectos restitutorios del cobro de lo indebido también están cerca de las consecuencias de la ineficacia pauliana, pero sin que se produzca una simetría perfecta de regímenes. El artículo 1.897 valora el enriquecimiento por el precio obtenido que puede no coincidir con el enriquecimiento neto (83). Los distintos puntos de partida

(80) El concepto de enriquecimiento neto subyace en algunos preceptos del Código Civil. El artículo 1.304 limita la obligación restitutoria del incapaz derivada de la invalidez negocial al «enriquecimiento». El artículo 1.158.3.º habla de restituir en la medida de la «utilidad». El artículo 1.186 concreta la restitución en los subrogados... Vid. CARRASCO PERERA, «Restitución de provechos», parte segunda, en *ADC*, 1988, pág. 93 y 104 y sigs.

(81) En esta línea, LABANDERA Y BLANCO, *Nulidad, anulabilidad y rescindibilidad en el Código Civil...*, cit., pág. 182; MARTÍN PÉREZ, *La rescisión del contrato...*, cit., pág. 428; CRISTÓBAL MONTES, *La vía pauliana...*, cit., pág. 200 y sigs; FERNÁNDEZ CAMPOS, *El fraude de acreedores...*, cit., pág. 271.

(82) Un importante sector de nuestra doctrina predica la aplicación del régimen posesorio a la rescisión de adquisiciones gratuitas de buena fe. Así, CRISTÓBAL MONTES, *La vía pauliana...*, cit., pág. 198; CARRASCO PERERA, *Restitución de provechos...*, cit., pág. 1116 y sigs.; MARTÍN PÉREZ, *La rescisión del contrato...*, cit., pág. 432.

(83) Como explica CARRASCO PERERA (*Restitución de provechos, parte segunda...*, cit., pág. 99), si la cosa ha sido mejorada por el *accipiens*, el plus valor se incluye en el precio; no obstante ello, el *accipiens* podrá descontar los gastos de mejora del precio a

conceptuales explican las respectivas especialidades. No se deduzca de todo ello un rechazo hacia una construcción que aglutine los principios fundamentales sobre los que se estructura la restitución de bienes y provechos en nuestro ordenamiento. Se aboga, pues, por una teoría general que sistematice la restitución: ineficacia negocial, rescisión en fraude de acreedores, cobro de lo indebido, resolución de contratos, revocación de donaciones... Creo en la necesidad de profundizar en esta línea, acertadamente abierta —y bien dibujada— por la doctrina (84), pero sin desconocer las peculiaridades de cada figura. En concreto, desde la propia caracterización conceptual y funcional de la ineficacia pauliana se obtienen derivativamente sus propios efectos, mayoritariamente coincidentes con el régimen de figuras afines, aunque con ciertas pinceladas de especialidad.

b) Ineficacia de los actos formalmente onerosos, pero materialmente perjudiciales.

El régimen descrito para los actos a título gratuito y de buena fe se aplica igualmente a la rescisión de actos formalmente onerosos —con causa onerosa— pero materialmente perjudiciales en el sentido pauliano. Por ejemplo, ventas a un precio significativamente desproporcionando a la baja en relación al valor real o de mercado de la cosa. Aunque el adquirente sea de buena fe y el acto formalmente oneroso, se justifica la rescisión sobre la base del desequilibrio económico entre las contraprestaciones. También en este supuesto —al igual que en las donaciones o, en general, en los actos a título gratuito—, se produce un enriquecimiento del adquirente sin costes, o mejor dicho, a bajos costes, que justifica la ineficacia de la adquisición en interés del acreedor. Sólo una matización. El acreedor tendrá que devolver al adquirente el precio que pagó por la cosa, según la consecuencia prevista en el artículo 1.295. Pero no porque estuviese «obligado». Entre el adquirente y el acreedor no existe vínculo ni obligación previa alguna. La devolución se explica por razones de equidad: que, por una parte, justifica la ineficacia en interés del acreedor y de otra, modera sus consecuencias en interés del adquirente. El riesgo de la insolvencia del deudor se reparte, pues, entre uno y otro: aquél consigue cobrar sobre la cosa y a éste se le devuelve, al menos, lo que dio. Otra vez, pues, el balancín de consecuencias y efectos típico de la ineficacia pauliana.

restituir (arts. 1.898 y 453 del Código Civil). De esta manera se restituye el enriquecimiento efectivo. No obstante, existen otros gastos —como los de mediación— que por no recaer sobre la misma cosa no serán deducibles. En este caso, la restitución del precio no se corresponde con el enriquecimiento efectivo.

(84) En concreto nos referimos al trabajo de CARRASCO PERERA citado.

c) Ineficacia de los actos a título oneroso. La mala fe del adquirente

El conflicto pauliano no tiene fácil solución cuando el acreedor se ve las caras con un tercero que adquiere un bien o derecho del patrimonio del deudor a título oneroso. La seguridad del crédito es importante; pero también lo es la seguridad del tráfico jurídico. La economía —su desarrollo y crecimiento— se construye sobre el dinamismo patrimonial. Todo el sistema se paralizaría —se vendría abajo— si el adquirente a título oneroso no pudiera confiar en la estabilidad y seguridad de su adquisición. Sencillamente, si por el sacrificio económico en la adquisición se ofrece como moneda de cambio la rescisión en interés del crédito, lo más inteligente es quedarse quieto. Y esta quietud significaría el derrumbe del mercado de intercambios y al final, por desgaste del sistema económico, el de los propios créditos. No parece, pues, una buena opción de política socio-económica perturbar la tranquilidad de los adquirentes.

Pero todo este razonamiento se construye sobre la base de la buena fe que actúa como criterio moralizante —de justicia— en la composición de los intereses en juego. La insolvencia del deudor debe caracterizarse como un riesgo posible que ronda a los acreedores. Ni el deudor quiere o busca su insolvencia; ni tampoco el tercero que contrata con él. Los bienes patrimoniales entran en la dinámica del tráfico jurídico, se reinvierte lo obtenido —con buena o mala fortuna—, se vuelve a intentar... Y a las resultas de todo este «bien intencionado» trasiego están los acreedores. Si las cosas ocurren así, la insolvencia es un riesgo del acreedor. Porque no se puede permitir la rescisión de lo válido y eficaz y, además, oneroso y de buena fe.

Lo que ya no parece apropiado es permitir que bajo una aparente licitud formal —negocial— se construya interesadamente —de mala fe— la insolvencia.

Es fácil que el deudor caiga en la tentación de ocultar bienes de su patrimonio para eludir la actuación ejecutiva de sus acreedores. Y con la mirada puesta en ello, se desprende de los bienes «localizables» a cambio de otros de fácil ocultación, sobre todo, dinero. Para reforzar el buen fin de la maniobra fraudulenta se busca la colaboración del tercer adquirente de los bienes, que bien coparticipa en la organización del fraude o bien conoce la intención del deudor. Entonces, el concepto buena/mala fe actúa como mecanismo de recomposición de los intereses en juego, y con una ratio de justicia material que cala más allá de la formal licitud negocial, se rescinde la operación de vaciado patrimonial. La actitud subjetiva del tercero —la mala fe— valorada desde una ratio de equidad en favor del interés del acreedor, justifica la ineficacia de la adquisición válida y eficaz.

La recomposición de los intereses en juego debe hacerse con cierto cuidado, valorando en su justa medida la intervención del tercero en la operación

fraudulenta. Se pueden distinguir distintos grados de implicación que merecen un tratamiento particularizado a los efectos de establecer el alcance de la ineficacia. No es lo mismo conocer simplemente la actitud fraudulenta del deudor que participar directamente en la ocultación de los bienes.

Empecemos por la típica situación fraudulenta. El deudor organiza la insolvencia en coparticipación con un tercero implicado en la ocultación de los bienes. La operación tiene dos momentos. El formal o negocial, a través del cual se saca del patrimonio del deudor un bien que sin problemas podría ser realizado para el cobro y se consigue dinero u otro bien de fácil ocultación. Y en un segundo momento, el dinero se pone a buen recaudo, lejos de las garras de los acreedores. En definitiva, el negocio prepara la insolvencia y la ocultación del dinero la remata.

Esta distorsión patrimonial se corrige, precisamente, con la rescisión del negocio que da ocasión al perjuicio pauliano. De esta manera, el acreedor puede cobrar sobre el bien de posible realización y satisface sus expectativas. La ineficacia borra las consecuencias del ilícito. Pero todavía podemos llegar más lejos si nos situamos en el ámbito de la responsabilidad civil. Y podemos hacerlo sobre la base de la actuación fraudulenta *ex* artículo 1.902 del Código Civil. Entonces los efectos de segundo grado de la ineficacia —restitución de provechos, responsabilidad por pérdida o deterioro...— se resuelven con cierta comodidad. Se colocan en la partida del daño emergente o del lucro cesante. En general, en las coordenadas del sistema de responsabilidad, se puede pretender la indemnización de todos los daños ocasionados al acreedor.

La acción de ineficacia y la de responsabilidad coinciden en el remedio del perjuicio pauliano. Pero el círculo estricto de la ineficacia se construye en torno al bien sustraído del patrimonio del deudor. No debe olvidarse que la ineficacia persigue la reposición de la situación jurídica violada, y esto se concreta realizando las expectativas del acreedor ilícitamente frustradas sobre la cosa arrebatada de la garantía patrimonial. Que las expectativas del acreedor se realicen —por economía jurídica— en el patrimonio del tercer adquirente, no incide en la esencia del régimen rescisorio. La satisfacción del crédito sobre la cosa constituye, pues, el núcleo puro de la ineficacia. A partir de aquí surgen derivativamente cuestiones conexas con el destino de la cosa: la restitución de los provechos o la indemnización del valor en el supuesto de pérdida o deterioro. Estos perjuicios derivados se pueden traducir en daños indemnizables con arreglo a criterios subjetivos de responsabilidad: se le imputa el perjuicio pauliano ocasionado fraudulentamente. Esta es la ratio indemnizatoria subyacente en los artículos 1.295 y 1.298 del Código Civil.

En fin, en el supuesto de actuación fraudulenta del tercer adquirente, la ineficacia trasciende la estricta «restauración jurídica» hasta alcanzar la indemnización de daños.

Desde la misma perspectiva hay que valorar el comportamiento doloso —fraudulento— del tercero que recibe la cosa a título gratuito. Siempre que existe intención directa de ocasionar el daño ajeno —la insolvencia—, las consecuencias de la ineficacia se extienden más allá de la mera restauración jurídica —ineficacia del acto fraudulento— hasta alcanzar la responsabilidad por daños.

El enfoque varía sustancialmente si se rebaja el grado de participación de la complicidad fraudulenta —coautoría— a una implicación meramente cognoscitiva. El tercero que con conocimiento de causa del proyectado fraude adquiere el bien del patrimonio del deudor —favoreciendo el perjuicio pauliano— asume el riesgo de la ineficacia. Soporta la satisfacción de las expectativas de cobro del acreedor sobre la cosa o el valor que representa el enriquecimiento obtenido con ella. Por ejemplo, el precio de enajenación. Esto significa la estricta restauración jurídica de la insolvencia ajena, concretada en el enriquecimiento bruto —objetivo— por razón de la cosa. No se le puede pedir menos —enriquecimiento neto—, porque tiene mala fe. Pero tampoco se le puede pedir más —garantizar el valor de la cosa— porque ni está obligado a la restitución ni es responsable. Nos explicamos.

Respecto al adquirente de buena fe se ha predicado la ineficacia pauliana en la medida del enriquecimiento neto, valorado según criterios subjetivos vinculados a la efectiva repercusión económica —ventaja, provecho, utilidad...— que haya ocasionado en su patrimonio la cosa. En razón de la buena fe, la lógica de la indemnidad patrimonial se superpone a la lógica del enriquecimiento. El adquirente puede alegar que lo recibido ha provocado un desgaste del propio patrimonio y descontar todos aquellos desembolsos realizados por la confianza en la permanencia de la cosa en el mismo. Esta ratio informa igualmente el alcance de la restitución en el caso de enajenación del bien a título oneroso. El adquirente soporta la ineficacia en la medida en que se «hubiese enriquecido con el precio obtenido». La buena fe subjetiviza, pues, la medida de la ineficacia. El adquirente de mala fe, en cambio, no está especialmente protegido por la ratio del principio de indemnidad. Soporta la ineficacia pauliana bajo la estricta lógica del enriquecimiento objetivo. La ineficacia se concreta en la cosa, con independencia del provecho realmente experimentado. El adquirente no puede alegar el desgaste patrimonial ocasionado en tenencia del bien. Y en el supuesto de enajenación, la ineficacia se concreta en el precio obtenido, con independencia de la repercusión particular que haya provocado en el patrimonio del enriquecido (85).

(85) La doctrina ha sabido resaltar la especialidad de los distintos supuestos de ineficacia de los actos jurídicos (invalidez negocial, revocación, rescisión, resolución...). Cada tipo de ineficacia responde a cuestiones y principios propios. Y precisamente por ello, los respectivos regímenes restitutorios también tienen que concebirse de forma par-

La ineficacia frente al adquirente de mala fe se hace más estricta, aunque siempre dentro de la lógica del enriquecimiento, sin alcanzar a garantizar el valor de la cosa. Ni siquiera el deudor —primer implicado en la satisfacción de las expectativas de cobro— tiene el deber jurídico de mantener la garantía patrimonial o su valor. No incurre en responsabilidad por la pérdida «culpable» de los bienes del patrimonio o de los beneficios obtenidos con ellos. Menos aún asume el riesgo de pérdida fortuita. Incluso el deudor, que sabe que es insolvente, puede disponer de sus bienes de forma válida y eficaz, sin incurrir en responsabilidad por culpa ni asumir los infortunios patrimoniales. El momento de la prohibición de disponer llega después en la situación concursal formalmente declarada. Por consiguiente, exigir al adquirente de mala fe la restitución del valor significaría imputarle más responsabilidad y riesgo que al propio deudor por la gestión patrimonial lícita. Quede claro, pues, que una cosa —lo que se predica— es objetivar la medida del enriquecimiento, y otra cosa particularmente distinta —extrema— trasvasar la lógica de la ineficacia pauliana desde el enriquecimiento a la responsabilidad por pérdida de la cosa. Sólo en el caso de actuación intencional en fraude de acreedores cabe la restitución del valor del bien ilícitamente enajenado en concepto de responsabilidad. Pero esto es ya indemnización de daños, y no propiamente restauración jurídica del perjuicio pauliano.

La solución propuesta permite matizar las consecuencias de la mala fe. El que prepara y culmina el fraude es el deudor: él es quien, en definitiva, actúa ilícitamente; y sobre él pesa la responsabilidad. En cambio, la actitud del tercero es distinta: conoce la actitud fraudulenta ajena —del deudor— y pese a ello adquiere el bien sobre el que podía satisfacer su interés el acreedor. Se implica, por tanto, de otra manera en el perjuicio pauliano: asume el riesgo de la ineficacia sobre la cosa o sobre el enriquecimiento subrogado. Pero como, en definitiva, es de mala fe, no está protegido por el principio de indemnidad patrimonial.

En fin, el elemento subjetivo que justifica la ineficacia de los actos a título oneroso abarca la actitud cognoscitiva y la fraudulenta. Son la llave maestra de la rescisión. Pero, al mismo tiempo, la actitud subjetiva incide en el alcance de la ineficacia: según el grado subjetivo de implicación varía la medida

ticularizada. Se producen, claro está, coincidencias de régimen jurídico pero, en definitiva, es la naturaleza de los intereses implicados en cada una de las hipótesis de ineficacia la que debe marcar el alcance de la medida restitutoria. Lo que sí se puede apreciar en nuestro ordenamiento es una ratio generalizada de protección de la buena fe (en la intromisión o gestión del patrimonio ajeno, en la adquisición de bienes...) que se concreta en la moderación de la medida restitutoria. Vid. BASOZABAL ARRUE, *El enriquecimiento injusto por intromisión en derecho ajeno*, Madrid, 1998, pág. 246 y sigs.; CARRASCO PEREIRA, *Restitución de provechos...*, cit., pág. 92 y sigs.; ALVAREZ-CAPEROCHIPÍ, *El enriquecimiento sin causa*, Granada, 1989, pág. 157 y sigs.

restitutoria. El fraude significa una actuación ilícita que justifica, además de la ineficacia, la indemnización de daños en concepto de responsabilidad.

Una última puntualización sobre el alcance de la ineficacia pauliana respecto al adquirente a título oneroso y de mala fe, entendida ésta, ahora sí, en un sentido amplio que abarca tanto la actitud subjetiva fraudulenta como la meramente cognoscitiva del perjuicio ajeno. Pues bien, la mala fe desmerece la condición jurídica del adquirente según lo previsto en el artículo 1.306 del Código Civil. El concepto de «*causa torpe*» puede ser interpretado cómodamente —sin contradecir la tradición histórica y legislativa del precepto— como actitud subjetiva contraria a derecho en razón a los motivos o finalidades que persigue. Precisamente la actitud que se reconoce en el adquirente de mala fe. Con esta ratio interpretativa, se predica que el adquirente sea privado frente al acreedor del derecho a exigir la restitución de lo que dio cambio de la atribución patrimonial recibida del deudor (86). La onerosidad de la atribución no puede hacerse valer por quien actúa «torpemente». Como expresa CRISTÓBAL MONTES: «Parece que el mínimo castigo patrimonial que debe tener su torcido comportamiento ha de consistir, al menos, en que pierda aquello que entregó a cambio de los bienes malhabidos» (87).

El castigo del adquirente de mala fe se duplica si se sigue aplicando la lógica estricta del párrafo primero del artículo 1.306 del Código Civil. Se ve privado de toda pretensión restitutoria no sólo frente al acreedor, sino también frente al deudor, cuya conducta ha sido igualmente torpe. Esta consecuencia nos parece, sin embargo, extrema en atención a los intereses implicados en el conflicto. En la relación interna: deudor-adquirente, debe enjuiciarse de nuevo el grado de implicación respectivo en los hechos que determinan el perjuicio pauliano. Y en el supuesto en que el deudor hubiese actuado fraudulentamente y el adquirente sólo haya tenido conocimiento del perjuicio ajeno, parece de justicia hacer equivaler la situación a la prevista en la regla segunda del artículo 1.306: considerando sólo la mala fe del deudor. Con ello se evita la sinrazón jurídica de hacer recaer sobre el adquirente las consecuencias negativas de la ineficacia, exonerando de responsabilidad al deudor que, al fin y al cabo, es quien consume y se beneficia del perjuicio pauliano. La pretensión restitutoria del adquirente deviene, sin embargo, en la práctica más formal que real porque se hace valer frente a un deudor insolvente.

(86) Aunque el artículo 1.306 del Código Civil exige que la situación existente entre las partes sea de carácter contractual y el contrato adolezca de nulidad, la doctrina admite la posibilidad de aplicar también la regla a los casos de atribuciones patrimoniales que no sean estrictamente contractuales o a las que no quepa referir la idea de nulidad. Vid. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, t. I, Madrid, 1993, pág. 454; DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales...*, cit., pág. 443.

(87) CRISTÓBAL MONTES, *La vía pauliana...*, cit., pág. 197.

Hasta aquí la caracterización conceptual y funcional de la ineficacia pauliana. Hemos conseguido llegar a una ineficacia de ratio objetiva, articulada en torno al perjuicio del crédito. Y, al mismo tiempo, respetuosa de los intereses afectados por la rescisión del acto perjudicial. Se rescinden los actos gratuitos, pero con consecuencias moderadas para el adquirente. Y la rescisión de «lo oneroso» presupone la implicación subjetiva del adquirente en el perjuicio pauliano: participación en el fraude o conocimiento del perjuicio pauliano. En este sentido, se puede seguir hablando de subjetivismo en la rescisión. Aunque también aquí se matiza el alcance de la ineficacia, según el grado de implicación. Pero insistimos, el punto de partida se ha objetivado desde el fraude hasta el perjuicio. Y esto ha permitido repensar dogmas tradicionales que ahogaban a la acción pauliana, privándola de una buena parte de su potencial funcional. Por último, para alcanzar el objetivo de este trabajo, tenemos que plantearnos la relación de parentesco entre la ineficacia pauliana y las acciones de impugnación previstas en los artículos 879 y siguientes del Código de Comercio. Y la posibilidad de reconstruir la reintegración de la masa de la quiebra sobre bases próximas a las descritas, desterrando la disfuncional nulidad del artículo 878 del Código de Comercio definitivamente del ámbito concursal. Ello está en la línea de las propuestas doctrinales (88) y de política legislativa (89).

II. NUEVOS PLANTEAMIENTOS EN MATERIA DE REINTEGRACION DE LA MASA DE LA QUIEBRA: DE LA NULIDAD A DERIVADOS CONCEPTUALES DE LA RESCISION PAULIANA

1. RELACIÓN DE PARENTESCO ENTRE LA ACCIÓN PAULIANA Y LAS ACCIONES DE IMPUGNACIÓN PREVISTAS EN LOS ARTÍCULOS 879 Y SIGUIENTES DEL CÓDIGO DE COMERCIO

Es opinión doctrinal común la caracterización de estas acciones concursales como manifestaciones particulares de la ineficacia pauliana. Responden a una misma ratio: rescindir actos válidos en interés de los acreedores. Teniendo en cuenta, al mismo tiempo, el interés del tercero afectado por la ineficacia, graduando el alcance de las consecuencias según la naturaleza del acto rescindible. Además, la objetivación dialécticamente predicada para la inefi-

(88) SANCHO GARGALLO, *La retroacción de la quiebra...*, cit., pág. 242 y sigs.

(89) En particular, tomaremos como punto de referencia comparativo la última aportación a la materia: la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal redactada por el profesor ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, publicada en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior, año L, suplemento al número 1768, de 15 de febrero de 1996.

cacia pauliana deviene expresamente prevista en el ámbito concursal: bien eludiendo la mención al fraude (art. 879 del Código de Comercio) bien reputando fraudulentos determinados actos de forma definitiva (art. 880 del Código de Comercio).

En fin, estas acciones son derivados conceptuales de la acción pauliana. Y con pequeños retoques funcionales de su actual delimitación legal pueden suplir las disfunciones que la nulidad ha ocasionado en materia de reintegración de la masa de la quiebra.

2. LA REINTEGRACIÓN DE LA MASA DE LA QUIEBRA: INEFICACIA CARACTERÍSTICA

Para establecer la relación de parentesco entre la ineficacia pauliana y la concursal, basta con repensar una vez más la realidad jurídica sobre la que se construye la reintegración de la masa de la quiebra. Se pretende rellenar las arcas concursales con bienes que han salido del patrimonio del deudor, provocando un perjuicio a los efectos concursales.

La reintegración mira desde la actual situación de déficit o crisis patrimonial hacia atrás. Persigue la rescisión de los actos de administración o disposición realizados por el deudor «perjudiciales» para los intereses concursales en un doble sentido: bien el acto provoca o influye en la situación de insolvencia en relación concausal con otros actos perjudiciales; bien el acto se realiza en la situación de insolvencia, ya de hecho consumada, y significa una disminución de la garantía patrimonial o un privilegio a uno de los acreedores de la insolvencia que perjudica al resto de los acreedores concurrentes en el interés de cobro paritario (*par conditio creditorum*). Se predica, pues, un concepto amplio de perjuicio concursal que matiza los planteamientos tradicionales en los que la reintegración se vincula al «estado de insolvencia» (90).

(90) Esta tendencia a vincular conceptualmente la reintegración con el «estado de insolvencia» se aprecia abiertamente en MASSAGUER FUENTES (*La reintegración de la masa en los procedimientos concursales...*, cit., pág. 14): «En definitiva, no es posible que la reintegración, como expediente concursal y en tanto expediente concursal, alcance a negocios jurídicos concluidos fuera del período en el que el deudor era insolvente». El planteamiento es general en la doctrina que por lo común relaciona la reintegración con un concepto puntual de la situación de déficit patrimonial. La ineficacia concursal se refiere a los actos perjudiciales realizados en un período «próximo a quebrar» —período de retroacción— para hacer coincidir la situación de derecho con la de hecho; lo que otros plantearían como la retroacción del «momento judicial» al «momento de la insolvencia». Con ello, se salva la «integridad del patrimonio deficitario» llamado a repartirse paritariamente entre los acreedores. En esta línea de pensamiento, vid. SANCHO GARGALLO, *La retroacción de la quiebra...*, cit., págs. 223-224. No obstante, se conocen planteamientos doctrinales más cercanos a una concepción globalizante del proceso de la insolvencia. Por ejemplo, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO (*Introducción al sistema...*, cit., págs. 38-39 y 87) habla de los «momentos sucesivos» de la insolvencia, y en ello está implícita la idea de proceso.

El punto de partida conceptual debe ser un concepto de insolvencia globalizante del proceso complejo de crisis patrimonial. Esta caracterización permite extender, sin rozamientos dogmáticos, el ámbito de la ineficacia a los actos mediatamente perjudiciales para los intereses concursales. La reintegración no persigue sólo hacer coincidir la insolvencia de hecho con la judicial a los efectos de «mantener» la garantía patrimonial para repartir entre todos los acreedores lo poco que queda. También persigue sanear las arcas de la masa concursal. Y para ello hay que mirar por detrás de la situación de déficit patrimonial en busca de sus causas para rescindir el acto mediatamente perjudicial. La «puntual» situación de insolvencia se caracteriza como el resultado perjudicial de concausas interactuantes: actos a título gratuito, actos oneroso con contraprestaciones materialmente desequilibradas, actos intencionados de evasión de patrimonio... La vinculación funcional de la reintegración con la insolvencia se concibe, por tanto, **directa** —con la situación de insolvencia— e **indirecta** —con el conjunto de actos que la motivan—. La reintegración de amplio alcance dibujada sufre después recortes por mor de la seguridad del tráfico jurídico. Pero una cosa es limitar justificadamente el desenvolvimiento funcional de la reintegración para proteger los intereses de los terceros afectados por la ineficacia. Y otra cosa distinta —equivoca— predeterminar el alcance de la ineficacia a los actos vinculados a un concepto «terminal» de la insolvencia.

Nuestro trabajo tiene precisamente por objeto la caracterización de la ineficacia de los actos de enajenación en torno a los cuales se concreta en general el perjuicio indirecto. La ineficacia de los actos solutorios exige otro esfuerzo de caracterización donde queden marcados sus perfiles netos. En un caso, se trata de «sanear» las arcas concursales haciendo valer la ineficacia frente a un tercero ajeno a la insolvencia (adquirente). En el otro, la ineficacia es una cuestión entre acreedores directamente implicados en la insolvencia según las reglas de cobro concursales. Las lógicas subyacentes son, pues, distintas. No obstante ello, las respectivas particularidades resaltan por contraste. He aquí por qué a lo largo de la exposición nos veremos obligados a reforzar el estudio de la ineficacia de los actos de enajenación con algunas reflexiones paralelas sobre la ineficacia de los actos solutorios.

La ratio de la ineficacia de los actos de enajenación sigue siendo la misma que en la acción pauliana: el perjuicio de las expectativas de cobro. Se rescinden actos válidos y eficaces para posibilitar el cobro de los créditos.

Este punto de partida conceptual permite extender cómodamente el ámbito objetivo de la ineficacia concursal a los actos mediatamente perjudiciales: se alcanza sin ninguna contradicción dogmática más allá de la puntual situación de insolvencia —judicial o de hecho— en busca de bienes que han salido del patrimonio del deudor ocasionando «indirectamente» perjuicio concursal. Se aboga, pues, por un estiramiento dialéctico del concepto de insolvencia desde el efecto a las causas.

La ineficacia se concibe funcionalizada al servicio de los acreedores. Es **«relativa»**: sólo ellos pueden hacerla valer por razón del perjuicio concursal, y no para proteger un interés negocial neto. En esto se diferencia la ineficacia de la anulabilidad. La primera actúa sobre actos perjudiciales. Tiene como fundamento y límite el perjuicio concursal. La segunda, en cambio, significa la impugnación del acto negocial y sus efectos obligacionales.

La ineficacia concursal se caracteriza, por consiguiente, como **«limitada»** en sus efectos: no se cuestiona la «invalidéz» del negocio, ni tampoco la eficacia jurídico-real del acto de disposición. Sólo se quiere la rescisión en interés de los acreedores.

La técnica sobre la que se construye la ineficacia concursal es la «impugnación» del acto perjudicial. No se puede fingir que el acto no existe e ignorar sin más sus efectos. Para evitar las consecuencias perjudiciales hay que oponerse a la validez y eficacia del acto. La ineficacia no funciona *ope legis* como la inoponibilidad. Requiere, por el contrario, la impugnación judicial. La legitimación impugnatoria la tienen los síndicos que sustituyen a la colectividad de los acreedores en la gestión de los intereses concursales (91). Pero quede claro que la impugnación se caracteriza como un derecho o facultad potestativa de los acreedores de la insolvencia que, por razones de organización y eficacia concursal, se ejercita por los síndicos en sustitución de aquéllos.

Esta caracterización sitúa a la ineficacia concursal en el ámbito de la rescisión, y no tiene razón de ser seguir hablando de «nulidad». Y mucho menos recurrir a explicaciones tan forzadas como «el alcance retroactivo de la incapacidad para disponer del quebrado».

La misma tendencia hacia una ineficacia característica al servicio de los intereses concursales se manifiesta en la doctrina (92) y en los trabajos de política legislativa, y, particularmente, en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal redactada por ROJO FERNÁNDEZ-RÍO. En este importante trabajo se opta por articular la reintegración de la masa de la quiebra como una impugnación de actos perjudiciales. Sólo dos objeciones, poco más que terminológicas, a los planteamientos de la Propuesta. La impugnación se caracteriza como una facultad o derecho potestativo de los acreedores y no como una obligación de la que habla el artículo 90 en su rúbrica. Otra cosa distinta es que los síndicos de la quiebra estén obligados a promover el interés de los acreedores y que incurran en responsabilidad frente a los mismos si su actuación es negli-

(91) Nos parece acertado el planteamiento doctrinal que reconduce la legitimación de los síndicos de la representación a la sustitución; vid. EMILIO BELTRÁN, *Las deudas de la masa...*, cit., pág. 100 y sigs.

(92) MANZANA LAGUARDA, «En torno a la retroacción de la quiebra», en *Documentación Jurídica*, 1981, núms. 29-32, pág. 323; JIMÉNEZ ESCARZAGA, «La retroacción de la quiebra según el artículo 878 del Código de Comercio», en *RDM*, 1958, pág. 72; SANCHO GARGALLO, *La retroacción de la quiebra...*, cit., pág. 242 y sigs.

gente. Por otra parte, la impugnación se fundamenta en el perjuicio y no en la ilicitud del acto. Se trata de integrar la masa activa con bienes y derechos que han salido «debidamente» del patrimonio del deudor, pero que ocasionan perjuicio a los acreedores. En este sentido quizá no sea del todo acertada la caracterización del artículo 90 sobre el objeto de la revocación: «...bienes y derechos que **indebidamente** hubiesen salido del patrimonio del deudor». Mantener los límites entre «lo perjudicial» y «lo indebido» ayuda a sanear conceptual y funcionalmente la ineficacia concursal.

3. EL PERJUICIO CONCURSAL

La concurrencia concursal de acreedores incide en la forma de entender la categoría rescisoria y de organizar sus efectos. En primer lugar, nos vamos a ocupar de caracterizar el «perjuicio concursal», ratio funcional de la ineficacia. Y después del alcance y consecuencias de la rescisión, desde la doble perspectiva de los acreedores organizados concursualmente y de los terceros adquirentes.

El perjuicio pauliano y el concursal se caracterizan por la repercusión negativa —«perjudicial»— del acto de disposición del deudor sobre las expectativas de cobro. El acto ocasiona una disminución o desvalorización de los bienes disponibles para satisfacer los créditos adeudados. La insolvencia entendida como situación patrimonial deficitaria es, pues, el punto de referencia común de la ineficacia pauliana y la concursal. No obstante, en el ámbito pauliano, el perjuicio se puntualiza en el acto rescindible. El acto es perjudicial porque provoca la insolvencia. En cambio, en el ámbito de la quiebra, la propia dinámica de los patrimonios empresariales desdobra la forma de entender la insolvencia y la relación causal con los actos perjudiciales. La insolvencia se concibe dinámicamente como un proceso complejo de concausas interactuantes y de forma estática como situación final deficitaria. Por ende, la relación de un acto de disposición o administración con la insolvencia puede ser indirecta o directa. En el proceso hacia insolvencia, la conexión causal entre el acto y su incidencia perjudicial sobre las expectativas concursales se valora con un criterio globalizante propio de una concepción derivativa, no puntual. Los actos de disposición o administración anteriores al estado de quiebra que se traduzcan en una disminución de medios o bienes de la garantía patrimonial son impugnables. Porque «indirectamente» han provocado la actual insolvencia. Cuando la situación de insolvencia se ha consumado, cualquier acto de disminución o desvalorización de la masa activa concursal es «directamente» perjudicial. En definitiva, la relevancia perjudicial del acto se concreta en una disminución —directa o indirecta— de la garantía patrimonial del deudor, o si se prefiere, de la masa activa concursal. Quede claro,

sin embargo, que no se predica un concepto meramente económico del perjuicio concursal desvinculado causalmente de la insolvencia. Lo que se defiende es una noción de causalidad generosa que alcance el perjuicio mediato: «de la causa a la concausa».

Estos planteamientos concursales —**propios** de patrimonios complejos y **dinámicos**— han influido en la forma de entender el perjuicio pauliano. Ya hemos tenido ocasión de referirnos a la evolución de criterio desde una relación cerrada y puntual del acto rescindible con la insolvencia —la **provoca**— a una mucho más abierta: el acto rescindible influye en la insolvencia. En este sentido se habla de «perjuicio virtual». Todo ello es consecuencia de la progresiva mercantilización del ámbito civil, cada vez más dinámico y complejo.

Concretemos ahora todo este planteamiento conceptual en relación a los distintos tipos de actos rescindibles. Los actos a título gratuito realizados por el deudor en situación de insolvencia —**de hecho o de derecho**— significan un perjuicio directo a los intereses concursales en cuanto disminuyen la garantía patrimonial. Pero también los realizados antes de la situación de insolvencia son mediatamente perjudiciales. Provocan un empobrecimiento de la garantía patrimonial que de forma indirecta repercute en la situación patrimonial deficitaria.

La onerosidad en el intercambio excluye aparentemente el perjuicio concursal. Se produce sólo una alteración de la garantía patrimonial que consiste en la modificación de uno de sus elementos: sale un bien y entra dinero; se permuta una cosa por otra; o en la operación de descuento bancario, la concreta letra descontada se intercambia por dinero o por una anotación contable del abono en la cuenta corriente del cliente (93)... No obstante las apariencias, la onerosidad del acto —**reciprocidad de contraprestaciones**— no excluye la posibilidad de perjuicio. Basta con repensar los planteamientos que hemos mantenido en el ámbito de la «rescisión pauliana». Primero: hay que indagar más allá de la onerosidad formal del acto, valorando, en concreto, la equivalencia material de las contraprestaciones. Lo relevante es la onerosidad material. En la medida en que se produzca una desproporción significativa entre el valor de las «recíprocas» prestaciones, el acto es rescindible. El criterio de concreción del perjuicio puede ser el previsto en el artículo 1.291.1.º del Código Civil en materia de rescisión por lesión. Un acto que represente una lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas, significa un perjuicio económico relevante para los intereses concursales. Y ante todo, debe tenerse en cuenta el alcance global de la operación jurídica: los pros

(93) Sobre la onerosidad de la operación de descuento bancario, vid. RECALDE CASTELLAS, «Retroacción de la quiebra y cuenta corriente bancaria», en *La Ley*, 1992-4, pág. 219 y sigs.; FÍNEZ RATÓN, «Comentario a la STS de 19 de diciembre de 1991», en *CCJC*, 1992, ref. 741, pág. 175.

—ventajas— y los contras —sacrificios— y compensadamente concretar su naturaleza lesiva o no. Segundo: la onerosidad material del acto tampoco excluye de forma definitiva el perjuicio. Cabe que del patrimonio del deudor salga un bien perseguible y realizable —por ejemplo, un inmueble— y como contraprestación entre un bien de fácil ocultación —dinero—. También aquí existe perjuicio para los acreedores en la medida en que se posibilita indirectamente la vulneración de la garantía patrimonial que el deudor se ocupa de consumir.

Con este planteamiento —próximo a la caracterización del perjuicio pauliano— se obtiene una ineficacia de amplio alcance. Con un criterio de causalidad generoso —relación inmeditata o mediata— se valora la incidencia económica negativa del acto sobre la garantía patrimonial del deudor.

No obstante ello, la categoría de la rescisión no es una panacea jurídica para los males concursales. La inercia jurídica hacia la consolidación de lo válido y eficaz impone ciertos límites temporales en la impugnación de los actos perjudiciales. Si un acto conforme a derecho —válido y eficaz— tiene cierto tiempo, hacen falta buenas razones para hacerlo ineficaz. Pero si es un acto de una considerable antigüedad, está ya tan consolidado en la realidad jurídica que más vale desconocer el interés de los acreedores y dejar las cosas como están. Se necesitaría demasiado esfuerzo jurídico para remover una situación tan arraigada y que, incluso, ha derivado ya en otras situaciones jurídicas. Además, habría que emplear otro tanto de energía para reparar los efectos perturbadores de la ineficacia en el tráfico jurídico. El desgaste jurídico, e incluso, económico, sería desproporcionado (94). Mejor, por tanto, limitar con plazos temporales razonables la impugnación de lo válido y eficaz. Cuáles sean en concreto estos límites —el plazo general de cuatro años de la rescisión pauliana u otros especiales— es una cuestión de política jurídica. Pero lo que sí parece propio es caracterizar el plazo de impugnación como de caducidad (95).

Más polémica suscita el *dies a quo* para el cómputo del plazo. Como hipótesis conceptual cabe optar entre un planteamiento objetivo que toma como referencia el momento en que la acción puede ejercitarse o por un criterio subjetivo que tiene en cuenta el momento cognoscitivo del perjuicio: cuando efectivamente se conoce o se haya podido diligentemente conocer. La

(94) En esta misma línea de pensamiento cabe reinterpretar el alcance del plazo de retroacción. Así también, mirando atrás, el plazo de retroacción no significa que desde tal fecha todo sea rescindible, sino que sólo merece (jurídicamente) la pena indagar la rescindibilidad de actos onerosos desde tal fecha.

(95) De la ratio de otorgar seguridad y fijeza a las situaciones jurídicas conformadas según derecho, se desprende la caducidad de la acción. Vid. por todos, JORDANO FRAGA, «El *dies a quo* para el cómputo del plazo de la acción revocatoria o pauliana (con motivo de jurisprudencia reciente)», en *RCDI*, 1995-I, pág. 91.

dicotomía de criterio se plantea también en el ámbito de la acción pauliana donde la opinión doctrinal común y la jurisprudencia interpretan el artículo 1.969 del Código Civil con una ratio objetiva (96). El *dies a quo* es el momento de realización del acto que es cuando se verifica el perjuicio pauliano, y nace la acción dirigida a repararlo. No obstante, se conocen decisiones jurisprudenciales que computan el plazo desde el momento cognoscitivo, respaldadas por el criterio de un sector de la doctrina (97).

Lo que subyace detrás de las distintas opciones es la tendencia a proteger preferentemente a uno de los intereses implicados en la rescisión. La postura objetiva mira fundamentalmente hacia la protección de la adquisición válida y eficaz. Por esto —para otorgar certidumbre a las situaciones jurídicas conformadas según derecho— el plazo de caducidad tiene un punto de referencia fijo. Existe un período de pendencia en que lo válido puede devenir ineficaz. Pero pasado un tiempo —cuatro años— el acto es inatacable.

El planteamiento subjetivo se inclina, por el contrario, hacia el interés del acreedor y con un criterio de justicia-lógica se refiere a la posibilidad de impugnación: para poder impugnar un acto perjudicial, el acreedor tiene que conocer su existencia o haberla podido diligentemente conocer.

La confrontación de criterios e intereses se reproduce en el ámbito concursal. Para fijar el punto de inflexión del acto perjudicial, hay que optar entre el momento de apertura del procedimiento concursal —que es el momento de indagar o verificar el carácter perjudicial del acto: cuando objetivamente se puede ejercitar la acción— y el momento del conocimiento, concretado en los síndicos de la quiebra como gestores de los intereses concursales. Con lo primero se da fijeza a las situaciones jurídicas conformadas según derecho, y con lo segundo se posibilita la restauración del perjuicio concursal. Mi opinión al respecto es la siguiente: la ineficacia concursal en su desenvolvimiento funcional significa nada más y nada menos que la rescisión de lo válido y eficaz. Y esta consecuencia se hace valer, incluso, frente a un tercero de buena fe. Se puede decir de forma expresiva que la ineficacia se impone a la «fuerza», sin consideraciones subjetivas. Como moneda de cambio parece lógico ofrecer cierta seguridad y certidumbre; a partir de un período de tiempo, legalmente fijado, el acto deviene definitivamente eficaz. Desde luego que para el interés concursal es más ventajosa la opción cognoscitiva (98). Pero

(96) Vid. MORENO QUESADA, *Comentario al Código Civil del Ministerio de Justicia*, T. II, Madrid, 1991, pág. 540; DE CASTRO, *La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial...*, cit., pág. 227; ALBALADEJO, *Comentario al Código Civil y Compilaciones forales*, T. XV-1, Madrid, 1989, pág. 983.

(97) Así, JORDANO FRAGA, «El *dies a quo* para el cómputo de la acción revocatoria o pauliana...», cit., pág. 99 y sigs.

(98) Defendida por SANCHO GARGALLO, *La retroacción de la quiebra...*, cit., pág. 275 y sigs.

la especialidad de la rescisión concursal consiste en compensar los intereses en juego: hay que dar una de cal y otra de arena. Corresponde, pues, la ineficacia de lo válido y eficaz pero con consecuencias moderadas para el adquirente. Esta postura subyace, incluso, en el propio planteamiento subjetivo que mide el conocimiento con el baremo «objetivo» de la diligencia. Con esta fórmula, las distancias con el punto de vista netamente objetivo se pueden acortar tanto como se quiera. Basta con estirar el rigor de la diligencia exigible hasta donde sea necesario.

Si el tercero participa de mala fe en el perjuicio concursal, la ratio del planteamiento objetivo cae por su base. Se produce un cambio de tornas, mirando hacia los intereses concursales para fijar el *dies a quo*: desde que se tuvo conocimiento del acto perjudicial. El criterio subjetivo tiene una importante referencia legal en la acción de responsabilidad civil extracontractual (art. 1.968.2.º del Código Civil). Y la mala fe concursal es una actitud subjetiva próxima a los criterios de imputación de responsabilidad. Por una parte, el conocimiento del perjuicio concursal no es actitud subjetiva reprochable en sí misma considerada —no es culpa—, pero de forma mediata significa la asunción del riesgo de la ineficacia, afín en su caracterización conceptual a la asunción de riesgos negociales. Y de otra parte, la mala fe en su versión fraudulenta se identifica con el «dolo bueno». Cabe, pues, el paralelismo de consecuencias.

El perjuicio concursal no sólo se concreta en los actos que provocan u ocasionan la insolvencia. Además se diversifica en otra forma: el pago improcedente a un acreedor de la insolvencia. En la situación de déficit patrimonial del deudor, lo poco que queda debe repartir entre todos los acreedores según el principio *par conditio creditorum*. Por tanto, el abono de una deuda —aunque esté vencida y sea exigible— es perjudicial para los intereses concursales si vulnera la distribución igualitaria. Desde la misma ratio de respeto hacia el orden concursal de los créditos, se desprende perjuicio si el pago vulnera un privilegio preexistente (99).

En materia de pagos, el perjuicio concursal sí presupone conceptualmente la insolvencia. Sólo cuando no hay suficientes para todos, se actúa la ley del dividendo. Pero entiéndase que, a estos efectos, el momento relevante no es la insolvencia declarada formalmente —sólo a partir de la misma se impugnan los actos solutorios— sino la situación de insolvencia de he-

(99) Como aclara SATTA: «La concursalidad de un procedimiento implica que la consecuencia de la crisis económica de la empresa, esto es, la insatisfacción de los acreedores, sea reparada mediante una regulación igual para todas las relaciones (*par conditio creditorum*), salvo, naturalmente, las causas legítimas de prelación, es decir, que las relaciones se presenten ya al concurso como desiguales». Cita de SATTA recogida por GARCÍA MARTÍNEZ, «Principio de Derecho concursal: la igualdad de los acreedores», en *La Ley*, 1984-3, pág. 887.

cho (100). Por esto se puede mirar hacia atrás y a los efectos de la reintegración de la masa concursal, impugnar, incluso, pagos de deudas vencidas y exigibles realizados en situación de insolvencia real, aún no declarada (101). Fijado, pues —con unos criterios u otros— el momento de la insolvencia de hecho, cabe, en general, la impugnación de los actos solutorios perjudiciales.

El pago es rescindible, no como causa de la insolvencia, sino como efecto de la misma; o para ser más precisos, como efecto de la violación de las reglas de reparto de la insolvencia. Existe, pues, una relación directa entre el pago y los intereses concursales, sin que tengan cabida interferencias conceptuales que enturbien la caracterización del perjuicio a los efectos rescisorios. En sí mismo considerado, el pago es un acto válido y eficaz —pago de lo debido— y como mucho de lo que se puede hablar es de irregularidad si se trata de una deuda no vencida y el anticipo significa una ventaja negocial injustificada para el acreedor: la cuestión del *interusurium* (102). Pero este no es el problema concursal. El pago se rescinde porque significa un privilegio contrario al orden concursal de pagos: uno cobra en contra de la igualdad de condición del resto. Y, a estos efectos, tanto da que exista anticipo como si no (103).

Al pago perjudicial rescindible se equipara la compensación de créditos y derechos entre el deudor y uno de los acreedores de la insolvencia. El caso más común son las compensaciones que practican los bancos de sus créditos con los saldos que el quebrado tiene a su favor en dicha entidad. A través de esta operación, el banco consigue adelantarse en el cobro, disminuyendo el caudal disponible para el resto de los acreedores de la insolvencia. En la medida en que la compensación suponga un privilegio para un acreedor de la insolvencia al evitar su sometimiento a la ley del dividendo puede ser impugn-

(100) Con toda precisión Díez-PICAZO critica los planteamientos doctrinales que condicionan la ineficacia del pago a la declaración judicial de quiebra. El error conceptual del que deriva este planteamiento equivocado consiste en vincular la «ley del dividendo» a las situaciones de ejecución universal, ignorando su verdadera ratio: las hipótesis de colisión de créditos. Vid. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, «El pago anticipado», en *RDN*, julio-septiembre, 1959, pág. 112.

(101) Si en la vía pauliana no se pueden impugnar los actos solutorios de deudas vencidas y exigibles realizados en situación de insolvencia no es porque entonces no proceda aplicar las reglas concursales de cobro, sino porque existen impedimentos de organización de los intereses concursales para aplicarlas. Las razones son, pues, formales —de procedimiento— y no sustantivas —conceptuales—.

(102) Como explica Díez-PICAZO (*El pago anticipado...*, cit., pág. 97), si un crédito que no devenga interés es pagado antes de tiempo, el acreedor se beneficia con la posibilidad de colocar el dinero a interés. Por tanto, el crédito vale menos que su valor nominal. La diferencia de valores será el *interusurium* que deberá descontarse del valor nominal para reequilibrar la situación.

(103) Vid. SANCHO GARGALLO, *La retroacción de la quiebra...*, cit., pág. 260.

nada (104). El perjuicio concursal sólo queda excluido si la compensación está justificada por una causa comercial autónoma. Por ejemplo, las practicadas en el contrato de cuenta corriente mercantil. Pero, entonces, la misma dinámica funcional de la relación implica la compensación, y no se aprovecha el saldo del deudor para imputar créditos del banco por causas distintas (105).

Especial mención merece el carácter perjudicial de la llamada superposición de garantía. Con ella el deudor otorga una garantía o privilegio a un acreedor de la insolvencia que no tenía previamente ningún derecho preferente: por ejemplo, otorgamiento de una hipoteca en situación de déficit patrimonial. El acreedor se pone sobrevenidamente por delante de los demás, vulnerando el orden concursal. Y esto justifica la impugnación de la garantía. Hay que poner, sin embargo, especial cuidado en concretar la existencia real de perjuicio. Porque una cosa es que la garantía signifique una modificación sobrevenida del orden de cobro concursal con naturaleza de privilegio, y otra cuestión distinta la realización de un negocio de garantía a título oneroso (106). Cabe que la garantía haya sido otorgada a cambio de una contraprestación a favor del deudor que enriquece la masa concursal (107). Un nuevo crédito para sacar a flote la empresa, la cesión de bienes productivos, reducción del tipo de interés, o, en general, la concesión como contraprestación de ventajas económicas al deudor. El carácter oneroso de la garantía otorgada excluye el perjuicio y la rescisión.

Dos últimas precisiones de política legislativa en torno a los pagos improcedentes. Primera: en este ámbito, el perjuicio concursal presupone la situación de insolvencia. Precisamente las reglas concursales de cobro se establecen para organizar la colisión de créditos: «no hay bastante para todos». La dificultad en la práctica es fijar el momento concreto de la insolvencia. Entendida la insolvencia como un proceso, cuesta trabajo decidir desde cuándo se consolida el resultado final de causas complejas e interactuantes. En par-

(104) Vid. OLIVENCIA, «La compensación en la quiebra y el artículo 926 del Código de Comercio», en *ADC*, 1958, pág. 805 y sigs.; RUBIO, «La declaración de quiebra y los créditos pendientes (Banca y quiebra)», en *AAMM*, 1959, pág. 233 y sigs.; RECALDE CASTELLS, *Retroacción de la quiebra y cuenta corriente bancaria...*, cit., pág. 227.

(105) Así lo precisa, RECALDE CASTELLS, *Retroacción de la quiebra y cuenta corriente bancaria...*, cit., pág. 227; SANCHO GARGALLO, *La retroacción de la quiebra...*, cit., pág. 250.

(106) Vid. FÍNEZ RATÓN, «Comentario a la STS de 19 de diciembre de 1991», en *CCJC*, 1992, pág. 177.

(107) Sobre el carácter oneroso de la garantía, vid. DE PRADA, «La onerosidad y gratuidad de los actos jurídicos», en *AAMN*, T. XVI, Madrid, 1968, págs. 390 y 391; LACRUZ BERDEJO, «La causa en los contratos de garantía», en *RCDI*, 1981, pág. 744 y sigs.; MORENO QUESADA, LUIS, *Las garantías reales y su constitución por tercero*, Granada, 1987, pág. 109; LLEBARÍA SAMPER, *Insolvencia civil, par conditio creditorum, y rescisión de hipoteca...*, cit., pág. 928 y sigs.

ticular, la dificultad se acentúa en los patrimonios especialmente dinámicos como las grandes empresas. Quizá una opción de política legislativa acertada sea la fijación legal de un «período sospechoso» próximo en el tiempo a la quiebra judicialmente declarada. Con un criterio de normalidad es probable que el deudor fuese ya insolvente en los dos o tres meses anteriores a la formalización judicial del conflicto concursal.

Segunda: del concepto amplio de «pago perjudicial» delimitado hay que excluir los de ordinaria administración, como los de teléfono, a los proveedores, de impuestos inherentes a la actividad profesional... Son pagos tan intrínsecos al funcionamiento y a la dinámica de la empresa que se pueden entender como absorbidos por ella. Hay que valorarlos desde dentro. No son actos de disminución del patrimonio empresarial, sino «actos de empresa».

Hasta aquí la delimitación objetiva del perjuicio concursal. Pasemos ahora a precisar el alcance de la rescisión de un acto válido y eficaz frente a la contraparte del deudor: el **porqué y cómo** se ataca el acto adquisitivo del tercero.

4. ALCANCE DE LA INEFICACIA FRENTE A TERCEROS

La ineficacia concursal persigue el interés de los acreedores rescindiendo los actos de disposición del deudor que ocasionan un perjuicio concursal. Pero enfrente de esta valoración cerrada de intereses, está la contraparte del deudor en el acto de disposición que se ve implicado en una insolvencia ajena. En definitiva, se le dice que tiene que restituir a la masa concursal un bien recibido conforme a derecho en interés de los «acreedores de otro». La causa de justificación de la implicación del tercero en la ineficacia concursal es una razón de equidad. En un brazo de la balanza se pone el interés de los acreedores y en el otro, el del adquirente. Y con una ratio de justicia material se decide, bien la rescisión de lo perjudicial, o bien la conservación de lo válido y eficaz. Todo depende de cuál sea en cada caso el título —**oneroso** o gratuito— y la condición —**buena** o mala fe— del tercer adquirente. El conflicto pauliano entre la seguridad del crédito y la seguridad del tráfico se reproduce en el ámbito concursal. En general —**con un criterio común**— se predica la seguridad del crédito, pero con una ratio moderada. Tanto si la protección del crédito es colectiva —**ineficacia concursal**— como singular —**ineficacia pauliana**—, el tercero es por igual ajeno al perjuicio. El porqué de la ineficacia significa en ambos casos una «razón de peso» que actúa sobre lo válido y eficaz y a pesar de la ajeneidad. Y también de forma generalizada se predica una ratio especial de protección de los terceros a título oneroso y de buena fe.

Concretemos, pues, la ratio de rescisión respecto a los distintos tipos de actos perjudiciales.

Los actos gratuitos se rescinden por una neta cuestión de justicia material. Entre el empobrecimiento de la masa concursal y el enriquecimiento sin costes del tercero, la balanza de equidad se inclina hacia los acreedores. La misma pesada resulta en los intercambios recíprocos de contraprestaciones «materialmente» descompensadas en su valor. Tales actos ocasionan una disminución de la garantía patrimonial —lesión en el valor de la contraprestación— frente a un enriquecimiento a bajos costes del adquirente. Y, por consiguiente, con un criterio de justicia material existe perjuicio concursal. La razón de decisión en estos casos es estrictamente objetiva —primacía del perjuicio sobre el enriquecimiento—. La mala fe del adquirente sólo agrava en su caso las consecuencias de la ineficacia que —además de la estricta restauración jurídica— significa responsabilidad por los daños ocasionados. El planteamiento objetivo cabe perfectamente en la técnica rescisoria entendida como ineficacia de protección de los acreedores y no como sanción de comportamientos fraudulentos. Y esto es justamente lo que se predica en este trabajo.

La razón de decisión del conflicto es totalmente distinta respecto a los adquirentes a título oneroso en sentido formal y material. Se produce un intercambio de contraprestaciones compensado en los valores recíprocos, y el perjuicio deriva de una maquinación fraudulenta del deudor que desvía el bien recibo de la garantía patrimonial; normalmente, el acto intencionado se concreta en la ocultación de dinero. Si el tercero es ajeno a esta operación fraudulenta, no cabe la ineficacia de su adquisición. Por mor de la seguridad del tráfico jurídico, se impone la consolidación de los actos válidos y onerosos. No parece una buena solución socio-económica perturbar la confianza de los adquirentes. Ni siquiera el interés concursal impone tal sacrificio. Sería peor el remedio que la enfermedad. La onerosidad de la adquisición es, pues, un límite al desenvolvimiento funcional de la rescisión. Excepto, naturalmente, si ha existido mala fe por parte del tercero en relación al perjuicio concursal, entonces la justificación de la ineficacia viene dada.

A tales efectos, la mala fe presenta grados distintos: bien el tercero está implicado directamente en el fraude —coparticipa con el deudor— o bien, simplemente, tiene conocimiento de esta actuación ilícita. La mala fe en su grado máximo —«fraudulento»— implica ineficacia y, además, responsabilidad por daños. La mala fe «cognoscitiva» conlleva la ineficacia neta. Quien con conocimiento de causa del perjuicio que ocasiona mediatamente lleva adelante la adquisición soporta el riesgo de la ineficacia sobrevenida. De nuevo, por tanto, como en muchos otros aspectos de la caracterización de la ineficacia concursal, hemos aprehendido los planteamientos paulianos. Y siguiendo la misma línea argumentativa, el objeto de la mala fe concursal —como el de la pauliana— se concreta necesariamente en el perjuicio que se ocasiona —directamente— o se propicia —indirectamente—. En la consciencia del perjuicio, la perspectiva concursal crea, sin embargo, espejismos que nos

pueden llevar a entender la mala fe como simple conocimiento de la situación de insolvencia. Visión esta conceptualmente equivocada. Otra cosa distinta es que, por razones de política legislativa, interese objetivar la rescisión. Y del conocimiento de la insolvencia se deduzca «presuntivamente» el conocimiento del perjuicio —mala fe— (108).

El recurso a las presunciones es frecuente en materia de mala fe. La prueba directa de las actitudes subjetivas suele resultar imposible. Entonces, del indicio (relación familiar, afectiva, negocial...) se deduce presuntivamente la mala fe.

Todo este cúmulo de presunciones «objetivas» significativamente la mala fe y también el desenvolvimiento funcional de la ineficacia concursal.

Pero lo que nos parece, insistimos, desproporcionado, es sacrificar la adquisición del tercero a título oneroso y de buena fe (109). He aquí por qué no comparto sin más concreciones la solución prevista en el artículo 92 de la Propuesta de Anteproyecto de ROJO FERNÁNDEZ-RÍO: «Son revocables los actos y omisiones realizados por el deudor dentro del año anterior a la declaración de concurso que perjudiquen a los acreedores, aunque la otra parte no

(108) El artículo 92 de la propuesta de anteproyecto de ROJO FERNÁNDEZ-RÍO relaciona la mala fe cognoscitiva con la situación de insolvencia.

(109) Como ya se ha explicado en el inicio del trabajo, esta ratio de seguridad del tráfico jurídico es defendida por un importante sector de la doctrina. Con firmeza se ha denunciado la sinrazón de la ineficacia de las adquisiciones a título oneroso y de buena fe. La misma tendencia refleja el artículo 10 de la ley de 25 de mayo de 1981, reguladora del mercado hipotecario (BOE 15 de abril): «Las hipotecas inscritas a favor de las Entidades a que se refiere el artículo 2 (entre otras, los Bancos, Cajas de Ahorro y las Sociedades de Crédito Hipotecario) sólo podrán ser impugnadas al amparo del párrafo 2.º del artículo 878 del Código de Comercio, mediante acción ejercitada por los síndicos de la quiebra, en la que se demuestre la existencia de fraude en la constitución del gravamen, y quedando en todo caso a salvo el tercero que no hubiese sido cómplice en el fraude». Quizá el precepto necesite un retoque interpretativo que precise su alcance. La hipoteca puede significar un privilegio sobrevenido para uno de los acreedores de la insolvencia. Entonces, por mor del principio de la *par conditio creditorum*, cabe la impugnación con criterios objetivos, a pesar de la buena fe del acreedor. Y esto de forma generaliza, incluso respecto a las entidades del artículo 2. Si se mantiene otra cosa es que, indirectamente, se les está concediendo un privilegio extraordinario. La cuestión cambia en las hipotecas constituidas por un nuevo negocio a título oneroso como un préstamo hipotecario. Entonces la reciprocidad de prestaciones entre el deudor y la entidad financiera excluye el perjuicio y la rescisión. Según esta ratio interpretativa, el artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario se refiere a las hipotecas onerosas, y no a las gratuitas, que sí son rescindibles. Aun así, la onerosidad formal del acto puede servir de cobertura a una operación fraudulenta mediatamente perjudicial. Entonces prevalecen las razones de justicia material sobre la onerosidad formal del acto, y procede la impugnación de la hipoteca perjudicial. Esta es justamente la puerta que deja abierta el precepto comentado. Estas precisiones sobre el artículo 10 de la Ley del Mercado Hipotecario se corresponden con los planteamientos defendidos en el texto. Y también con la opinión de la doctrina; vid. SASTRE PAPIOL, «Aspectos de Derecho concursal y seguridad del crédito territorial (La retroacción de la quiebra y sus efectos sobre las hipotecas)», en RGD, 1993, pág. 8718.

conociese que el deudor se encontraba en estado de insolvencia». Si por actos perjudiciales se entienden los formalmente onerosos, pero materialmente perjudiciales, nada que objetar a una rescisión de ratio objetiva. Se trata de proteger, con criterios de justicia material, el empobrecimiento de la masa concursal frente a un enriquecimiento a bajos costes del adquirente. Aunque, por otra parte, con esta interpretación se comprime forzosamente el concepto de perjuicio concursal. Pero, si ampliamos el concepto a los actos onerosos intencionadamente perjudiciales —intercambio compensado en valor de cosa por dinero que después se oculta o evade de la garantía patrimonial por el deudor—, la implicación del tercero en la ineficacia exige como mínimo su participación cognoscitiva en el perjuicio concursal. Sin este elemento subjetivo no cabe la rescisión de lo oneroso. Como mucho se puede admitir la objetivación mediante presunciones. Pero, al menos hace falta el «indicio» de mala fe. Quizá, a los efectos interpretativos del artículo 92 de la Propuesta, no estaría de más precisar el alcance del perjuicio y de la participación del tercero en el mismo.

Cierta especialidad presenta el elemento subjetivo relevante a los efectos de la rescisión del pago realizado o de la garantía otorgada a uno de los acreedores de la insolvencia contrarios a las reglas concursales de pago de los créditos. El elemento cognoscitivo que justifica la rescisión tiene por objeto el perjuicio concursal que ocasiona el pago. No obstante, es frecuente que se identifique la mala fe con el conocimiento de la situación de insolvencia. Pero esto es sólo un espejismo concursal que hay que entender como un intento de favorecer presuntivamente la prueba de la conciencia del perjuicio.

Con la técnica presuntiva la rescisión protege el interés de los acreedores de forma cuasi objetiva. No obstante, se puede ir un poco más lejos y predicar a las claras la objetivación de la rescisión de los pagos perjudiciales. Al fin y al cabo, el principio de la *par conditio creditorum* es de orden público obligacional y prevalece, por tanto, sobre el interés individual de uno de los acreedores. Todos por igual están comprometidos por la insolvencia y las reglas de cobro concursales. Por ende, el acreedor no es un tercero de buena fe que sobrevenidamente soporta las consecuencias de la insolvencia ajena, sino un sujeto directamente implicado en la situación de colisión de créditos. Desde esta ratio de paridad se justifica la rescisión objetiva de los pagos que ocasionan perjuicio a los intereses concursales (110).

(110) Este planteamiento objetivo es defendido por Díez-Picazo, *El pago anticipado...*, cit., pág. 114; y también parece ser la postura implícita de la doctrina que justifica la rescisión de los pagos en razón del perjuicio concursal, prescindiendo de valoraciones subjetivas —buena o mala fe—; vid. SANCHO GARGALLO, *La retroacción de la quiebra...*, cit., pág. 247 y sigs.; FÍNEZ RATÓN, *Comentario a la STS de 19 de diciembre de 1991...*, cit., pág. 173 y sigs. A veces la objetivación se construye sobre forzadas presunciones absolutas. Así, RECALDE CASTELLS («Retroacción de la quiebra y cuenta corriente bancaria.

5. EFECTOS DE LA INEFICACIA: LA RESTITUCIÓN

La caracterización de la ineficacia concursal se cierra con el régimen restitutorio. Al concretar sus efectos se debe evitar, sobre todo, el mimetismo de criterio con la invalidez negocial. La rescisión concursal es una forma de ineficacia con características conceptuales y funcionales de las que derivan una ratio de moderación de los efectos restitutorios, esencialmente en consideración al tercero sobrevenidamente implicado en la rescisión de un acto válido y eficaz. Las razones de protección del tercero son las mismas en el ámbito de la ineficacia pauliana que en el concursal. En la composición de los intereses enfrentados —seguridad del crédito frente a seguridad del tráfico— hay que buscar siempre un punto de equilibrio. No hay que pecar ni por exceso ni por defecto. La multiplicación del perjuicio —concursal— no debe cegarnos. Las ventajas para unos —acreedores— no deben significar la desproporción para otros —terceros—.

La ineficacia implica esencialmente la restauración jurídica del perjuicio concursal mediante la rescisión del acto lesivo. El bien enajenado del patrimonio del deudor entra a formar parte sobrevenidamente de la masa concursal. En el ámbito concursal, por razones de orden, la ineficacia sí que conlleva la restitución de la cosa propiamente entendida. Se trata de repartir la masa activa entre todos, y a este fin mejor traer los bienes a ella y desde aquí organizar la distribución.

Esto es lo esencial. Pero de la mano de la ineficacia estricta vienen otras cuestiones de régimen jurídico: la reciprocidad de la restitución en la rescisión de actos onerosos. El alcance de la restitución respecto a los frutos. La posible responsabilidad por pérdida de la cosa. Las consecuencias de la enajenación de la cosa a un subadquirente, ¿debe el adquirente entregar a la masa la contraprestación recibida en concepto de enriquecimiento? ¿Cabe impugnar la adquisición del subadquirente? En buena medida las soluciones concursales coinciden con las paulianas. La ratio general es una moderación del alcance y efectos de la ineficacia en consideración al tercero de buena fe. Porque, en definitiva, se le está imponiendo las consecuencias de la insolvencia ajena. Pero la coincidencia de regímenes no es absoluta. De las propias exigencias del procedimiento concursal derivan consecuencias particulares.

Comentario a la STS [Sala 1.ª] de 19 de diciembre de 1991», en *La Ley*, 1992-4, pág. 224) entiende que «resulta irrelevante la buena o mala fe..., puesto que ésta siempre se presume».

5.1. *Ineficacia de los actos a título gratuito*

Si la ineficacia se justifica respecto a este tipo de actos por razones objetivas de equidad —**primacía del perjuicio sobre el enriquecimiento con causa pero sin costes**— parece también de equidad la moderación de sus consecuencias respecto al adquirente. Es proporcionada la ineficacia neta del acto e injustificada la exigencia de cualquier otro desgaste de su patrimonio. Se predica, pues, la rescisión hasta el límite del enriquecimiento. Con esta ratio de moderación, los efectos rescisorios se concretan de la siguiente forma:

La restitución no alcanza a los frutos porque el tercero los percibe con un título de propiedad válido y eficaz. Y en caso de pérdida de la cosa, no incurre en responsabilidad alguna. El propietario no está obligado a conservar la cosa propia. Y tampoco tiene obligación alguna frente a la masa concursal hasta el momento de la ineficacia sobrevenida.

En caso de que el adquirente hubiese realizado impensas sobre la cosa que aumentan su valor, tendrá derecho al desembolso de la mismas. La ineficacia tiene por límite el enriquecimiento neto del adquirente y a estos efectos, los gastos significan un empobrecimiento patrimonial. Con la misma ratio de moderación, se predica la caracterización del desembolso de las impensas como un derecho de crédito contra la masa. De ello deriva una distribución equitativa de las consecuencias de la insolvencia del deudor entre los distintos intereses implicados. El adquirente soporta la restitución y la masa, las impensas.

El subadquirente a título oneroso y de buena fe no se ve salpicado por la rescisión por mor del principio de seguridad del tráfico jurídico. Pero el primer adquirente debe entregar a la masa lo que haya recibido a cambio de la cosa, hasta el límite de utilidad —**enriquecimiento neto**—, que bien puede coincidir con el valor de la cosa o bien, no. Si la enajenación es a título gratuito, el subadquirente soporta las consecuencias de la ineficacia por las mismas razones de equidad que el primer adquirente: **primacía del perjuicio concursal sobre el enriquecimiento**.

En fin, las consecuencias de la ineficacia se reducen a las mínimas si quien las soporta es un adquirente a título gratuito y de buena fe: se concretan estrictamente sobre la cosa o sobre la «utilidad patrimonial» derivada de la misma, quedando por lo demás «indemne» el patrimonio. Pero si es de mala fe, el alcance de la rescisión se agrava significativamente. Los aspectos de la agravación serán expuestos de forma generalizada para los distintos tipos de actos perjudiciales: a título gratuito, contraprestaciones desproporcionadas en valor, actos intencionadamente perjudiciales...

5.2. *Actos onerosos materialmente perjudiciales: desvaloración lesiva de la contraprestación recibida por el deudor*

Si el deudor malvende sus bienes por debajo de su precio real, se produce un perjuicio objetivo para los intereses concursales que justifica la rescisión del acto de enajenación. La ineficacia implica la restitución recíproca de las contraprestaciones (111). El adquirente entrega el bien pero surge un crédito a su favor contra la masa concursal que debe restituírle la prestación que él dio o su valor. La reciprocidad en la restitución no deriva de una vinculación negocial previa (art. 1.303 del Código Civil), sino de la propia ratio de equidad que subyace en la ineficacia concursal. Se reproduce el enfrentamiento característico entre perjuicio y enriquecimiento —a bajos costes—, y la solución de equidad marca un punto a medio camino entre las coordenadas enfrentadas. El adquirente restituye el bien, pero a cambio de que la masa le devuelva su prestación. Se corrige el perjuicio concursal sin provocar un perjuicio injustificado al adquirente. Porque una cosa es soportar la pérdida de un enriquecimiento y otra distinta soportar, además, la pérdida del propio sacrificio económico; o, mejor dicho, de una parte del mismo. Porque esto es lo que ocurre si el crédito restitutorio del adquirente se califica como concursal y no como crédito de la masa. Se aplicaría la «ley del dividendo» y algo dejaría de percibir. Así pues, la razón de la reciprocidad mira más hacia la protección del adquirente que a la evitación de un enriquecimiento injustificado de la masa concursal (112).

5.3. *Actos del deudor intencionadamente perjudiciales: la mala fe del adquirente*

El deudor puede provocar fraudulentamente el déficit patrimonial bajo la apariencia formal de un acto oneroso. La operación tiene dos momentos: primero, se desprende de un bien accesible para los acreedores —como, un inmueble— a cambio de dinero. Segundo, saca la cantidad recibida de su patrimonio. El perjuicio concursal se ha consumado. La contraparte en el acto

(111) Vid. SANCHO GARGALLO, *La retroacción de la quiebra...*, cit., pág. 253.

(112) Sin embargo, el derecho del tercero contra la masa se suele justificar desde la perspectiva del enriquecimiento injusto. Se razona de la siguiente manera: si los síndicos consiguen reintegrar el bien y no restituyen la contraprestación efectuada por el tercero, se produce un enriquecimiento injusto de la masa de la quiebra, la cual se reintegra doblemente. Vid. BELTRÁN, *Las deudas de la masa...*, cit., pág. 163; DELGADO ECHEVERRÍA, *Nulidad de los actos del quebrado...*, cit., pág. 2496; SANCHO GARGALLO, *La retroacción de la quiebra...*, cit., pág. 253; FÍNEZ RATÓN, *Comentario a la STS de 19 de diciembre de 1991...*, cit., pág. 177.

perjudicial puede ser ajena a todas estas maquinaciones del deudor. O, por el contrario, estar implicada de forma directa —coparticipación en el fraude— o mediata —simple conocimiento del perjuicio concursal—.

La mala fe del adquirente en cualquiera de sus grados justifica la ineficacia. Quien con conocimiento de causa realiza un acto perjudicial para los acreedores asume el riesgo de la ineficacia: debe restituir lo adquirido. Y con más razón todavía, si actúa con intención fraudulenta.

La mala fe se castiga con la pérdida del derecho a la contraprestación frente a la masa. Y esto por las mismas razones que subyacen en el artículo 1.306 del Código Civil. No encuentro, sin embargo, ninguna razón suficiente para negar al adquirente el derecho de reclamar el valor de la contraprestación en concepto de crédito concursal que, a modo de sanción, se caracteriza como postergado: con derecho a cobro después del resto de los acreedores concursales. Se comprende fácilmente que con tan mala posición, las posibilidades de lograr la satisfacción son mínimas. Pero mejor algo que nada. La «torpeza» de la mala fe se predica, pues, en relación a los intereses concursales, no en relación al deudor. Esta solución se justifica, sobre todo, si el adquirente no participa directamente en el fraude concursal, y simplemente conoce el perjuicio ajeno. Entonces, sería hasta contrario a la justicia no permitirle oponer la onerosidad de su adquisición frente al deudor en concepto de crédito concursal. Y, además, ¿por qué no otorgarle este derecho que no causa mal a los intereses concursales —en cuanto postergado frente a todos los créditos—, pero evita que el propio deudor salga ganando con la maniobra fraudulenta?

Este es el papel que juega la mala fe como presupuesto de la ineficacia de las adquisiciones onerosas. En cualquiera de sus modalidades, justifica la ineficacia estrictamente entendida. Pero no acaba aquí el papel de la mala fe a los efectos de la reintegración de la masa de la quiebra. La actitud subjetiva del adquirente incide, o mejor dicho, debería incidir significativamente en el alcance de las consecuencias de la ineficacia. Los efectos restitutorios se modulan según el grado de implicación del adquirente en los hechos que determinan el perjuicio pauliano. El fraude conlleva consecuencias extremas y la mala fe cognoscitiva, más moderadas.

La coparticipación del adquirente —a título oneroso o gratuito— en el fraude significa responsabilidad por acto ilícito. En tal concepto se va más allá de la restauración jurídica del perjuicio concursal, hasta alcanzar la indemnización de otros daños económicos ocasionados a la masa activa. Por ejemplo, en la partida de lucro cesante, tienen cabida los frutos dejados de percibir. Si la cosa se pierde o se enajena a un subadquirente protegido en su adquisición, la ineficacia no puede realizarse sobre la cosa en naturaleza. Pero la partida de daños engloba el valor (*aestimatio rei*). En fin, sobre una misma actuación fraudulenta, se superponen dos acciones: la impugnatoria y la de

responsabilidad. Y donde no llega una —ineficacia estricta sobre la cosa— llega la otra —indemnización de daños—.

Si la actitud subjetiva del adquirente es meramente cognoscitiva del perjuicio ajeno, las consecuencias de la ineficacia alcanzan al enriquecimiento objetivo (113). El adquirente debe, pues, restituir la cosa a la masa concursal, sin poder reclamar los gastos derivados de la permanencia de la cosa en su patrimonio. Y si ha enajenado la cosa, debe restituir el precio obtenido, con independencia del provecho patrimonial efectivo que se haya conseguido del mismo. El principio de indemnidad patrimonial no lo protege porque no es de buena fe. No obstante, la medida de la ineficacia no alcanza la responsabilidad por pérdida culposa de la cosa; ni mucho menos, la fortuita. El adquirente, en definitiva, no garantiza el valor de la cosa en interés de los acreedores. Como se decía en el ámbito de la ineficacia pauliana, ello significaría imputarle más responsabilidad y riesgo que al propio deudor por las «lícitas» actuaciones patrimoniales. Sólo la actitud fraudulenta justifica el trasvase de la lógica de la ineficacia desde el enriquecimiento a la responsabilidad por pérdida de la cosa.

MARGARITA JIMÉNEZ-HORWITZ
Profesora de Derecho Civil
Universidad de Granada

(113) El planteamiento coincide con el alcance restitutorio predicado en materia de ineficacia pauliana en relación al adquirente con mala fe en el grado cognoscitivo.