

El fraude del deudor en la acción pauliana

SUMARIO: 1. EL FRAUDE DEL DEUDOR. CONSIDERACIONES GENERALES.—2. LA TRABAJOSA DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO.—3. EL FRAUDE DEL ADQUIRENTE.—4. PRUEBA DEL FRAUDE.—5. PRESUNCIONES DE FRAUDE.

1. EL FRAUDE DEL DEUDOR. CONSIDERACIONES GENERALES

Que para que un acreedor pueda acudir a la acción revocatoria se requiera 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.

En efecto, el hecho de ostentar la condición de deudor no supone que el sujeto jurídico sufra ninguna limitación objetiva en cuanto a sus facultades de disposición; el mismo puede seguir realizando toda suerte de actos jurídicos con indiferencia de cómo incidan los mismos en la esfera jurídica de sus acreedores. El tráfico jurídico se resentiría fuertemente, la fluidez de los negocios sufriría quebranto y los deudores verían mediatizada sin razón su capacidad si, objetivamente, al margen del propósito o estado anímico que acompañare a la enajenación o renuncia efectuada, sus actos dispositivos pudieran impugnarse en base al escueto criterio de que objetivamente resultan perjudiciales para sus acreedores. El elemento subjetivo de la acción pauliana resulta, de esta manera, imprescindible.

Ni siquiera aunque el deudor se encuentre en estado de insolvencia, cabe sin más, abstracta y objetivamente, condenar los actos dispositivos del mis-

mo. Prescindiendo del concurso y de la quiebra, el deudor insolvente no está incapacitado y conserva la plena gestión de su patrimonio; por lo que, en principio, puede seguir realizando cualesquiera actos dispositivos con cargo al mismo sin la amenaza de que tales actos vayan a desmoronarse porque irroguen daño a los acreedores. Como dice GIORGI, el deudor conserva la facultad de enajenar, disponer por acto entre vivos o de última voluntad, tanto a título oneroso como a título gratuito y de contraer hasta nuevas deudas, porque *licet alicui adiicendo sibi creditorem, creditoris sui faceré deteriore conditionem*. Por ello, si el deudor al contratar, al disponer, al enajenar, donando, renunciando, contrayendo nuevas deudas, obra de buena fe, ningún derecho adquieren sus acreedores, no sólo de impugnar, pero ni siquiera de censurar estos mismos actos, si bien sean y esté probado que les son perjudiciales (1); aunque, como luego se verá, los Derechos modernos hayan introducido profundas matizaciones en cuanto a los actos dispositivos a título gratuito.

Las circunstancias objetivas, por tanto, de que el deudor haya realizado actos dispositivos y de que éstos sean perjudiciales para el acreedor no son suficientes para justificar la existencia de un instrumento impugnativo de aquéllos al margen de la voluntad del deudor, de un propósito, conocimiento o estado anímico por su parte que introduzca en la disminución de su patrimonio el elemento de malicia que legitime el ataque de los acreedores, porque de otra manera el deudor resultaría *de jacto* incapacitado y la conservación de los negocios, de la que tan tributaria es la solidez y seguridad del tráfico jurídico, sufriría serio quebranto. Por lo que, en palabras de MESSINEO, presupuesto necesario de la acción revocatoria es un estado subjetivo que anime al deudor al dar lugar a los actos de disposición (2).

Lo que sucede es que, desde el momento en que se plantea la necesidad de este elemento subjetivo, si ya el juego de la insolvencia del deudor plantea serios y numerosos problemas, según hemos tenido ocasión de ver en el capítulo anterior, no obstante su carácter objetivo, ¿qué no ocurrirá cuando nos adentremos en el campo del ánimo del deudor, de sus propósitos, de su estado subjetivo a la hora de disponer de concretos elementos de su patrimonio? La contemplación que del interés de sus acreedores haga a la hora de plasmar sus actos dispositivos, por más que amerite su toma en consideración, nos introduce, a no deudar, en un mundo especulativo en el que *a priori* resulta muy difícil señalar reglas fijas y factores inobjetables o puntos de referencia intangibles: el mundo del fraude del deudor.

(1) GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, II, Madrid, 1909, pág. 313.

(2) MESSINEO, *Manual de Derecho civil y comercial*, IV, Buenos Aires, 1955, pág. 153.

Y aquí sí que el precedente romano es claro y meridiano, pues sin fraude del deudor nunca las fuentes aceptaron que estuviese expedito el camino de la acción pauliana, ya que, como anunciará el pretor, *quae fraudationes causa gesta erunt*, algo que suponía que los actos dispositivos del deudor sólo podrían ser atacados en vía revocatoria cuando el mismo apareciese configurado como un *fraudator*.

La actuación fraudulenta del deudor aparece, pues, desde siempre como factor inexcusable a la hora de formular la acción revocatoria, ya que de esta manera cobra sentido y justificación la posibilidad jurídica de que los acreedores puedan inmiscuirse en la gestión que de su patrimonio haga el deudor. Como falta la buena fe, como el deudor ha tenido en mente algún propósito dañoso para sus acreedores, como éstos se ven perjudicados en razón de su comportamiento orientado en tal sentido, como, en suma, se da una situación de fraude que no puede quedar impune (porque *fraus omnia corrumpit*), es por lo que el Derecho reacciona y permite a aquéllos interferir en los negocios dispositivos de sus deudores.

La mera circunstancia del perjuicio, el simple dato de que la enajenación o renuncia del deudor, provocando su insolvencia, impida a los acreedores realizar sus créditos, no serían suficientes, al menos en las disposiciones a título oneroso, para promover el empleo de la acción revocatoria, si esa particular referencia al campo de lo subjetivo, que tan característica es siempre de todo lo jurídico, no tuviera lugar. El deudor no puede ser indiferente respecto a las consecuencias que sus actos dispositivos hayan de irrogar a las posibilidades de cobro de sus acreedores, pero este simple dato no es suficiente, hace falta algo más, su participación activa, su implicación subjetiva en relación al daño patrimonial que irroga a sus acreedores, ya que de otro modo, desde siempre, por razón natural y por sentimiento de equidad, se ha considerado que no podría entrar a operar el mecanismo de la acción revocatoria, porque el mismo resultaría en extremo sancionador frente a los deudores. Estamos en el clásico campo del *consilium fraudis*.

2. LA TRABAJOSA DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO

Es éste del *consilium fraudis* uno de esos viejos y siempre presentes caballos de batalla, en el que la doctrina y la jurisprudencia, bajo el impulso de las cambiantes necesidades y al compás de los requerimientos prácticos, ha librado y sigue librando constantes peleas, en aras de intentar el acomodo del elemento subjetivo de la acción pauliana a lo que en cada momento rectamente requieran las cosas.

El *consilium fraudis* o concierto fraudulento, como los propios términos anuncian, parece exigir, en palabras de DE CASTRO, un negocio jurídico entre

dos partes, con efectos para un tercero, y con la intención en la conclusión del negocio de perjudicar a dicho tercero (3); o, como dice LACRUZ, el *consilium fraudis* sólo se requiere para los actos a título oneroso y supone, como su nombre indica, un acuerdo fraudatorio, es decir, una connivencia, una intervención en él tanto del deudor como del tercero (4).

Pero con ello no se crea que avanzamos gran cosa, pues no se matiza de manera suficiente cuál es el elemento que caracteriza al fraude del deudor, cuándo podemos significar que éste está actuando fraudulentamente y cómo se puede saber que el estado subjetivo que le anima tiene suficiente trascendencia para permitir la impugnación del acto dispositivo realizado. Aunque la noción del *consilium fraudis* tenga amplias resonancias e implique una cierta caracterización del fenómeno, no por ello queda nítidamente delimitada la idea del fraude del deudor; sin duda, como la historia demuestra, porque ésta es una idea cambiante o, al menos, que admite diversas y variadas interpretaciones.

Una tentación primaria y fácilmente comprensible es la de intentar identificar fraude y dolo, conducta fraudulenta y conducta dolosa del deudor. Sobre la base de ciertos textos romanos que equiparan *dolus malus* y *fraus*, e incluso llegan a contemplar el fraude como genuina manifestación del dolo porque *poena sine fraude esse non potest* (5), no han faltado autores que tiendan a confundir ambas nociones, sin percatarse de la diferencia que media entre la conducta dolosa, en cuanto principio de acción nociva que puede producir diversos resultados y variadas consecuencias, y el fraude, que no pasa de ser más que una concreta manifestación dentro de esa esfera consecuencial.

Así, entre nosotros, para PLAZA, la noción de dolo se identifica con la de fraude de manera tal que «ni por razón de las personas que son sujetos pasivos del acto doloso o fraudulento, ni mucho menos por el contenido del mismo, cabe establecer distinciones» (6). Como tenemos dicho en otra obra, el equívoco se desvanece con facilidad si se considera que mientras en todo supuesto de fraude nos encontramos en presencia de un comportamiento malicioso, no siempre que opera el acto doloso estamos frente a una situación que quepa catalogar de fraudulenta, ya que ésta sólo se produce cuando tiene lugar el engaño ilícito de alguien (7); por lo que dice bien Cossío cuando

(3) DE CASTRO, «La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los artículos 1.911 y 1.111 del Código Civil», en *Revista de Derecho Privado*, 1932, pág. 219.

(4) LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, II-1, Barcelona, 1985, pág. 339.

(5) D. 13,7,3; D. 50,16, 131, pr.

(6) PLAZA, «Contribución al estudio del dolo procesal y sus formas», en *Revista de Derecho Privado*, 1943, págs. 776 y sigs.

(7) CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1989, pág. 79.

advierte que «el dolo es algo que afecta o se refiere a la voluntad del agente y que, por lo tanto, tiene un carácter eminentemente subjetivo y personal, en tanto que el fraude no es sino el resultado de la acción dolosa, algo de naturaleza objetiva» (8).

A la hora de delimitar qué debe entenderse por fraude del deudor, los Códigos latinos tradicionales no ayudan mucho, pues, por ejemplo, el artículo 1.167 del Código Civil francés se limita a establecer que los acreedores pueden «impugnar los actos hechos por su deudor en fraude de sus derechos», y parecidamente tanto el artículo 1.111 como el artículo 1.291, 3.º del Código Civil español hablan de «actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho» (de los acreedores) y de contratos «celebrados en fraude de acreedores», algo que no aclara demasiado las cosas en orden a determinar qué debe entenderse por *consilium fraudis* o cuál debe ser el concreto contenido del mismo.

Por su parte, el artículo 1.235 del Código Civil italiano de 1865 establecía que podrían impugnarse por los acreedores los actos que el deudor realizó en fraude de sus intereses y que, tratándose de actos a título oneroso, el fraude debía resultar por parte de ambos contratantes, mientras que para los actos a título gratuito bastaba con que en el fraude intervenga el deudor. Y fue a propósito de este precepto cuando se libra en Italia una batalla doctrinal, cuyos ecos llegan todavía hasta nuestros días, en relación al alcance, sentido y caracterización que deben darse al imprescindible elemento del fraude del deudor para que pueda operar con éxito la acción revocatoria.

La doctrina más tradicional consideraba que el *consilium fraudis* exigible suponía en el deudor la necesidad de tener la intención de provocar a través de la enajenación efectuada un daño al acreedor (*animas nocendi*), sustrayendo bienes a la garantía patrimonial debida. Sobre la base de algún autor alemán (REINHART), diversos autores italianos (BREZZO, SATTA, etc.) considerarán que no basta con la conciencia o previsión del daño, sino que hace falta, además, que cuando el deudor realiza el acto dispositivo que perjudica a sus acreedores tenga la intención dolosa de dañar a los mismos. No es suficiente el perjuicio, pues hace falta también que se quiera, que se busque, que se oriente el acto hacia la causación de dicho perjuicio. *Animus nocendi* o intención de dañar al acreedor, en suma.

En tal sentido, SERAFINI advertirá que el hombre tiende siempre a un fin con sus actos y sólo abstractamente puede hablarse de una enajenación realizada con la sola conciencia del perjuicio que se deriva de ella. Un fin, bueno o malo, debe existir y éste es el fin que se debe investigar, porque sólo de él puede resultar el fraude. Cuando un deudor que sabe que es insolvente ena-

(8) Cossío, *El dolo en el Derecho civil*, Madrid, 1955, pág. 14.

jena por precio mínimo una parte de su patrimonio, esperando mediante el dinero que obtiene mejorar su estado económico y satisfacer a sus acreedores, no puede decirse que haya en él dolo, y la acción pauliana no se le puede aplicar si no defrauda su esperanza.

GANDOLA también estima que hace falta la intención de dañar, ya que sólo existe fraude del deudor cuando realiza un acto con la intención dolosa de perjudicar los derechos de los acreedores, y a tal efecto considera el supuesto de enajenación realizada a justo precio por el empobrecido que los autores estiman revocable, ya que si el fraude consistiese en la simple previsión del daño que del acto derivase para los acreedores, no se alcanza a ver cómo podría suministrarse la prueba del perjuicio, pues el acto que se quiere revocar no es en sí nada perjudicial. Por lo que sólo la remisión al propósito de dañar, al designio de irrogar un perjuicio a los acreedores mediante el acto dispositivo puede proporcionar el punto de engarce preciso para caracterizar adecuadamente el fraude que se exige en el deudor para el juego de la acción revocatoria.

También para BREZZO, aunque reconoce que en la misma Roma apareció como fraude la sola conciencia de perjudicar el derecho de la masa concursal, considera que suponer el *consilium fraudis* en la sola previsión o conciencia de dañar es recurrir a un criterio insuficiente. Y pone el siguiente ejemplo: Ticio, deudor, mientras era solvente acostumbraba vender anualmente, para satisfacer las necesidades de su familia, las uvas de una viña suya a Cayo, que las utilizaba para fabricar vino para sí. Habiéndose hecho insolvente y conociendo su situación, Ticio continúa igualmente vendiendo la cosecha anual a Cayo, conocedor de su estado económico. ¿Podrá en tal caso, se pregunta, el acreedor proponer la acción pauliana? ¿Quién no verá que a la acción le falta su fundamento de equidad? (9).

Exigir al deudor la intención de dañar a sus acreedores, amén de introducirnos en un difícilísimo campo probatorio subjetivo y hacer en extremo compleja la separación entre fraude y dolo, tiene un indeseable efecto restrictivo en la operatividad de la acción pauliana. Si ésta sólo puede darse cuando el deudor, además de haber perjudicado a sus acreedores, realizó el acto dispositivo que se trata de impugnar con la intención de causar semejante daño al acreedor, parece obvio que la posibilidad de actuación con éxito del remedio revocatorio sufre una seria limitación.

Pero es que, además, ¿cuál sería la razón para demandar en el deudor disponente el *animus nocendi*? ¿Es sensato y razonablemente exigible que para que unos acreedores que no pueden realizar sus créditos estén en condiciones de atacar los actos dispositivos de su deudor deban acreditar que dicho

(9) BREZZO, *La revoca degli atti fraudolenti compiuti a danno dei creditori*, Turín, 1892, pág. 114.

deudor actuó sólo movido, como ha dicho algún autor, «por el malvado propósito de perjudicar a sus acreedores»? Con semejante criterio se mutila injustificadamente a la acción pauliana, porque se la configura como un remedio que sólo se daría en situaciones límite de maldad, obcecación y voluntad destructiva, ya que, como escribe ese mismo autor, aunque son muchos los deudores que aprovechan en su propia ventaja o en la de terceros sus últimos recursos económicos sin detenerse ante la idea del daño que sufrirán sus acreedores, «pocos o casi ninguno quienes los disipan por la diabólica intención de hacer mal a sus acreedores, y para darse el gusto de arruinarlos» (10).

Entre nosotros, curiosamente, ha sido DE CASTRO quien con mayor énfasis ha defendido la necesidad de la intención de dañar en el deudor para que pueda prosperar la acción revocatoria. En su opinión no puede bastar, para dar la calificación de fraudulento a un acto, con que el deudor comprometa, con conocimiento de ello, el propio patrimonio, pues el deudor no tiene deber alguno, respecto del acreedor, de mantener íntegro su patrimonio y menos de administrarlo según su interés. Por otra parte, si nos apartamos de la concepción del *animus nocendi* no hay forma de distinguir la negligencia del fraude.

De todas maneras, nuestro gran civilista matiza sensiblemente un anterior punto de partida al precisar que por intención de perjudicar no se entiende la intención dañina pura, el deseo o interés de hacer daño al acreedor, excluyendo los actos en que el interés del deudor sea librar el resto de su patrimonio de las garras de sus acreedores, sin que piense para nada ni le preocupe el perjuicio de éstos. En este caso, estima, existe también intención fraudulenta, en cuanto el daño, el perjuicio, se quiere, aunque sea sólo como medio, no como fin.

Bajo semejante perspectiva, considera que su teoría linda con la de la conciencia del daño, pues si se conoce que por un acto determinado se arrebatan ciertos bienes al acreedor, para salvarlos de la posible ejecución y, a pesar de ello, el acto se realiza, no hay duda de que hubo intención de defraudar; la diferencia estriba en que no basta un acto que disminuya el patrimonio, sino en que esa disminución se dirija, como dice DOMAT, *pour en priver les créanciers*, para evitar que los bienes sirvan de satisfacción a los acreedores (11).

Se trata de un esfuerzo teórico estéril y claudicante. Ciertamente que los deudores no tienen, respecto a sus acreedores, el deber de mantener íntegro su patrimonio y menos el de administrarlo de acuerdo a su interés, pero no menos cierto que ello no puede significar, si se quiere que el recurso pauliano cumpla su cometido, que para que los acreedores puedan atacar concretos

(10) GIORGI, *Teoría de las obligaciones...*, II, *op. cit.*, 314.

(11) DE CASTRO, «La acción pauliana...», *loc. cit.*, pág. 220.

actos dispositivos del deudor haga falta que éste haya actuado con la intención de dañarles, porque esto, según antes se advertía, nos conduce a un restringido y anodino campo de actuaciones dispositivas hechas por el deudor, movido por el exclusivo propósito de causar daño a los acreedores.

Y ello, salvo supuestos patológicos y por tanto excluibles, no es así. De ordinario, como es natural, los deudores piensan más en su interés que en el de sus acreedores, buscan salvarse patrimonialmente ellos antes que llevar a éstos a la ruina. Salvo supuestos extremos, los deudores enajenantes no tienen propósito alguno de causar daño a sus acreedores, sino que tan sólo intentan en situación de dificultad patrimonial evitar que el mal vaya a mayores y recomponer un estado de cosas que, por la razón que sea, se está escapando de sus manos. Pero de ahí a decir, como hace DE CASTRO, que si se prescinde de la intención de dañar habría que negar a toda persona que tuviese deudas la posibilidad de realizar negocios arriesgados y «mucho menos pagar las deudas del juego o el importe de un billete de lotería», media un punto de distancia.

Y media un mundo de distancia por una sencilla consideración. Es obvio que para que proceda el ejercicio de la acción pauliana no basta el perjuicio del acreedor sino que hace falta también el fraude del deudor, pero semejante estado de ánimo o situación subjetiva del obligado no tiene por qué suponer el *animus nocendi*, sino que basta la situación anímica correspondiente a que se da cuenta, se percata, es consciente (o debería serlo) de las consecuencias perjudiciales que para sus acreedores van a derivar de su acto dispositivo. Semejante disminución del talante agresivo del deudor, ¿deberá suponer que en adelante ya no tiene posibilidad alguna de realizar cualquier actuación patrimonial? De ninguna manera.

Primero, porque serán esas mismas actuaciones patrimoniales las que producirán o agravarán la insolvencia del deudor, por lo que previamente es difícil considerar que pudieran estar prohibidas. Y luego, porque no resulta exagerado ni temerario exigir al deudor que cuando realizó el acto dispositivo fuera consciente del daño que con el mismo podría irrogar a sus acreedores. Así configurado el *consilium fraudis*, sigue existiendo la necesidad de su estado subjetivo que anime al deudor (sin el que ni siquiera cabe considerar la posibilidad de existencia de la acción pauliana), pero no se alcanza el supuesto extremo de que ese estado de ánimo sólo se tomará en consideración si es capaz de plasmarse como malévola y torcida intención de dañar al acreedor.

Por lo demás, la construcción teórica de DE CASTRO pierde mucha fuerza y consistencia cuando él mismo advierte que la intención de perjudicar no debe entenderse como «intención dañina pura», porque existe también intención fraudulenta cuando el daño al acreedor se persigue no como fin sino como medio.

Tiene razón al señalar que con semejante posicionamiento su teoría linda con la teoría de la conciencia del daño, ya que la diferencia sólo estriba en que no basta un acto que disminuya el patrimonio, sino en que esta disminución se dirija a impedir que los bienes dispuestos sirvan de satisfacción a los acreedores. Y tiene razón porque con semejante tratamiento de la materia, no es que nos adentremos o lindemos con el punto de vista de la conciencia del daño, sino que nos identificamos con él a través de una pretendida permanencia de la teoría de la intención del daño.

En efecto, si la concepción del *animus nocendi* la restringimos al supuesto de que el deudor enajenante, aunque no busque de manera directa el perjuicio de sus acreedores, no omite el acto dispositivo por más que sea consciente de que con él va a dañar a los mismos, en tal caso ya no estamos ante un supuesto de aproximación de ambas teorías o de singular dulcificación de la del *animus nocendi*, sino sencillamente de una desvirtuación de éste que lo ha transformado en *scientia o conscientia* del daño. Pero, en tal caso, si todo nos lleva hacia la situación caracterizada porque debe bastar que el deudor tenga conocimiento del daño que irroga a sus acreedores a través del acto dispositivo, ¿para qué seguir hablando de intención de dañar?

Si ésta se ha diluido de tal manera que no va más allá del conocimiento del daño y si, como es obvio, cuando hay conocimiento del daño y no se evita el acto, siempre cabrá advertir, por muy remota o intrínseca que sea, la posibilidad de que hay un cierto propósito de perjudicar, parece mucho más natural inclinarse en la dirección contraria a la del *animus nocendi* porque el mismo ha quedado completamente desvirtuado y ha perdido su sustancia caracterizadora.

Es sobre todo a partir de la decisiva obra de MAIERINI cuando la doctrina comenzará a inclinarse de manera clara en pro de considerar que para el juego de la acción revocatoria no hace falta en el deudor el *animus nocendi* sino que basta el conocimiento o conciencia del daño (la *scientia fraudis* o *damni*), pues semejante estado de ánimo introduce el factor subjetivo en el deudor necesario y suficiente para que quepa atacar los actos dispositivos del mismo que resulten perjudiciales para sus acreedores. Y desde entonces ha ido creciendo incontenible el número de los autores que consideran que no hace falta más que el conocimiento o conciencia de dañar, no ignorar el deudor que mediante su acto dispositivo se hacía insolvente o aumentaba su insolvencia ya existente.

Como dirá gráficamente GIORGI, la teoría del conocimiento o de la conciencia del daño no sostiene que la conciencia del perjuicio pueda dejar de ir acompañada o separada de cualquier intención, lo que sería un absurdo, y mucho menos excluye que no pueda ir acompañada de la malvada intención de causar daño; dice, tan sólo, que este maligno intento no es absolutamente necesario. Aquella teoría no excluye que el *fraudator* tenga intención alguna,

sino que tan sólo advierte que el móvil del deudor sea la conciencia de causar daño. Ciertamente que se requiere la intención, pero no se exige que sea la intención de perjudicar, pues basta sólo el propósito de beneficiarse a sí mismo o a otras personas, porque el deudor es un hombre como los demás y los hombres determinan, sobre todo, sus actos por el interés propio (12).

Este es un planteamiento sensato. Claro que en todo supuesto cabrá inducir una intención del deudor, pero de ahí no cabe derivar que esa intención sea la de causar daño al acreedor para que pueda contemplarse la acción revocatoria. Ciertamente que esa intención, aunque no se cubra con los vestes del *animus nocendi*, será ilícita, en cuanto se parte del supuesto de que existe un daño del acreedor y hay conciencia de originar perjuicio a otro. Pero por más que nos movamos en el terreno de la ilicitud, ello no significa que nos tengamos que adentrar necesariamente en la esfera del propósito o designio malévolo de causar daño a los acreedores, porque tal cosa no es necesaria ni se justifica para que la acción pauliana se ponga en movimiento. Eso sí, aunque no sea *animus nocendi* y en contra del parecer de GIORGI y buena parte de la doctrina clásica, semejante conciencia del deudor de que mediante sus actos de disposición disminuye la garantía que a los acreedores proporcionan sus bienes es algo más, como sagazmente advierte MESSINEO, que «mala fe subjetiva» (13).

Nos movemos, ciertamente, en el campo de lo ilícito, porque para entrar en él no hace falta una clara y determinante intención de dañar, sino que basta con haber previsto o haber debido prever las consecuencias lesivas del propio acto dispositivo. Como atinadamente dice BETTI, el contenido mínimo del *consilium fraudis* es éste: existía por parte del deudor una carga de previsión, esto es, de conocimiento de las consecuencias lesivas que el acto de disposición deberá tener verosímilmente, y, por tanto, existe una negligente ignorancia de la actuación patrimonial propia. Esta ignorancia es evidentemente una violación de la carga de cautela que incumbe a todo deudor, carga de cautela que se potencia y especifica en un deber de abstenerse de actos de disposición eventualmente lesivos. En consecuencia, considera que es imputable por este concepto quien, sabiendo o debiendo saber que una línea de conducta lleva a ciertas consecuencias perjudiciales para la garantía patrimonial, lleva a cabo, no obstante, el acto de disposición que expone a peligro inmediato y directo los intereses jurídicamente protegidos de sus acreedores; la conciencia que se deriva de esta previsibilidad del daño es lo que cabe calificar como *consilium fraudis* (14).

(12) GIORGI, *Teoría de las obligaciones...*, II, *op. cit.*, págs. 316 y sigs.

(13) MESSINEO, *Manual...*, IV, *op. cit.*, pág. 153.

(14) BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, II, Madrid, 1969, pág. 419.

Adecuadamente matizadas las ideas sobre la carga de cautela de que habla BETTI, el planteamiento es correcto. El deudor que conoce o debiera conocer que los actos dispositivos que realiza van a ocasionar quebranto económico a sus acreedores en lo que atañe a la cumplida satisfacción de sus créditos, entra en el campo de la ilicitud porque está causando un daño que podría y debería evitar. Pero, ¿querrá decir ello que semejante ilicitud sólo será relevante y dará pie al ejercicio de la acción pauliana cuando aparezca coloreada con la intención de perjudicar en el disponente? De ninguna manera. Bastará con que no sea ajena al deudor que dispone de sus bienes la idea de que con semejante disposición está originando o puede originar perjuicio a sus acreedores de cara a la plena satisfacción de sus derechos. Con que exista, como dice BETTI, conciencia de la previsibilidad del daño, es suficiente para que se entienda dado el requisito del *consilium fraudis*.

El Código Civil italiano de 1942 ha captado y plasmado perfectamente estas ideas al disponer en su artículo 2.901 que entre las condiciones a exigir para que prospere la acción revocatoria hace falta que «el deudor conociese el perjuicio que el acto originaba a los derechos del acreedor», y, además, tratándose de actos a título oneroso, que «el tercero fuera conocedor del perjuicio».

Como se observará, la innovación es que, frente a la opacidad de los Códigos latinos precedentes que no matizan el contenido del *consilium fraudis*, algo que permitió a la doctrina derivar hacia la inadecuada concepción del *animus nocendi*, el codificador italiano del 42 se define y expresa que el *consilium fraudis* debe entenderse como conocimiento del perjuicio por parte del deudor. Por otro lado, mientras tratándose de actos dispositivos a título gratuito es suficiente para que pueda ejercitarse la acción pauliana con que semejante conocimiento del daño se dé sólo en el deudor disponente, cuando se trate de actos a título oneroso en los que el deudor recibe una compensación patrimonial, no bastará la *scientia fraudis* sólo en el deudor enajenante, sino que hará falta también la conciencia del perjuicio en el tercero adquirente (*particeps fraudis*).

En la doctrina española, dejando a un lado la opinión aislada y disonante de DE CASTRO, existe una clara coincidencia en la dirección apuntada de conocimiento del perjuicio por parte del deudor. Así, para TRAVIESAS, aplicando el Código Civil español no hay necesidad de exigir el *animus nocendi* como requisito para que sea ejercitable la acción pauliana, pues basta la conciencia del daño, aun sólo eventual (15). Para CASTÁN, no es preciso que se dé y se pruebe la intención de perjudicar a los acreedores (*animus nocen-*

(15) TRAVIESAS, «La acción pauliana», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1920, pág. 103.

di), sino que es suficiente la previsión o conocimiento de que con el acto que va a realizar el deudor imposibilita el que el acreedor pueda hacer efectivo su crédito (16). En el sentir de LACRUZ, después de exponer las distintas posiciones al efecto, la opinión de que ha de bastar con la conciencia del daño e, incluso, con la conciencia que «se debió tener», es la que le parece más probable, a la vista del artículo 1.258 del Código Civil (17).

Pero ha sido ALBALADEJO quien mejor ha matizado esta posición. Para él debe rechazarse el criterio de que el deudor haya de tener propósito de dañar al acreedor, pues aunque en determinados casos concretos ese propósito exista (en los que habrá, ciertamente, fraude), más normalmente el deudor no persigue dañar al acreedor, sino sólo salvar para sí sus bienes, sustrayéndolos al crédito de éste, amén de que si el acreedor tiene derecho a la satisfacción de su crédito, resulta evidente que debe reprimirse lo que persiga frustrarla, aunque no se haga con el propósito de causarle daño.

De la misma manera, precisa que hay que rechazar también la opinión de que, para que el fraude se dé, es necesario que el deudor enajene para evitar la referida satisfacción del crédito. Si se obra con tal fin, ciertamente se obra en fraude, pero éste no precisa de tanto. Basta con que el deudor se percate de que con su enajenación no le quedarán bienes bastantes (localizables) para el pago de su deuda. Percatándose de ello, tiene conciencia del perjuicio que ocasionaría, y será inaceptable admitir su impunidad por el hecho de que no hubiese obrado persiguiendo el fin de dañar o el de sustraer.

Por otro lado, cuando una persona de diligencia media se habría apercebido de que, con la enajenación de su patrimonio, queda sin bienes para hacer frente al derecho del acreedor, no cabe tampoco admitir que por el hecho de que al deudor concreto le haya pasado desapercibida semejante circunstancia no le alcancen las mismas consecuencias que si se hubiese percatado. En opinión de ALBALADEJO, en consecuencia, hay que afirmar que a la conciencia realmente tenida de que el acreedor no podrá ya cobrar, hay que equipar el caso de que debiera haberse tenido, ya que lo contrario supondría un premio a la negligencia (18).

Como hemos expuesto líneas arriba, por este ámbito se mueve nuestro pensamiento. De lo que se trata, a través de la acción pauliana, es de proteger al acreedor contra los efectos negativos que para la satisfacción de su crédito puedan tener determinados actos dispositivos del deudor. Ahora bien, no basta el mero perjuicio objetivo, no es suficiente con que la enajenación o renuncia

(16) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, III, Madrid, 1992, pág. 335.

(17) LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, II-1, *op. cit.*, pág. 339.

(18) ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, dirigidos por M. Albaladejo*, XV-1, Madrid, 1989, págs. 970-971.

del deudor haya causado su insolvencia, sino que hace falta un determinado estado de ánimo del mismo (el *consilium fraudis*) que siendo ilícito permita y justifique al legislador para hacer el extraordinario, y en buena medida anómalo esfuerzo de permitir la impugnación de los actos dispositivos, ya que sin él la idea de castigo, presente *natura rerum* en la figura, no podría operar e, incluso, los deudores verían excesiva e indebidamente restringidas sus facultades dispositivas en daño de su capacidad.

Ahora bien, una cosa es esto y otra muy diferente que la acción impugnativa de los acreedores sólo pueda darse cuando estemos en presencia del auténtico deudor malvado, del deudor que no piensa en sí ni en nadie porque sólo le alienta el propósito de defraudar a sus acreedores, de impedir que los mismos logren realizar sus derechos, del deudor que dispone movido por la intención o propósito de defraudar a esos acreedores. Pues bien, sencillamente esa especie de deudor no existe, porque aunque pueda darse algún caso de un concreto deudor que movido por el odio oriente su actuación únicamente a perjudicar a su acreedor, siempre se tratará de un supuesto anómalo, de una situación excepcional que no puede ni debe ser contemplada por la ley como supuesto normal de la figura, aunque sólo fuera por la consideración de que con semejante contemplación prácticamente se arruinaría el remedio revocatorio. Como bien dice GIORGI, el deudor es un hombre como todos los demás, y los hombres determinan sus actos por el interés propio.

Admitido esto, como razonablemente no puede ser de otra manera, es obvio que, según se advertía antes, el deudor tiene que aparecer comprometido de alguna manera, tiene que implicarse subjetivamente en el empobrecimiento patrimonial que experimenta, ya que de otro modo nos hallaríamos ante una sanción sin ilicitud y ante un castigo sin culpa. Cuál sea el grado de compromiso o intencionalidad nociva que deba darse en el deudor enajenante, esa es la clave de la cuestión; ni tanto que prácticamente haga inoperante la figura, ni tan poco que deje al deudor sometido a los caprichos impugnativos de sus acreedores. ¿Dónde estará ese término medio preciso? Parece que el punto de encuentro más razonable se halla en la exigencia de que tenga conciencia, conocimiento o motivo de que a través del acto dispositivo que realiza puede frustrar la satisfacción del derecho de su acreedor.

De ahí no se debe pasar, pero tampoco cabe considerar menos, porque no debe olvidarse que, aunque señalados autores como GIORGI las identificaran, conciencia del daño y mala fe no son la misma cosa. La mala fe, la torcida intención del deudor al actuar, el no ponderar adecuadamente todos los factores en juego, el no comportarse como marcan las reglas de la lealtad y el buen actuar en el campo de las obligaciones, no puede ser suficiente para dar entrada al remedio revocatorio, porque ello lo diluiría demasiado y sometería a los deudores a presiones indebidas y a excesivos e injustificados riesgos.

Como dice con justeza MESSINEO, la conciencia de originar perjuicio a otro es algo más que mala fe subjetiva.

Con una consideración adicional. Sería realmente absurdo e irrisorio que habiendo montado el legislador un espectacular mecanismo de protección de los créditos a través de la acción revocatoria, el mismo pudiera desmontarse con facilidad simplemente alegando el deudor que él al efectuar la enajenación o renuncia no tenía la intención de dañar a su acreedor, porque ello, amén de que será así en una mayoría determinante de supuestos, supondría una puerta de escape tan expedita y libre que pocos deudores quedarían sometidos a los efectos de la acción pauliana. Tiene razón pues, ALBALADEJO cuando afirma que si el acreedor tiene derecho a la satisfacción de su crédito, prevista la acción revocatoria, resulta palmario que debe reprimirse lo que persiga frustrarla, aunque no se haga con el propósito de causarle daño, siempre que al menos, añadimos por nuestra parte, el deudor se encuentre en ese estado de ánimo subjetivo que supone el conocimiento o conciencia del daño.

De la misma manera, tampoco hace falta que el deudor planee su actuar dispositivo con el propósito de adelgazar su patrimonio, de restarle fuerzas al mismo para que los acreedores no puedan obtener la satisfacción de sus derechos. Semejante creencia, aunque surgida desde otro ángulo o perspectiva, nos conduciría indirectamente y utilizando distintas palabras, al viejo y excluyente *animus nocendi*, pues supondría una inocultable intención de dañar. Es suficiente con considerar y exigir que el deudor cuando efectúa la enajenación o renuncia sea consciente de que coloca a su patrimonio en una situación tal que tornará difícil la posibilidad de que los acreedores logren realizar sus acreencias, tanto porque efectivamente se produce una detracción patrimonial como porque cambia la naturaleza de los bienes y aumentan las posibilidades de ocultación o de dificultad de seguimiento y localización.

¿Y qué deudor no se hace esa sencilla consideración a la hora de realizar cualquier acto dispositivo, siempre que su situación económica no sea tan boyante y sin problemas que le permita obviar semejante reflexión? Cuando un deudor con problemas enajena bienes, el más sencillo y obligado pensamiento que debe pasar por su mente es el de preguntarse qué ocurrirá en adelante con sus acreedores, si el acto dispositivo les va a afectar o no negativamente. Y si esto es así, muy corto e irreflexivo ha de ser un deudor para que no tenga conocimiento sobre si la mutación patrimonial que experimenta es nociva o no para los intereses de sus acreedores.

Esto nos lleva a una última consideración. La mayoría de los autores que restringen el *animus* del deudor al simple conocimiento o conciencia del daño que irroga a sus acreedores no pasan de ahí y excluyen, al menos tácitamente, la posibilidad de que el deudor incurra también en responsabilidad cuando negligentemente no haya llegado a semejante conocimiento o perjuicio. Pienso con ALBALADEJO que esa posición no es defendible y, por el contrario, que

cualquier deudor que culposamente no haya constatado por irreflexión, descuido o imprevisión que a través de las enajenaciones que realiza pone en peligro la satisfacción de los derechos de crédito que le afectan se coloca dentro de la *fattispecie* de la figura en estudio y cabe ejercitar contra él el remedio revocatorio.

No hace falta, pues, necesariamente el conocimiento o conciencia del daño por parte del deudor, sino que es suficiente con que dicho deudor debiera haber tenido semejante representación anímica de haber actuado con la diligencia debida. Si «la responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones» (art. 1.103 del Código Civil), ¿cómo excluir la posibilidad de que un acreedor pueda impugnar determinado acto dispositivo de su deudor alegando que no tuvo conocimiento del daño porque se comportó negligentemente? Que a un deudor se le escapen determinadas circunstancias, que no sopesen debidamente las consecuencias de su acción y que no anticipe lo que de patrimonialmente negativo pueda tener su enajenación no puede ser excusa para excluir el juego de la acción revocatoria, aunque sólo fuera por la consideración apuntada con anterioridad de que en una mayoría determinante de supuestos los deudores actúan pensando en su propio interés y excluyen cualquier reflexión sobre la suerte de sus acreedores.

Si se prescinde de la negligencia del deudor, del hecho de que no tuvo conocimiento del daño porque omitió las previsiones normales en tal supuesto, de la circunstancia de que lo determinante es que el deudor conociera o debiera conocer las secuelas patrimoniales negativas de sus actos, amén de marginar graciosamente el juego de la culpa o negligencia, que tiene presencia incontestada a lo largo y a lo ancho del Derecho de obligaciones, se abriría un portillo tan grande respecto a la actuación del recurso revocatorio que prácticamente se nos deslizaría por él y lo perderíamos. Advierte bien, pues, el profesor ALBALADEJO al señalar que por el principio de responsabilidad hay que afirmar que a la conciencia realmente tenida de que el acreedor no podrá ya cobrar, hay que equiparar el caso de que debiera haberse tenido dicha conciencia.

¿Cómo se ha pronunciado la jurisprudencia española al respecto? Los primeros compases de nuestro Tribunal Supremo en esta materia se dan preferentemente en la esfera de conceptuar el preceptivo *consilium fraudis* en el sentido de *animus nocendi*, propósito o intención de dañar a los acreedores. Como señala ORDUÑA MORENO, concorde con el tercer supuesto de la Ley 7.^a, Título 15, Partida 5.^a («lo faze maliciosamente e con engaño») se observa una calificación dolosa en sentido estricto de la conducta del deudor, fruto de lo cual va a ser la tónica generalizada de concebir la conducta del deudor como «propósito de defraudar» o como «intención de perjudicar», viniendo a su vez delimitada la mala fe del tercero por una

terminología claramente dolosa: «partícipe del engaño», «obrar a sabiendas», etc. (19). Numerosas sentencias de nuestro Tribunal Supremo, utilizando distintas expresiones («propósito de defraudar», «obrar maliciosamente», «obrar con dolo para disminuir el patrimonio», «intención de perjudicar», «obrar con el propósito de eludir responsabilidades», «obrar con el fin de burlar a los acreedores», o similares), coinciden en la clara dirección de que lo que debe caracterizar a la conducta del deudor es el neto designio de dañar al acreedor: Sentencias de 10 de julio de 1896, de 25 de octubre de 1895, 9 de noviembre de 1901, 13 de marzo de 1902, 16 de mayo de 1904, 24 de septiembre de 1906, 25 de junio de 1907, 2 de enero de 1912, 4 y 30 de mayo de 1914, 28 de septiembre de 1926, 23 de febrero de 1934, 21 de junio de 1945, 15 de abril de 1955, 3 de junio de 1967, 21 de mayo de 1968, 16 de junio de 1970, etc.

Pero no han faltado tampoco sentencias en que se estime que es suficiente con la conciencia o conocimiento del daño («conciencia de perjudicarles») por parte del deudor para que prospere la acción revocatoria, y algunas de ellas son ciertamente antiguas, como las Sentencias de 31 de diciembre de 1887 y la de 9 de noviembre de 1901, en las que se habla de «conocimiento del propósito de defraudar» (*sic*) o de «conocimiento de la insolvencia del deudor». Otras posteriores insisten en la misma dirección: Sentencias de 10 de junio de 1928, 14 de enero de 1935, 7 de enero de 1958, etc.

Y, en fin, existen también fallos en los que se requiere en el deudor, alternativamente, bien el propósito o intención de dañar, bien la conciencia o conocimiento del daño, tal cual ocurre en las Sentencias de 12 de julio de 1940 y 30 de abril de 1985.

¿Qué conclusión cabe sacar en relación a lo que sería la doctrina jurisprudencial española sobre el fraude del deudor en la acción pauliana? ORDUÑA MORENO estima que no hay una evolución clara, ni cuantitativa, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo a favor de la objetivización del fraude, consistente en prescindir del elemento volitivo (intención de perjudicar los intereses del acreedor) para recalar, como elementos configuradores del fraude, en el conocimiento del perjuicio que va a sufrir el acreedor y de la situación de insolvencia en la que incurre el deudor al celebrar el negocio jurídico dispositivo, y entiende que en sentencias como las de 4 de mayo de 1950 y 16 de junio de 1970 se hace referencia a los términos de fraude y mala fe como una relación de «confabulación» o se trae a colación la figura del *consilium fraudis* como requisito necesario para apreciar el fraude de acreedores (20).

(19) ORDUÑA MORENO, *La acción rescisoria por fraude de acreedores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1992, pág. 65.

(20) *Ibid*, pág. 66.

Aun dejando de lado la curiosa teoría que este autor sostiene en pro de la objetivización del fraude, como si fuera posible que algo que *in substantia* es un elemento subjetivo pudiera trocarse milagrosamente en factor objetivo, no se alcanza a ver cómo la orientación de la jurisprudencia, que él descarta, hacia la tesis del conocimiento del daño por parte del deudor pudiera entenderse como derivación hacia la objetivización del daño, pues si se prescinde de la intención de dañar para exigir la mera conciencia del daño, por más que sea cierto que se ha podido pasar de un elemento volitivo («intención de perjudicar los intereses de los acreedores») a otro intelectual o cognoscitivo («conocimiento de que se perjudican los intereses de los acreedores»), lo que no se advierte por sitio alguno es cómo a través de ese tránsito se ha podido pasar también de una concepción subjetiva del fraude a otra objetiva, pues sea voluntad o conciencia lo exigible, siempre nos moveremos en torno a comportamientos subjetivos del deudor, siempre estaremos en la consideración subjetiva del fraude, como, por los demás, no puede ser de otra manera por la sustancia misma de dicho elemento.

Por ello, me parecen mucho más ponderadas y aceptables las conclusiones a que llega ALBALADEJO. Para este civilista cabe extraer de la jurisprudencia del Tribunal Supremo la consecuencia de que basta la conciencia, ya que incluso en los supuestos en que se habla tan sólo de propósito o intención, no parece que haya motivos para decidir que se hizo por excluir el fraude si únicamente había conciencia y no propósito, sino más bien porque el Tribunal Supremo no tenía ante la vista el problema actual o porque en ellos se daba realmente un propósito fraudatorio, y el Tribunal Supremo se refirió únicamente a éste porque en tal supuesto no hacía falta hablar de más. Y en tal sentido alega la Sentencia de 7 de enero de 1958, en la que si bien en el primer considerando se pide «ánimo e intención de conseguir la defraudación», en el tercero se dice qué requisito de la pauliana es que el deudor «conozca que después de realizado el contrato no le quedan bienes bastantes para satisfacer sus compromisos» (21).

3. EL FRAUDE DEL ADQUIRENTE

Cuando se trate de una enajenación fraudulenta por parte del deudor en los términos antedichos, es obvio que la impugnación que la acción revocatoria pone en marcha afectará a dicho deudor y a quien de él adquiera, pues la ineficacia sobrevenida hará desaparecer en la medida que proceda los efectos dispositivos del acto. Si respecto al deudor ya conocemos cuál debe ser

(21) ALBALADEJO, *Comentarios...*, XV-1, *op. cit.*, pág. 971.

su estado subjetivo, ¿en qué estado de ánimo o cuál será el talante en que deba hallarse quien con él contrató?

La doctrina clásica resaltaba que en Derecho romano y en la dogmática anterior al *Code Napoléon* se admitía como algo inconcuso que, junto al fraude por parte del deudor, se exigía también una cierta participación del tercero adquirente, si bien sobre la base en este último supuesto de una distinción: si el acto dispositivo era a título oneroso, hacía falta el concurso en el fraude por parte del tercero, mas si era a título gratuito no se precisaba que el mismo fuese cómplice en el fraude. El Código Civil francés llamó al respecto en su lacónico artículo 1.167, y de ahí arrancaron las dudas.

Contrariamente, el artículo 1.235 del Código Civil italiano de 1865 fue fiel a la tradición, y consignaba que «tratándose de actos a título oneroso, el fraude debe resultar de parte de ambos contratantes. Para los actos a título gratuito, basta que en el fraude intervenga el deudor». Y parecidamente en el artículo 2.901 del vigente Código Civil italiano de 1942 se reseña que, amén de que el deudor conozca el perjuicio (*conscientia fraudis*), para que la acción pauliana pueda prosperar hace falta también que, «tratándose de acto a título oneroso, el tercero fuera conocedor del perjuicio». En cuanto *inclusio unius exclusio alterius*, es obvio que no hace falta semejante conocimiento en el tercero adquirente a título gratuito.

La razón de semejante distinción y tratamiento diferenciado no parece difícil de indagar. Tratándose de actos a título oneroso, en los que existe una contraprestación por parte del tercero a cambio de lo que recibe, resulta natural que el conocimiento por el deudor del perjuicio que irroga a sus acreedores al enajenar no pueda ser suficiente para conformar la *fattispecie* del fenómeno revocatorio, que exige un acto dispositivo perjudicial para los acreedores, «ya que el tercero adquiere algo, pero soporta también, a su vez, un sacrificio patrimonial». Cosa que, con toda evidencia, no ocurre cuando estamos en presencia de enajenaciones gratuitas, en cuyo caso resulta suficiente con que el conocimiento del daño causado al acreedor se dé en el deudor enajenante.

Habida cuenta de que la revocatoria triunfante debe producir sus efectos contra el tercero, despojándole de los derechos que mediante otro correlativo se procura, GIORGI consideraba que la revocatoria sería para dicho tercero una verdadera injusticia, de no tener su fundamento jurídico en la culpa del mismo, culpa que consiste precisamente en su mala fe. En cambio, cuando el acto impugnado es a título gratuito, el fundamento jurídico de la acción revocatoria se encuentra con presteza, pues siendo principio indiscutible de equidad natural y principio general del Derecho que nadie pueda enriquecerse en daño ajeno, es clara la obligación del tercero que se enriqueció en daño del acreedor de restituir a este último todo aquello de que se lucró, siempre que su ganancia tuviese por fundamento un acto ilegítimo

del deudor, y para que el acto sea ilegítimo, basta ciertamente el fraude del deudor mismo (22).

Con existir un fondo de verdad, hay, sin embargo, un cierto alambicamiento en la construcción que se comenta. Claro que si la acción revocatoria prospera se deben deshacer los efectos del acto dispositivo realizado por el deudor, y el tercero adquirente tiene que devolver lo recibido. Ahora bien, incluir o excluir semejante posibilidad según que el acto dispositivo sea a título oneroso o a título gratuito en base a la mera circunstancia de que una u otra determinación resulta de estricta justicia es más aleatorio de lo que a primera vista pudiera parecer, pues ni en las adquisiciones a título oneroso resulta siempre claro que los acreedores hayan de sufrir perjuicio, ni en las a título gratuito se patentiza en todo caso que tenga materialización un supuesto del principio que proscribe el enriquecimiento injusto.

En tal sentido, MESSINEO ha resaltado que, bajo cierto aspecto, podría pensarse que los actos a título oneroso no deberían ser materia de la acción revocatoria, en cuanto por efecto de ellos al bien que sale del patrimonio del deudor se sustituye la compensación que recibe y que puede ser su exacto equivalente desde el punto de vista de la entidad económica; si bien es cierto que si la entrada es de dinero, éste es más fácilmente ocultable a los acreedores, menos fácilmente atacable por ellos y más fácilmente susceptible de eliminación sin despertar la alarma de los acreedores mismos, aparte de que la suma de dinero ingresada puede no constituir el equivalente adecuado del bien concreto que ha salido del patrimonio del deudor mediante el acto a título oneroso.

Precisamente por ello, MESSINEO considera que cabe admitir la posibilidad de que, enjuicio, el deudor contra-demuestre que, no obstante, el acto a título oneroso, el patrimonio de él no se ha empobrecido de hecho y, por consiguiente, que la acción revocatoria debe rechazarse en ese caso, tal como ocurre, por ejemplo, si se trata de permutar con un bien de valor equivalente o si el acto a título oneroso implica la adquisición de un bien concreto a precio proporcionado a su valor (23).

Y, en realidad, eso es lo que sucede en los ordenamientos civiles que distinguen, como el italiano, según que el tercero adquirente sea a título oneroso o a título gratuito para exigirle o no el conocimiento del perjuicio que el acto ocasiona a los acreedores. Cuando se trata de una adquisición a título gratuito, exigir que el beneficiario de la misma tenga conciencia del perjuicio, esto es, se convierta en *particeps fraudis* no resulta procedente ni estimable, porque nos hallamos ante una consideración distinta y más elemental.

(22) GIORGI, *Teoría de las obligaciones...*, II, *op. cit.*, pág. 344.

(23) MESSINEO, *Manual...*, IV, *op. cit.*, pág. 154.

Se trata de decidir sobre qué interés es más digno de tutela y mantenimiento: el del tercero adquirente que experimenta un enriquecimiento o ganancia en su patrimonio sin nada a cambio, o el de los acreedores que por virtud del empobrecimiento que soporta su deudor sufren daño o perjuicio, en cuanto no van a poder realizar sus créditos. Desde siempre y por evidentes razones de equidad natural, el Derecho tiene establecido que en el conflicto entre el que trata de sustraerse a un daño (*certat de damno vitando*) y el que trata de mantener una ganancia (*certat de lucro captando*), debe prevalecer siempre el interés del primero. Por lo que se explica, sin mayores exigencias al respecto, que el juego de la acción revocatoria se muestre expedito en el caso de enajenaciones a título gratuito y que no haga falta acreditar que el favorecido por las mismas haya tenido conocimiento del perjuicio irrogado a los acreedores, aunque, eso sí, semejante perjuicio debe existir siempre para que proceda la revocación del acto dispositivo.

En cambio, las cosas cambian radicalmente cuando se trata de enajenaciones a título oneroso. Aquí ya no se trata de elegir entre evitar un daño y garantizar una ganancia, sino de escoger entre uno u otro tipo de perjuicio: el que se causa a los acreedores manteniendo la vigencia del acto dispositivo o el que se origina a los terceros adquirentes obligándoles a devolver su adquisición. La situación cambia por completo, porque ni el papel de los acreedores aparece tan claro, ni el del tercero adquirente se presenta en términos de neto desconocimiento, ya que su adquisición viene contrapesada por la salida patrimonial que ha debido experimentar.

El panorama sólo puede despejarse adecuadamente y el tratamiento legal adquirir pleno sentido si se tiene en cuenta que el acto dispositivo objetivamente tiene que resultar perjudicial para los acreedores, lo cual significa que hay desequilibrio entre las prestaciones o que el tercero adquirente ha contribuido a que el deudor pueda distraer o disimular la suma recibida a cambio del bien enajenado, en cuyos casos parece natural no sólo que el deudor deba tener conocimiento del perjuicio irrogado a los acreedores, sino además que dicho tercero adquirente sea conocedor también del perjuicio en cuestión. En otro caso, no se advertiría razón suficiente para que un tercero que ha participado en el acto dispositivo del deudor se viese afectado por una hipotética revocación del mismo en base a la acción revocatoria ejercitada por los acreedores del enajenante.

Nuestro Código Civil no ha establecido de una manera directa y clara la distinción entre actos a título oneroso y actos a título gratuito al objeto de exigir o no en el tercer adquirente el conocimiento del perjuicio que el acto dispositivo origina a los acreedores. No parece, sin embargo, que las conclusiones en nuestro ordenamiento puedan ser diferentes de las que se han señalado en relación al Derecho italiano. El párrafo segundo del artículo 1.295 establece de manera general que «tampoco tendrá lugar la rescisión cuando

las cosas objeto del contrato se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe». A tenor del párrafo primero del artículo 1.297, «se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenase bienes a título gratuito». Y de acuerdo al artículo 1.298, «el que hubiese adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de acreedores, deberá indemnizar a éstos de los daños y perjuicios que la enajenación les hubiese ocasionado, siempre que por cualquier causa le fuese imposible devolverlas».

In limine quaestionis hay que advertir que la eficacia de las acciones rescisorias en general, y la revocatoria lo es, encuentra un límite infranqueable en las adquisiciones realizadas por terceros que «no hubiesen procedido de mala fe». Luego que si se trata de adquirentes a título gratuito, su adquisición se presume legalmente (en los términos y condiciones que más adelante se verán con todo detalle) como efectuada «en fraude de acreedores». Y, por fin, que en el campo estricto de la acción pauliana, el tercero adquirente de mala fe que no pueda devolver lo adquirido queda obligado a la indemnización de daños y perjuicios.

Varias consecuencias se pueden establecer del juego combinado de semejantes prescripciones legales. Una, que el tercero adquirente de buena fe no tiene por qué verse afectado por la puesta en funcionamiento de un recurso rescisorio sea del tipo concreto que sea. Otra, que si toda adquisición realizada a título gratuito la ley la considera como consumada en fraude de acreedores, es en absoluto irrelevante y anodino indagar si el beneficiario de la misma tenía o no conocimiento del perjuicio que se ocasionaba a los acreedores. Y la última, que si los adquirentes de mala fe de las cosas enajenadas en fraude de acreedores deben indemnizar a los acreedores cuando no puedan devolverlas, es porque dicha devolución es la obligación primaria en el juego de la acción revocatoria, y precisamente porque tales adquirentes han procedido de mala fe.

Interrelacionando estas dos últimas circunstancias tendremos que si en las enajenaciones a título gratuito el fraude se presume y en las a título oneroso sólo cabe el progreso de la acción revocatoria cuando los adquirentes lo sean de mala fe, resultará que en nuestro ordenamiento civil, al igual que en el italiano, mientras la acción revocatoria estará expedita en relación a los actos dispositivos efectuados a título gratuito, para que pueda prosperar en el supuesto de que los terceros adquirentes lo sean a título oneroso hará falta que los mismos fueran conscientes del perjuicio que ocasionaba a los acreedores del enajenante el acto dispositivo en el que ellos participaban. Se trataría de una distinta formulación del supuesto, más clara y concisa en el Derecho italiano, más profusa y alambicada en el nuestro, pero con una evidente similitud y coincidencia: si se quiere que la revocación del acto dispositivo afecte a los terceros adquirentes hará falta que éstos hayan participado en el fraude.

¿Cuál es la opinión de la doctrina española al respecto? DE CASTRO, frente a su posición de que en relación al deudor debe existir en el mismo intención o propósito de perjudicar, considera que en relación al tercero adquirente no hace falta la intención de dañar, sino que basta, como decía GREGORIO LÓPEZ, la *scientia ex partí recipientis*, o, en palabras de GARCÍA GOYENA, la mala fe del tercero, que sepa del fraude y participe de él: *te conscio et fraudem participante*.

Para nuestro gran civilista, el Código Civil español inclina también a decidirse por la suficiencia de la *conscientia fraudis* por parte del tercero. La rescisión encuentra un obstáculo insuperable cuando se encuentra ante un acto jurídico que no puede ser declarado ineficaz; la ley entiende que nos hallamos en este caso cuando las cosas objeto del contrato se encontrasen legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe; interpretando *a contrario* el artículo 1.295, hay que deducir que pueda ser atacado el acto adquisitivo del tercero, cuando actúa de mala fe, cuando no ignora el vicio del negocio originario, o sea, cuando conozca el fraude. Sin importar que la jurisprudencia excluya del concepto de tercero al primer comprador, pues si el tercero mediado encuentra atacada su adquisición, por conocer el fraude, es indudable que no puede encontrarse en situación más ventajosa el tercero inmediato (24).

Para ALBALADEJO, el adquirente ha de participar en la maquinación y tiene o debe tener conocimiento del perjuicio que su adquisición originará, como, por ejemplo, si el deudor vende a un tercero, que está al corriente del fin que persigue, una finca (bien fácilmente controlable), con objeto de tener sólo dinero, que con facilidad puede sustraer a la ejecución. Pues aunque de la ley sólo se saca que estima como revocable el acto cuando se ha adquirido de mala fe, debe considerarse que existe cuando concurre la circunstancia de haber conocido el adquirente el fraude con que obran el deudor, o participado en el mismo.

Se adhiere al parecer de DE CASTRO de que si según el párrafo segundo del artículo 1.295 del Código Civil la rescisión no se detiene, frente a un segundo adquirente, cuando éste adquiere de mala fe del que adquirió por el acto fraudulento, no puede menos de estimarse que, por igual razón, también dicha rescisión proceda frente al primero adquirente del deudor cuando obró de mala fe este adquirente primero.

En cambio, estima que por más que el artículo 1.298 del Código Civil habla también de «adquirido de mala fe» para referirse al que adquiere del deudor, no nos sirve al efecto afirmar que frente a dicho primer adquirente procede la rescisión si obró de mala fe; y no sirve porque tal artículo se

(24) DE CASTRO, «La acción pauliana...», *loe. cit.*, págs. 220-221.

encamina sólo a echar sobre él el deber de indemnizar si adquirió de mala fe. Y es más, tal artículo no sólo no sirve para mostrar que para que la rescisión se pueda dar ha de haberse adquirido de mala fe, sino que prueba que puede haber rescisión aun habiendo obrado de buena fe el adquirente en las enajenaciones gratuitas. Lo prueba porque, si no, holgaría cargarle con la indemnización cuando no pudiese devolver la cosa sólo si obró de mala fe, ya que se partiría de que cuando procediese indemnizar por no poder devolver, el adquirente siempre lo sería de mala fe (25).

En opinión de LACRUZ, finalmente, de la doctrina del párrafo segundo del artículo 1.295 del Código Civil se deduce que la rescisión sólo puede operar cuando el tercero haya procedido de mala fe, resultando natural que así sea, pues existe una contraprestación (en principio, equivalente) hecha de buena fe y se trata de un acto válido en sí mismo (26). Con lo que el maestro, no obstante la concisión con que trata el supuesto en consideración, deja en claro dos circunstancias: una, que hace falta el fraude por parte de quien concluye el acto dispositivo con el deudor, y la otra, que ese conocimiento del perjuicio o participación en el fraude sólo cabe referirla a las adquisiciones a título oneroso, porque respecto a las efectuadas a título gratuito opera mecánicamente la pauta del artículo 1.297 del Código Civil de que la ley las presume celebradas en fraude de acreedores.

En la jurisprudencia española, aunque no han faltado fallos que contemplen la mala fe del tercero como «obrar con el fin de perjudicar los intereses del acreedor», o actuar con «la intención o propósito de dañar al acreedor», u obrar con «intención dañosa» (Sentencias de 2 de enero de 1912 y 15 de abril de 1955), la gran masa de las sentencias se inclina por estimar suficiente que el adquirente conozca el fraude del acreedor, o sea, cómplice en el fraude (*conscius fraudis*). Tal sucede en las Sentencias de 29 de octubre de 1891, 11 de octubre y 28 de noviembre de 1892, 31 de diciembre de 1897, 21 de marzo de 1900, 9 de noviembre de 1901, 3 de diciembre de 1903, 16 de mayo de 1904, 28 de febrero de 1905, 11 de octubre de 1906, 25 de junio de 1907, 20 de marzo y 9 de noviembre de 1908, 1 de julio de 1909, 4 de mayo de 1914, 10 de julio de 1928, 10 de octubre de 1928, 9 de marzo de 1932, 14 de enero de 1935, 12 de julio de 1940, 21 de junio de 1945, 4 de mayo de 1950, 28 de enero de 1966, 16 de junio de 1970, etc.

Por nuestra parte, una vez asumido que la expresión terceros adquirentes no debe entenderse en su estricto sentido de subadquirentes sino en el amplio de destinatario en primero o segundo grado de los bienes de que dispone el deudor, y que la expresión «mala fe» que utiliza nuestro Código Civil en los

(25) ALBALADEJO, *Comentarios...*, XV-1, *op. cit.*, págs. 971-972.

(26) LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, II-1, *op. cit.*, pág. 340.

artículos 1.295 y 1.298 hay que reconducirla a los escuetos términos de «conocimiento del daño» o «complicidad en el fraude» por parte del tercero, creemos que el supuesto en estudio puede plantearse con relativa claridad en el Derecho civil español.

Lo primero que debe advertirse es que aunque nuestra normativa no contiene una fórmula similar a la italiana, la solución no puede ser diferente en cuanto al tratamiento de las disposiciones gratuitas y de las onerosas. Respecto a las primeras, no tiene sentido alguno preguntarse cuál ha de ser el talante o ánimo del tercero para que puedan ser revocadas, pues al establecer el párrafo primero del artículo 1.297 del Código Civil que «se presumen celebradas en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito, resulta obvio que semejante cuestión deviene intrascendente e innecesaria, ya que todas las enajenaciones gratuitas, por el solo hecho de serlo y porque la ley en el conflicto de intereses entre los acreedores y los adquirentes gratuitos se inclina por razón natural a favor de los primeros, se consideran fraudulentas y, en consecuencia, sufrirán la revocación. Indagar si en ellas se da o no el dato subjetivo de la participación o complicidad del adquirente en el fraude es del todo anodino e inadecuado porque la ley parte del dato objetivo de que toda enajenación gratuita perjudicial para los acreedores debe reputarse fraudulenta, y, en consecuencia, semejante catalogación se extiende mecánicamente y mancha también a los terceros adquirentes con indiferencia de cuál fuera su estado de ánimo al respecto.

En segundo término, en base a la consideración anterior, parece que la exigencia legal de que los terceros ostentan un determinado talante («mala fe») en relación a los actos adquisitivos debe restringirse a aquéllos de éstos que tengan carácter oneroso, por lo que toda problemática relativa a la participación de los terceros adquirentes en el fraude debe reconducirse a dicha categoría de adquisiciones.

Y, finalmente, que, adecuadamente entendido, el párrafo segundo del artículo 1.295 del Código Civil proporciona base suficiente para el correcto tratamiento de la materia en nuestro sistema. En efecto, al disponer dicho precepto que la rescisión no tendrá lugar cuando los bienes dispuestos se encuentren «en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe», viene a decir, por simple interpretación *a contrario*, que es condición indispensable para que prospere la acción revocatoria cuando nos encontremos frente a una disposición a título oneroso que quienes, mediata o inmediatamente, hayan participado en ella como adquirentes deben haber procedido de mala fe, esto es, han tenido conciencia de que con la adquisición que efectuaban causaban daño a los derechos de los acreedores del disponente.

Con dicho precepto genérico bastaría en nuestro ordenamiento civil para estimar la participación en el fraude que debe afectar a quien adquiere un bien

a título oneroso en perjuicio de los acreedores del enajenante. Pero es que hay más, pues el artículo 1.298 del Código Civil contiene una norma circunscrita específicamente a nuestro caso al disponer que el que haya adquirido de mala fe bienes enajenados en fraude de acreedores, debe indemnizar a éstos daños y perjuicios, «siempre que por cualquier causa le fuese imposible devolverlos».

Con ello el círculo se cierra y se completa. Tratándose de enajenaciones a título oneroso (el art. 1.298 del Código Civil no puede interpretarse prescindiendo del párrafo primero del inmediato artículo 1.297), siempre que las mismas se hayan efectuado fraudulentamente en perjuicio de los acreedores y el adquirente haya procedido de mala fe, éste está obligado a la devolución de los bienes adquiridos, tal como de manera genérica pauta el artículo 1.295 en relación a todas las acciones rescisorias, pero si por cualquier circunstancia no cabe semejante devolución (perecimiento del bien, haber pasado a manos de terceros no actuantes de mala fe, etc.), entonces hay que indemnizar a los acreedores «los daños y perjuicios que la enajenación les hubiese ocasionado».

Respecto a este último punto, ALBALADEJO mantiene un curioso pensamiento. Considera que el «adquirido de mala fe» de que habla el artículo 1.298 del Código Civil para referirse al que adquiere del deudor no sirve para poder afirmar que frente a dicho primer adquirente procede la rescisión si obró de mala fe, «y no sirve porque tal artículo se encamina sólo a echar sobre él el deber de indemnizar si adquirió de mala fe». Con el añadido de que de dicho artículo se puede desprender la prueba de que puede haber rescisión aun habiendo obrado de buena fe el adquirente en las enajenaciones a título gratuito.

Pienso que las cosas no ocurren de ese modo. El artículo 1.298 igual que el artículo 1.295 sirven lo mismo uno que otro para establecer que procede la rescisión cuando en las enajenaciones onerosas el adquirente ha procedido de mala fe; lo único que sucede es que el primero de ellos contempla el efecto genérico de la devolución de los bienes enajenados en relación a cualquier contrato rescindible, mientras el segundo lo circunscribe al escueto campo de los actos dispositivos efectuados en fraude de los acreedores.

Pero obsérvese que tanto en un supuesto como en el otro nuestro Código Civil hace uso de un planteamiento jurídico que fue particularmente caro a nuestros codificadores y que podríamos denominar de «la afirmación mediante la negativa», o de «afirmar negando». En efecto, en el artículo 1.295 del Código Civil se llega a la conclusión de que los terceros adquirentes han de proceder a la devolución de los bienes habidos, precisamente porque dicha devolución, en cuanto no hay rescisión, no tiene lugar cuando las cosas objeto del contrato se hallen legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe.

De la misma manera, en el artículo 1.298 del Código Civil se debe llegar a la conclusión de que los terceros adquirentes de mala fe de los bienes enajenados en fraude de acreedores deben proceder a la devolución de los mismos, en razón de que la ley les obliga a indemnizar a dichos acreedores los daños y perjuicios irrogados, siempre que por cualquier causa les fuera imposible devolverlos. Esto es, adecuadamente interpretado en positivo dicho precepto, igual que se hace con el artículo 1.295, el mismo viene a establecer que cuando alguien ha adquirido de mala fe un bien enajenado en fraude de acreedores viene obligado a devolverlo una vez triunfante la acción revocatoria, y sólo cuando semejante actuación devolutiva no pueda tener lugar por causa relevante es cuando procederá sustitutoriamente la indemnización de daños y perjuicios.

Sí hay una matización y una diferencia, empero, entre una y otra norma, pero no lo que piensa el profesor ALBALADEJO. Y es que, mientras en el artículo 1.295 del Código Civil no procede la devolución cuando las cosas se hallen en manos de terceros que hubieran actuado de buena fe, en cuyo caso «podrá reclamarse la indemnización de perjuicios al causante de la lesión», en el artículo 1.298 *eiusdem*, a propósito de la acción pauliana, la indemnización se contempla también respecto a aquellos adquirentes de mala fe que por la razón que fuere no pudieran devolver la cosa adquirida.

Mas, ¿cabrá decir, tal como hace ALBALADEJO, que el artículo 1.298 del Código Civil se encamina sólo a echar sobre el adquirente el deber de indemnizar si adquirió de mala fe? De ninguna manera. El precepto en cuestión hay que interpretarlo en relación con el artículo 1.295 y adecuadamente entendido conduce, al igual que éste, a establecer que los adquirentes de mala fe de bienes enajenados en fraude de acreedores deben proceder a su devolución, triunfante la acción revocatoria. Y sólo cuando por la circunstancia que fuere, dichos adquirentes no pudiesen proceder a la devolución de ley es cuando sustitutoriamente se les obliga a indemnizar a los acreedores los daños y perjuicios irrogados.

Pero de ello a considerar que en el precepto en estudio se establece de manera primaria y directa esa obligación de indemnizar media un mundo de distancia, ya que leída en positivo, como deben leerse las normas, el artículo 1.298 del Código Civil no viene a hacer otra cosa que sancionar *in casu concreto* (el de las enajenaciones efectuadas en fraude de acreedores) que todo adquirente de mala fe que sufra los efectos de una acción rescisoria (y la pauliana lo es) está en la obligación de devolver los bienes malhabidos. Cualquier otra visión, no sólo choca contra la recta conceptualización de las cosas, sino que se estrella contra el mismo texto de la norma, ya que ella contempla el deber de indemnizar a cargo de los terceros adquirentes de mala fe de manera supletoria o sustitutoria: cuando no les sea posible efectuar *in natura* semejante obligación de devolución. Algo que no va más allá del cumplimiento indemnizatorio o por equivalente de toda obligación que por

hecho imputable al deudor no sea susceptible de ejecutarse de forma específica (art. 1.101 del Código Civil).

Pero ALBALADEJO va todavía más lejos, porque estima que el precepto en consideración sirve para mostrar que puede haber rescisión aun habiendo obrado de buena fe el adquirente en las enajenaciones gratuitas, «porque, si no, holgaría cargarle con la indemnización (cuando no pudiese devolver las cosas) sólo si obró de mala fe, ya que se partiría de que cuando procediese indemnizar (por no poder devolver), el adquirente siempre lo sería de mala fe» (27).

Cuando se parte de un punto errado, errada tiene que ser también la conclusión. El acento no debe ponerse en la buena o mala fe del adquirente, sino en el carácter oneroso o gratuito de su adquisición. El artículo 1.298 del Código Civil de ninguna manera sirve para establecer que puede haber rescisión aunque el enajenante haya actuado de buena fe siendo la enajenación gratuita, porque el mismo se limita a establecer que un adquirente de mala fe, que por la necesaria vinculación de ese precepto con el anterior artículo 1.297 ha de ser necesariamente un adquirente a título oneroso, que por la razón que fuese no pueda devolver la cosa adquirida, una vez triunfante la acción revocatoria, debe proceder a indemnizar a los acreedores los daños y perjuicios que la enajenación les hubiese ocasionado.

Que pueda haber rescisión aun no habiendo obrado de mala fe el adquirente, claro que puede ocurrir, pero no en base al artículo 1.298 del Código Civil y mucho menos porque el mismo establezca el deber de indemnizar a cargo del adquirente de mala fe, sino en función de que tratándose de una enajenación a título gratuito, el artículo 1.297 del Código Civil establece el carácter fraudulento de la misma, y, por tanto, es obvio que la revocación alcanzará a todo adquirente gratuito, con indiferencia de que haya actuado de buena o de mala fe y por la simple circunstancia de que la ley prefiere el *certat de damno vitando* al *certat de lucro captando*.

Tendremos, en consecuencia, que la noción del fraude respecto al tercero adquirente no será distinta de la que se predica respecto al deudor, y de la misma manera que en relación a éste es suficiente con que tenga conocimiento o conciencia del daño que irroga a sus acreedores con el acto dispositivo que realiza, bastará también con que aquél tenga ese mismo conocimiento o conciencia del daño. Su *scientia damni o fraudis* no tiene por qué ser distinta de la *scientia* del deudor, ya que, según escribe GIORGI, como tal fraude consiste en la previsión del daño, o sea, en la conciencia de perjudicar a los acreedores con el acto que disminuye el patrimonio, así el fraude del tercero consiste en participar del acto con la conciencia del daño que podrá ocasionar a los acreedores del *fraudator*.

(27) ALBALADEJO, *Comentarios...*, XV-1, *op. cit.*, pág. 972, núm. 31.

No de otra forma lo expresaban las fuentes romanas cuando en relación a los terceros adquirentes hablan de *qui fraudem non ignoraverit*, de *qui sicens eum in fraudem creditorum hoc faceré*, de *te conscio et fraudem participante*, o de *qui sciens fraudem comparavit*, expresiones todas en las que, como dice el mismo GIORGI, domina el mismo concepto: que la participación del adquirente consiste en el conocimiento del fraude realizado por el deudor. Ahora bien, como este fraude del deudor tiene lugar con el conocimiento de perjudicar, sea cualquiera el móvil del acto, por ello, con motivo del fraude del tercero, se dijo siempre que era éste un *particeps fraudis*, cuando sabe que el deudor no ignora que defrauda a sus acreedores (28).

Nuestro Código Civil, como es sabido, es particularmente circunscrito en esta materia y en lugar de hablar como lo hacía el artículo 1.235 del Código Civil italiano de 1865 de que «el fraude debe resultar de parte de ambos contratantes», y menos todavía como lo hace el artículo 2.901 del Código Civil italiano de 1942 de que «el tercero fuese conocedor del perjuicio», se limita a hablar en sus artículos 1.295 y 1.298 de la «mala fe» de los terceros adquirentes.

Aunque, con razón, dice MESSINEO que el conocimiento o previsibilidad del fraude, en cuanto es conciencia de originar perjuicio a otro es algo más que la mala fe subjetiva (29), lo cierto es que entre nosotros dicha mala fe del adquirente puede tomarse y entenderse como conocimiento por su parte del daño que se irroga a los acreedores del enajenante. Así lo ha entendido siempre nuestra doctrina científica y así lo entiende nuestra jurisprudencia, porque en el contexto en que se mueven los artículos 1.295 y 1.298 del Código Civil la mala fe del adquirente no puede consistir en otra cosa que en el conocimiento o conciencia que tenía respecto al carácter dañoso para los acreedores de la adquisición que efectuaba.

Es más, por la idea misma que entraña la exigencia en la acción revocatoria del *consilium fraudis* y por la circunstancia de que la torcida actuación del adquirente en dicho campo difícilmente puede consistir en otra cosa que en la connivencia con el deudor en el propósito defraudatorio que el mismo persigue, también entre nosotros la mala fe legal del tercero adquirente debe entenderse como participación del mismo en el fraude (*particeps fraudis*), algo que resalta muy bien nuestra jurisprudencia cuando advierte que dicho adquirente sea «cómplice en el fraude». La idea, aunque de connotaciones no estrictamente civiles, es en extremo gráfica y representativa, pues viene a significar que la acción revocatoria no podrá prosperar frente a terceros adquirentes cuando éstos no hayan participado de alguna manera en el objetivo

(28) GIORGI, *Teoría de las obligaciones...*, II, *op. cit.*, pág. 347.

(29) MESSINEO, *Manual...*, FV, *op. cit.*, pág. 153.

fraudatorio que animaba al deudor, por más que no sea necesario ni exigible que exista un previo entendimiento fraudatorio o confabulación entre el deudor disponente y el tercero adquirente.

Al no exigirse el conocimiento del tercero del daño que causa a los acreedores más que en las adquisiciones a título oneroso se explica la importancia, particularmente a efectos probatorios, que tiene la catalogación de un acto dispositivo como oneroso o gratuito, ya que en este último supuesto las cosas se simplifican de manera extrema.

El Código Civil italiano vigente establece que a los efectos de la acción revocatoria, «las prestaciones de garantías, aun por otras deudas, son consideradas actos a título oneroso, cuando son simultáneas al crédito garantizado», y poca duda puede haber también de que el *negotium mixtum cum donatione* cae bajo la revocatoria de los actos a título gratuito sólo en los límites en que haya donación, o sea, que exceda sobre la compensación recibida por el donante, ya que en cuanto a lo demás se debe considerar acto a título oneroso (30).

GIORGI planteaba cuestión respecto a actos de naturaleza dudosa que dejan incierto si deben incluirse entre los actos a título oneroso o entre los actos a título gratuito, tales como las donaciones impropias, la constitución de dote, las donaciones matrimoniales, las nuevas deudas, los fideicomisos, las divisiones y los actos de índole aleatoria (31). Y la moderna doctrina italiana resalta que los actos neutros, recientemente individualizados, como actos que no son ni onerosos ni gratuitos, y que, sin embargo, deben encontrar su disciplina también en materia de acción revocatoria, cuando lo cierto es que el artículo 2.901 del *Código Civile* al distinguir, a los efectos de la *scientia fraudis* del tercero causahabiente del deudor, parece descuidar tal especie de actos, aunque, como dice MESSINEO, la extensión de la regla establecida para los actos onerosos a los actos neutros es convalidada más de una vez por la misma ley, aun cuando sea fuera de la *sedes materiae* (32).

Es lo que pensamos ocurre también en el Derecho civil español en relación, por ejemplo, a determinados actos de disposición que se estiman *lato sensu* revocables no obstante su consideración de actos neutros, tal como la renuncia a la herencia en perjuicio de los acreedores (art. 1.001 del Código Civil) o la renuncia a la prescripción ganada (art. 1.937 del Código Civil). MESSINEO considera que, contrariamente, un acto neutro al que es inaplicable la revocatoria es la división, porque se trata de un contrato declarativo y no atributivo. El hecho de que el artículo 1.113 deje a salvo al codivisionario el

(30) *Ibid.*, pág. 154.

(31) GIORGI, *Teoría de las obligaciones...*, II, *op. cit.*, págs. 350-351.

(32) MESSINEO, *Manual...*, IV, *op. cit.*, págs. 154-155.

derecho a la acción, no empece «que la división esté sustraída a la revocatoria, porque tal salvedad parece que haya de entenderse con referencia solamente a la determinación fraudulenta de la cuota de otro codivisionario, no a la división en sí» (33). No parece que deba ser otra la lectura que se dé al artículo 403 de nuestro Código Civil que permite a los acreedores de los partícipes impugnar la división consumada de la cosa común cuando la misma se haya efectuado en fraude de los mismos.

4. PRUEBA DEL FRAUDE

Como es obvio, la prueba del *consilium fraudis* corresponde al acreedor y, como dice el pensamiento clásico, da lugar a una cuestión *magisfacti quam iuris*. Este mismo pensamiento clásico señalaba que para estimar probado el fraude, el acreedor debía acreditar que el deudor conocía la existencia de los débitos que pesaban sobre su patrimonio y que sabía además que era insolvente o, por lo menos, que devenía tal por virtud del acto dispositivo que efectuaba.

Resalta GIORGI que en cuanto a la primera de esas pruebas resulta sencilla para el acreedor que contrató directamente con el deudor, porque *praesumitur creditorum scientia, quae propria conventionem constituit*. Por el contrario, los acreedores que no se encuentren en esas condiciones y en particular los acreedores hereditarios deberán demostrar que el deudor tuvo conocimiento de los débitos por su *auctor*, por el testamento, por intimación o por actos judiciales declarados al heredero.

Respecto a la segunda de dichas pruebas, la misma no se ejecuta con la misma facilidad. Los deudores, normalmente y aun con buena fe, suelen exagerar sus recursos hasta para sí mismos. Como dirá JUSTINIANO, «muchas veces esperan los hombres de su fortuna más de lo que ésta puede ofrecerles» (34), y cuando actúan de mala fe, como señala GIORGI, «adoptan todos los artificios posibles para ocultar el ánimo fraudulento» (35).

Estamos en el campo de los estados psicológicos o de ánimo, y en el mismo la prueba directa resulta prácticamente imposible, por lo que, de manera necesaria, hay que acudir a la ayuda de las presunciones legales o valerse de indicios si se quiere acreditar de modo suficiente que el deudor y el tercero tenían conocimiento del daño que irrogaban a los acreedores del primero cuando efectuaban el acto enajenatorio.

(33) *Ibid.*, pág. 155.

(34) Inst. 1,6,3.

(35) GIORGI, *Teoría de las obligaciones...*, II, *op. cit.*, pág. 324.

Mientras el campo de las presunciones queda precisamente delimitado por la ley, el de los indicios es caótico e inmenso, y queda reservada a la prudencia y a la lógica del juez la determinación de cuáles y de qué manera pueden considerarse suficientes para estimar acreditado el *consilium fraudis*. Decía JULIANO que el indicio puede compararse a la estatua de Memnon que siempre está silenciosa y no habla si no la quema el sol, y sobre esa imagen GIORGI advierte, razonablemente, que la lógica del juez es la que hace hablar al indicio, buscándole con la confrontación y con el razonamiento de las circunstancias mudas de los hechos externos, patentizada con el testimonio convincente del hecho oculto e interno.

El campo de la doctrina queda harto restringido en esta materia por tratarse de algo en el que sólo al arbitrio de la autoridad judicial corresponde evaluar los indicios. Sin embargo, desde siempre los autores se han empeñado en respetar diversas incidencias y circunstancias que cabría señalar como indicativas del fraude, tales como la clandestinidad del acto, la continuación de la posesión en el deudor, mientras que según la naturaleza del acto debería haber pasado al tercero, la falta de causa adecuada, el parentesco entre el deudor y el tercero, la vileza del precio, la proximidad a la pobreza o a la quiebra y la enajenación de todos los bienes.

Algunos de tales hechos, como en su día hizo notar MAIERINI, son indicativos más de aquel fraude que se orienta hacia la simulación que del que constituye la fuente de la acción revocatoria (36). En otros, en cambio, nos situamos mucho más cerca de esta última, como cuando el deudor dispone de bienes a precio ínfimo o cuando mediante la disposición corre riesgo de caer en pobreza o incurrir en quiebra, ya que nadie sin propósito torpe o fraudulento dilapida su patrimonio o se pone en situación de sufrir la indigencia o de perder su solvencia. Actuaciones de ese tenor suelen ser, de ordinario, indicativas de que un deudor busca o, al menos, tiene conocimiento de que con ellas va a originar quebranto a las expectativas de que sus acreedores puedan satisfacer sus derechos.

La enajenación por el deudor de todos sus bienes se ha entendido siempre como el indicio más resaltante del fraude cuando el enajenante no ignora los débitos que soporta, porque una decisión de semejante trascendencia y repercusión, nada más y nada menos que privarse del acervo patrimonial singularizado, constituye indicativo estimable de que se quieren sustraer los bienes a la acción reclamatoria de los acreedores. Ya en el Digesto, JULIANO contempló esta situación: «Lucio Ticio, teniendo acreedores, entregó todo su patrimonio a sus libertos, que eran también hijos naturales suyos. Se respondió que aunque no se proponía que tuvo intención de defraudar a los acreedores,

(36) MAIERINI, *Della revoca degli atti fraudolenti fatti dal debitore in pregiudizio dei creditori*, Florencia, 1912, págs. 256 y sigs.

con todo, el que sabía que los tenía y enajenó todo su patrimonio, se ha de entender que tuvo intención de defraudarlos» (37).

Pero el mundo de los indicios es insuficiente y peligroso a los efectos probatorios del fraude que estamos considerando, por lo que no debe extrañar que también desde siempre el legislador haya considerado que debía facilitarse la prueba a los acreedores mediante el establecimiento de presunciones legales, tal como tendremos ocasión de considerar en el punto siguiente en relación al Derecho civil español.

Y es que, como dice LACRUZ, dada la reserva con que se celebran los acuerdos fraudulentos relativos a un contrato aparentemente regular, la prueba de la intención del deudor y tercero al celebrar éste y del *consilium fraudis* habrá de hacerse casi siempre por presunciones, acaso resultando del planteamiento del asunto y de la forma en que se presentan las circunstancias visibles (38). Como significativamente resalta la Sentencia de 17 de abril de 1950, «si para probar el fraude, como engaño buscado, preparado y disimulado en un contrato, no fuese apreciable la prueba de presunciones admitida por la Ley sin limitación alguna en cuanto a su objeto, quedarían impunes y válidos la mayor parte de los actos fraudulentos en perjuicio de la buena fe».

La apreciación del fraude es una cuestión de hecho. Por ello nuestra jurisprudencia viene resaltando de manera constante que la afirmación de si un contrato merece o no el concepto de celebrado en fraude de acreedores es por su naturaleza de mero hecho, en razón de depender de la apreciación de las pruebas que haga el Tribunal de instancia. La consecuencia obligada de ello es que no se da el recurso de casación contra las consideraciones del fallo que no constituyan premisa obligada de su parte dispositiva, ni cabe impugnar en casación el juicio formado por aquél en forma distinta a la exigida por el número 7.º (hoy 4.º) del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sentencias de 19 de diciembre de 1916, 18 de abril y 30 de diciembre de 1925, 10 de julio de 1928, 9 de marzo, 2 de junio y 21 de noviembre de 1932, 12 de julio de 1940, 21 de junio de 1945, 9 de noviembre de 1966, etc. En la Sentencia de 20 de diciembre de 1978, ante la alegación de la recurrente de que «admitir la existencia del crédito con anterioridad a las enajenaciones tachadas de fraudulentas, no se basa en hechos tangibles, sino en presunciones», replica la Sala que «al argumentar de ese modo, olvidan los recurrentes que las presunciones son un medio de prueba como los demás relacionados en el artículo 1.215 del Código Civil».

En las presunciones legalmente establecidas descansará, en consecuencia, el grueso y la fortaleza de la prueba del acreedor, pero de la misma manera que nuestra jurisprudencia resalta la importancia de aquéllas, viene declarando tam-

(37) D. 42,8,17,1.

(38) LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, II-1, *op. cit.*, pág. 341.

bien que el fraude puede demostrarse con independencia de las presunciones del párrafo segundo del artículo 1.297 del Código Civil, o la falta del mismo acreditarse contra lo establecido en dicho precepto. Se trataría de todos aquellos datos (los indicios de que hablábamos *ut supra*) que puedan tener alguna relevancia para poner de manifiesto la conducta fraudatoria, por lo que no estarán limitados a los casos de presunción establecidos en el artículo 1.297 del Código Civil, sino que cabe apreciar el *consilium fraudis* a través de modos y medios distintos de los que en ese artículo se establecen, teniendo en cuenta la prueba practicada y declarando por su resultado el propósito de fraude.

Las sentencias en tal sentido son muy numerosas. Sentencias de 15 de junio de 1897, 3 de enero de 1899, 3 y 21 de marzo y 9 de abril de 1900, 25 de febrero de 1901, 15 de enero y 16 de mayo de 1904, 11 de octubre de 1906, 26 de mayo de 1908, 2 de enero de 1912, 31 de mayo y 30 de octubre de 1928, 7 de octubre de 1929, 9 de marzo y 21 de noviembre de 1932, 23 de febrero de 1934, 3 de junio de 1967, 29 de diciembre de 1973, 2 de marzo de 1981, 29 de mayo de 1985, etc. En la Sentencia de 29 de diciembre de 1973 puede leerse que «la presunción de fraude que establece el citado precepto desaparece cuando se acredite que las enajenaciones tuvieron por objeto satisfacer obligaciones anteriormente contraídas». Y en la Sentencia de 2 de marzo de 1981 se insiste en que se puede probar el fraude por medios distintos de los establecidos en el artículo 1.297 del Código Civil, por constituir la apreciación del fraude cuestión de mero hecho y de apreciación libre de los Tribunales, ya que dicho precepto establece una presunción que no impide que los Tribunales alcancen la convicción de la existencia del propósito fraudulento por otros medios de prueba.

¿Cuáles serán los datos o indicios a tener en cuenta por el Tribunal para declarar el fraude? Sobre la base de diferentes sentencias del Tribunal Supremo (10 de julio de 1896, 30 de marzo de 1898, 5 de enero y 20 de febrero de 1899, etc.), MORENO QUESADA destaca el público conocimiento de la precaria situación del deudor, el estado de los negocios del mismo, las reclamaciones judiciales pendientes contra él, las circunstancias de las personas que figuran como contratantes y sus relaciones con los interesados en mantener las ventas, la trascendencia de ellos sobre la cosa vendida, el destino dado al precio, o la cantidad exacta que se entregó cuando se procedió a la enajenación de la cosa. Llegando, incluso, a decir en distintos fallos (Sentencias de 15 de marzo de 1902, 1 de diciembre de 1909, 8 de julio de 1912, etc.) que cualquier otro dato o hecho puede servir para formar la convicción del Tribunal respecto a la existencia del fraude, incluidas las presunciones a que se refieren el artículo 1.253 del Código Civil (39).

(39) MORENO QUESADA, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, XVII-2, Madrid, 1981, págs. 191-192.

Esto último creo que es lo más adecuado. El Código Civil en su artículo 1.297 establece determinadas presunciones de fraude, a las que podrán acogerse los acreedores cuando proceda. En otro caso, no bastará con aducir que además de las presunciones legales de ese precepto pueden existir otras relativas a la enajenación fraudulenta, sino que, como se dice en la Sentencia de 28 de febrero de 1901, deberán consignarse las mismas, deduciéndolas de hechos ciertos. En la Sentencia de 25 de junio de 1907 se llega a decir que todas las presunciones de las que deriva el Tribunal sentenciador el convencimiento de haber sido realizadas las enajenaciones de que se trata con el propósito de defraudar al acreedor son perfectamente legítimas y pueden ser apreciadas por él en tal concepto en uso de sus facultades, sin que resulte, por tanto, infringido el artículo 1.253 del Código Civil, ni cometidas infracciones de los artículos 36 y 41 de la Ley Hipotecaria, supuesta la complicidad del comprador de las fincas, por cuya razón no son de tener en cuenta las presunciones *iuris* a que especialmente se refiere el artículo 1.297, por ser tales casos independientes del que se aprecia en la sentencia recurrida.

Es decir, en la materia que nos ocupa operarán tanto las presunciones *iuris* como las presunciones *hominis*. Cuando estemos en los supuestos legalmente contemplados, entrarán a jugar con toda normalidad las presunciones establecidas por el artículo 1.297 del Código Civil. Cuando estemos fuera de esa esfera, cabrá todavía la posibilidad de acreditar el fraude del deudor y del tercero adquirente (*scientia fraudis y participado fraudi*) mediante el acreditamiento de hechos relevantes y significativos que permitan al Juez llegar a la convicción de que uno y otro conocían el perjuicio que irrogaban a los acreedores al consumir el acto dispositivo. Lo que sucede es que no bastará cualquier hecho ni será posible relacionar de modo laxo éste con el resultado que se pretende de acreditar el fraude, sino que deberá tener rigurosa aplicación el dictado del artículo 1.253 del Código Civil respecto a las presunciones *hominis*, a cuyo tenor «para que las presunciones no establecidas por la ley sean apreciables como medio de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquél que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano».

Con lo cual, se amplía y facilita sobremanera el acreditamiento del *consilium fraudis* para la plena operatividad de la acción revocatoria, debiendo destacarse, empero, que esta facilitación de la prueba a los acreedores se ve compensada por una similar facilidad al deudor y al tercero adquirente para desvirtuar la acusación de fraude que se les imputa por aquéllos, ya que el poder operar más allá del juego de las presunciones legales queda abierto a todas las partes implicadas en el juicio revocatorio. Como resalta MESSINEO, el deudor y el tercero adquirente, que el acreedor que insta debe llamar a ambos a juicio, son, naturalmente, admitidos a dar la eventual contra-prueba

de la falta de cualquiera de los presupuestos de la acción revocatoria, para sustraerse a los efectos de la misma (40).

Destaquemos, finalmente, que por lo que hace el acreditamiento del fraude del tercero, esto es, su conocimiento del perjuicio (*scientia damni*) que causaba a los acreedores participando en el acto dispositivo, el acreedor deberá demostrar que dicho tercero conocía que a través del acto el deudor realizaba una disminución de su patrimonio, que semejante disminución era deliberadamente provocada por el deudor en el intento de disminuir las garantías debidas a sus futuros acreedores, y que contemporáneamente el deudor sabía que estaba asumiendo determinadas obligaciones (41).

5. PRESUNCIONES DE FRAUDE

Como es sabido, el Código Civil francés trató con excesivas concisión y pobreza la materia revocatoria al limitarse a establecer en su artículo 1.167 que los acreedores «pueden también, en su nombre personal, impugnar los actos hechos por su deudor en fraude de sus derechos».

Con tan parco punto de apoyo, algunos autores argumentaron que el *consilium fraudandi ex parte debitoris* no se necesitaba nunca en cualquier tipo de acto a título gratuito. Para otros autores, en cambio, sólo algunos actos a título gratuito podrían revocarse sin necesidad de acreditar el fraude del deudor, concretamente los actos a título gratuito unilaterales, las renunciaciones *infavorem*.

Pero aun dentro de esta segunda concepción surgieron opiniones distintas, ya que mientras para unos los actos a título gratuito se deben revocar porque el concurso del fraude *ex parte debitoris* no se necesita, no faltaron quienes estimaban que tales actos se revocan porque el fraude se presume *iuris et de iure*.

Contra estas ideas reaccionó airadamente GIORGI, para quien las mismas constituyen un abandono absoluto de los principios del Derecho romano y de la doctrina tradicional consagrada por el *Code*. Constituye, en su opinión, un abandono el criterio que considera la inutilidad del fraude, sea en los actos a título gratuito en general, sea en la sola renuncia, porque la necesidad del fraude en todos los actos que el acreedor pretendiese revocar resulta de las mismas palabras del Edicto pretorio: *Quae fraudationis causa gesta erunt... actionem dabo*.

Constituye también, en su sentir, un abandono de los principios romanos la opinión que acompaña a la renuncia, o en general a los actos a título gratuito, de una presunción legal de fraude, porque no existe rasgos en los

(40) MESSINEO, *Manual...*, IV, *op. cit.*, pág. 215.

(41) NICOLÓ, «Surrogatoria-revocatoria», en *Commentario al Codice civile a cura di Scialoja e Branca*, Bolonia-Roma, 1953, pág. 215.

textos de que los juristas romanos elevasen jamás la renuncia del deudor, y mucho menos los demás actos realizados por él a título gratuito, al grado de presunción legal de fraude. Ni siquiera en el Derecho común o en el antiguo Derecho francés se encuentran los orígenes de semejantes opiniones, porque los intérpretes del *Corpus iuris* permanecieron todos fieles a los clarísimos principios de las Fuentes y los comentaristas del Código francés son unánimes en mostrar que RICARD, BASNAGE, BONTARIE y POTHIER no se apartaron del Derecho romano.

Por ello, aunque el artículo 1.235 del Código Civil italiano de 1865 dispuso en forma más amplia que el francés que «tratándose de acto a título oneroso, el fraude debe resultar de parte de ambos contratantes», mientras que «para los actos a título gratuito, basta que el fraude sea de parte del deudor», el gran civilista clásico italiano no duda en considerar que el fraude es necesario en toda clase de actos, tanto en los a título oneroso como en los a título gratuito, tanto en las renunciaciones *in favorem* como en las donaciones bilaterales, por lo que no cabrá dudar de que el acreedor está obligado siempre a probar el concurso del fraude, ya que éste deberá estar presente en todo supuesto dispositivo (42).

Semejante visión de las cosas no estaba destinada a tener mayor éxito, porque ha acabado prevaleciendo el criterio de que debe facilitarse al máximo el acreditamiento del fraude del deudor en las enajenaciones a título gratuito, ya que, como escribe DE CASTRO, la razón jurídica para declarar ineficaces los actos realizados a título lucrativo, es que éstos, al enfrentarse con el derecho del acreedor, muestran una causa jurídica de adquisición más débil, que no basta para justificar el perjuicio del acreedor (43).

En nuestro Derecho civil las cosas se iban a orientar en esta última dirección. En el Proyecto de Código Civil de 1851, su artículo 1.179 disponía que «las enajenaciones a título gratuito hechas por el deudor en estado de insolvencia, serán rescindibles como fraudulentas a instancia de los acreedores».

GARCÍA GOYENA señalaba al respecto que la distinción entre el adquirente de buena fe a título oneroso (compraventa, por ejemplo) y el adquirente a título lucrativo se funda en que el primero trata de *damno vitando*, lo mismo que los acreedores, mientras que el segundo, por el contrario, trata de *lucro captando*, y no es justo que se enriquezca a expensas de los acreedores, que sólo aspiran a evitar su daño.

Se exige que el deudor se halle en estado de insolvencia, es decir, sabiendo que se hallaba insolvente, porque sólo en este caso puede haber y se presume que ha habido en el deudor intención de defraudar a sus acreedores,

(42) GIORGI, *Teoría de las obligaciones...*, B*, *op. cit.*, págs. 338-339.

(43) DB CASTRO, «La acción pauliana...», *loc. cit.*, pág. 219.

y esto es a lo único que se atiende para la rescisión de las adquisiciones por título lucrativo, aunque no haya habido mala fe en el adquirente (44).

El Código Civil español incidirá y profundizará en esta misma dirección. En el párrafo segundo del artículo 643 establece que «se presumirá siempre hecha la donación en fraude de los acreedores, cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella». Y el párrafo primero del artículo 1.297 dispone que «se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenase bienes a título gratuito»; mientras el párrafo segundo del mismo precepto estatuye que «también se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso, hechas por aquellas personas contra las cuales se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes».

Estamos en el campo de las presunciones de fraude, de un anchuroso campo dispuesto por el legislador para facilitar la prueba de éste y para evitar que el interés de los acreedores sufra mayor quebranto del que resulte imprescindible y justificable. El deudor, en cuanto propietario, puede disponer libremente de sus bienes y ello, en línea de principio, no entraña fraude, incluso aunque la disposición sea a título gratuito, pero sí la liberalidad se hace sin haberse «reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella» (art. 643 del Código Civil), o de manera tal que los acreedores «no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba» (art. 1.291, 3.º del Código Civil), entonces las cosas cambian por completo, porque *nemo liberalis nisi liberatus* y porque se debe por obvias y justas razones facilitar la prueba de fraude a los acreedores, al objeto de que no la vean imposibilitada, dificultada o entorpecida en relación a aquellos actos gratuitos del deudor que les impiden la cumplida satisfacción de sus derechos.

Como ha dicho con acierto el Tribunal Supremo en su Sentencia de 17 de abril de 1950, «si para probar el fraude como engaño buscado, preparado y disimulado en un contrato, no fuera apreciable la prueba de presunciones, admitida por la Ley sin limitación alguna en cuanto a su objeto, quedarían impunes y válidos la mayor parte de los actos fraudulentos en perjuicio de la buena fe». Y es que el fraude, en cuanto estado de ánimo o talante subjetivo del deudor, encuentra *ex natura*, las dificultades probatorias ínsitas a cualquier acreditamiento psicológico. Si a ello se añade que en la pugna de intereses entre acreedores y adquirentes a título gratuito todo conspira a favor de los primeros, se explica sin mayor esfuerzo las facilidades probatorias que la ley establece mediante el juego de las presunciones.

(44) GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios al Código Civil español*, Zaragoza, 1974, pág. 627.

Presunciones legales; mas «las presunciones establecidas por la ley pueden destruirse por la prueba en contrario, excepto en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba» (art. 1.251 del Código Civil). Ahora bien, ni el artículo 643 ni el artículo 1.297 del Código Civil prohíben expresamente la prueba en contrario de las presunciones en ellos establecidas. ¿Serán, por tanto, las mismas simples presunciones *iuris tantum* o, por el contrario, deberán tener la consideración de presunciones *iuris et de iure*?

La relación entre los artículos 1.251 y 1.297 del Código llevó a algunas sentencias del Tribunal Supremo (*obiter dicta*) a considerar que la presunción de fraude de los actos gratuitos era *iuris tantum*, y que, por tanto, practicada la prueba en contrario, el acto dispositivo del deudor quedaba válido y confirmado. También la doctrina mayoritariamente (de *communis opinio*, habla LACRUZ) entendía la posibilidad de la prueba en contra de la presunción legalmente establecida, aunque los autores no dejasen de resaltar la dificultad de dicha prueba, o restringiesen la exigencia de la intención de defraudar o el conocimiento del fraude a la sola persona del deudor.

Así, se significará que si bien las presunciones son susceptibles de impugnación, aunque difícil, y no excluyentes de otras que no pueden ofrecer duda, la rescisión de enajenaciones otorgadas manifiestamente a título gratuito, no es legal ni prácticamente problema difícil, porque la evidencia del propósito de fraude es innegable, la superioridad de la obligación no cumplida sobre la liberalidad otorgada indiscutible, y la ausencia de perjuicio para el adquirente manifiesta en el sentido de que dejará de lucrarse, mas no perderá lo propio, y unido todo esto a la falta de protección para tales enajenaciones en la Ley Hipotecaria como regla general resulta que la acción rescisoria en estos casos es de ejercicio fácil y de éxito seguro (45). Notable y notoria credulidad.

Pero en 1932 el profesor FEDERICO DE CASTRO publicó en la Revista de Derecho Privado su trabajo sobre «La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial», del que venimos haciendo cumplido uso en esta obra. Ante el párrafo segundo del artículo 643 del Código Civil, a cuyo tenor «se presumirá siempre hecha la donación en fraude de los acreedores cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella», se plantea DE CASTRO la doble cuestión de cuál sea la naturaleza de la acción concedida a los acreedores defraudados, y cuál es el alcance con que se dota esta acción.

Respecto al primer punto estima que el supuesto contemplado en el Código Civil es el de un deudor (donante) que enajena (dona) bienes suyos a

(45) MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, VIII-2 (sexta edición, revisada por Moreno Mocholí), Madrid, 1967, pág. 796.

favor de un tercero (donatorio), poniéndose en situación de insolvencia (sin reservarse bienes bastantes para pagar) con perjuicio de sus acreedores. Idénticos presupuestos, pues, que para la acción pauliana y, por si hubiera dudas, se califica por el mismo Código Civil de fraude de acreedores.

Si la donación es válida, para evitar el perjuicio de los acreedores hay que encontrar un modo de atacarla; no siendo nula ni anulable, y, no interesando su impugnación más que al acreedor, parece que el único medio técnico adecuado es la revocación. Si a ello se añade que el artículo 621 del Código Civil remite a las disposiciones generales de los contratos y obligaciones en todo lo que no se halle determinado en el título de la donación. DE CASTRO encuentra que se debe, sin dificultad, admitir la naturaleza revocatoria de la acción concedida por la ley a los acreedores del donante contra el donatario.

En relación a la segunda cuestión del alcance de semejante revocación, el civilista citado considera que la palabra *siempre* utilizada por el artículo 643 del Código Civil nos da la respuesta. La rotunda afirmación de la norma, al crear una presunción inatacable, *iuris et de iure*, no viene a ser más que una declaración legal, por la que se establece que toda donación es revocable si se demuestra la insolvencia del donante.

Sobre la base de estas consideraciones, y después de un interesantísimo repaso histórico en relación a los antecedentes del artículo 643, el profesor DE CASTRO considera que en el Derecho español encontramos manifestaciones de una nobilísima tradición jurídica que objetiviza el fraude, uniéndolo al perjuicio, al *eventus damni*, sin atender al *consilio fraudandi*. Así, al lado de actos para cuya revocación se precisa el ánimo de defraudar, en otros no es necesario, basta el daño del acreedor; por ello, aunque se denominan fraudulentos en la ley, no requieren el ánimo de defraudar, o sea, no son fraudulentos en el actual significado de los términos. Es lo que ocurre en el artículo 643 del Código Civil.

Pues bien, la dificultad de la prueba del fraude, en cuanto con esta palabra se alude a un estado de ánimo, hace imprescindible recurrir a las presunciones, tanto legales como judiciales. De ellas hay que separar las llamadas presunciones *iuris et de iure*, que no son presunciones, sino declaraciones legales (art. 643 del Código Civil, art. 37 de la Ley Hipotecaria y art. 886 del Código de Comercio).

En consecuencia, concluye el maestro civilista, el artículo 1.297 del Código Civil establece dos presunciones. La primera de las contenidas en el artículo hay que entenderla subordinada al artículo 643 del Código Civil; la segunda, en cambio, tiene carácter de verdadera presunción, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.251 del Código Civil (46).

(46) DE CASTRO, «La acción pauliana...», *loc. cit.*, págs. 215 y sigs.

Revolución copernicana en la materia. A partir de ahí se producirá un giro de ciento ochenta grados en la doctrina española sobre la presunción de fraude contenida en el párrafo primero del artículo 1.297 del Código Civil español. Así, para PUIG PEÑA, aunque la presunción de fraude admite una prueba en contrario, precisamente la establecida en aquel precepto, como la acción pauliana es siempre subsidiaria, resultará que si ésta está bien interpuesta, por no conocerse bienes del deudor con que satisfacer al acreedor, aquella presunción actuará siempre en la revocatoria como presunción *inris et de iure*, criterio riguroso que también se infiere de las prescripciones de la Ley Hipotecaria (47).

También para PUIG BRUTAU, aunque la presunción que establece el párrafo primero del artículo 1.297 del Código Civil si se pone en relación con lo que determina el artículo 1.251 *eiusdem* debería llevarnos a la conclusión de que se trata de una presunción auténtica, esto es, que admite prueba en contrario, debe imponerse la consideración de que no puede prevalecer el interés de los donatarios sobre el de los acreedores del donante, ya que socialmente es más conveniente proteger a estos acreedores que a los donatarios. Por otra parte, aunque se trate de una verdadera presunción, hay que tener en cuenta que cuando es muy difícil realizar la prueba en contrario, sólo mediante una ficción podrá estimarse exigido el requisito subjetivo del fraude; por lo que en una apreciación realista de nuestra legislación le parece que el Código Civil está muy próximo al sistema de supresión de este requisito subjetivo (48).

Para ALBALADEJO, toda enajenación gratuita es objetivamente fraudulenta por el hecho de causar un perjuicio al acreedor. Ahora bien, como quiera que el acto gratuito puede ser realizado sin ánimo de fraude, cabe también pensar que, por exactitud terminológica, es preferible decir que cuando la enajenación es a título gratuito no es necesario que sea fraudulenta para que proceda la acción pauliana, pues basta que produzca un perjuicio al acreedor. Un requisito solo, pues, perjuicio. Esto, sin embargo, no debe entenderse que choca descaradamente con la ley, que exige literalmente fraude; pues lo que ocurre es, más bien, que en este caso de enajenación gratuita el legislador estima haber tal fraude por el hecho de darse el perjuicio (art. 643, 2.º del Código Civil).

Si se admite la prueba en contrario, ello significaría que no toda enajenación a título gratuito es objetivamente fraudulenta, y que cuando se pruebe que, en efecto, alguna no lo es, no prosperará la acción pauliana. El profesor ALBALADEJO niega semejante posibilidad, pues aunque a primera vista parece

(47) PUIG PEÑA, «Teoría de la acción pauliana», en *Revista de Derecho Privado*, 1945, pág. 485.

(48) PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II-1, Barcelona, 1954, págs. 348-349.

que si, ciertamente, admite la del párrafo segundo del artículo 1.297, debe admitir también la del párrafo primero, porque no hay razón para pensar que el legislador estableciese dos presunciones de diferente tipo en ambos párrafos del mismo artículo, ahondando más en la esencia de las cosas se ha de estimar que conceder la prueba en contrario supone permitir que el acreedor resulte dañado por la negligencia del deudor que, aunque no hubiese previsto las consecuencias de su enajenación, al menos debió preverlas si hubiera obrado diligentemente.

Todo ello, unido a la justicia de la solución que da preferencia al interés del acreedor sobre el del beneficiario de la liberalidad posterior, y que, a tenor del artículo 643, 2.º, se presumirá siempre hecha la donación en fraude de los acreedores cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella, lleva a ALBALADEJO a considerarlo argumento suficiente en apoyo de que, a tenor del espíritu que se sigue de una interpretación justa y del que se revela de otros artículos del Código Civil, el párrafo primero del artículo 1.297 establece una presunción que no admite prueba en contrario (49).

DÍEZ-PICAZO, aunque no se pronuncia expresamente sobre el carácter de la presunción establecida en el párrafo primero del artículo 1.297 del Código Civil, al señalar que, por lo que hace a las donaciones, el artículo 643 presupone el fraude si al hacer la donación el donante no se ha reservado bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella, y considerar que la prueba de esta reserva corresponde al donante que se vea demandado en virtud de la acción de impugnación, implícitamente está rechazando cualquier otra prueba en contrario (50). Y para MORENO QUESADA, considerando que los argumentos transcritos son suficientes para justificar la solución propugnada, la misma tiene la importante ventaja de su pragmatismo, ante las dificultades de prueba, por un lado, y la frecuencia en la realidad del fraude-perjuicio, por el otro (51).

Pero, quizá, el punto álgido de la línea doctrinal que se viene detallando lo protagonice el profesor LACRUZ al considerar que la «presunción» del artículo 1.297, 1.º del Código Civil ha de entenderse como una ficción, como una simple equiparación entre el requisito del *consilium fraudis* y la presencia del título gratuito a efectos de la concesión de la acción revocatoria a los acreedores, algo que se demuestra por el hecho de que tampoco se permita la prueba de la falta de fraude en el supuesto del artículo 1.001 del Código Civil.

(49) ALBALADEJO, *Comentarios...*, XV-1, *op. cit.*, págs. 973 y sigs.

(50) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, II, Madrid, 1993, pág. 740.

(51) MORENO QUESADA, *Comentarios...*, XVII-2, *op. cit.*, págs. 195-196.

No rige, por tanto, la norma del artículo 1.251 que permite destruir mediante prueba en contrario las presunciones establecidas por la ley, «excepto en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba» (y desde luego, falta en relación a las enajenaciones gratuitas esa prohibición expresa), y bien claro se ve en el artículo 643 cuando dice que el fraude de los acreedores en las donaciones «se presumirá *siempre*», mientras una presunción, para ser propiamente tal, debe admitir prueba en contrario. La Ley Hipotecaria, aun referida sólo a las fincas, confirma asimismo la impugnabilidad de todas las donaciones sin necesidad de demostrar el ánimo fraudulento del donante al hacerlas: no sólo por aplicación del principio contenido en el artículo 37, 4.º, sino también considerando que si el donatorio pudiera liberarse de la impugnación probando su buena fe, se hallaría más protegido que los adquirentes *a non domino* por título gratuito; aparte de que si el deudor insolvente no puede válidamente pagar deudas no vencidas (art. 1.292 del Código Civil) menos podrá donar (52).

Por lo que hace, en fin, a la jurisprudencia española, ya se ha destacado anteriormente que nuestro Tribunal Supremo contempla las presunciones del artículo 1.297 del Código Civil en términos favorables a la presentación de prueba en contrario de las mismas, tal como resulta explícitamente en las Sentencias de 26 de mayo de 1908 y 7 de enero de 1958, o implícitamente en las Sentencias de 15 de junio de 1897, 21 de marzo de 1900 y 21 de noviembre de 1932. La presunción en estudio tendría, pues, carácter *inris tantum*, aunque no falten, empero, fallos en los que la contemplan de distinta manera, tal como sucede en la Sentencia de 28 de enero de 1966 que exige que el tercero adquirente haya sido cómplice en el fraude, «caso de enajenación onerosa» (luego, *a contrario...*), y sobre todo en la Sentencia de 9 de noviembre de 1966, en la que puede leerse que «al quedar firme la declaración de que al llevar a cabo los actos dispositivos no dejó en su patrimonio bienes suficientes para responder de las deudas anteriores, es obligada la aplicación de la prevención de fraude contenido en el párrafo segundo del artículo 643 del Código Civil».

¿*Quid iuris*, pues, en torno a la presunción de fraude de los actos gratuitos realizados por el deudor que lo hagan insolvente o aumentan su insolvencia? ¿Cabe decir fundadamente que en tales supuestos el fraude se esfuma y sólo sobrevive el requisito objetivo del perjuicio a los acreedores? ¿Rebasaremos en ellos el campo de las presunciones, incluidas las *iuris et de iure*, para entrar en el de las *fictiones iuris*?

Al margen de la concreta normativa, hay que marcar una serie de puntos previos. Primero, que en esta materia se reproduce con toda fidelidad una de

(52) LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, II-1, *op. cit.*, págs. 341-342.

esas típicas encrucijadas jurídicas que por sentido natural y por exigencia de equidad siempre se ha resuelto en una determinada dirección: ¿quién merece mayor tutela, el que trata de preservar un beneficio (*certat de lucro captando*) o el que intenta evitar un daño (*certat de damno vitando*)! El conflicto que se plantea en las enajenaciones fraudulentas entre el adquirente a título gratuito y los acreedores del enajenante revive con toda fidelidad el mencionado dilema.

Segundo, ¿se podrá hablar de presunción de fraude en dicho supuesto? Tanto el artículo 643 como el artículo 1.297 del Código Civil hablan *expressis verbis* de presunción, por lo que difícilmente cabe eludir semejante categoría o instrumento jurídico, sobre todo si se tiene en cuenta que lo que parece preocupar al legislador es la idea de que, habida cuenta de la dificultad que entraña la prueba del fraude, debe facilitarse la misma a los acreedores mediante el juego a su favor de la presunción de fraude.

Tercero, ¿cabe hablar de enajenaciones fraudulentas, de actos realizados en fraude de acreedores y aun de acción pauliana si resulta que en determinados supuestos no hace falta el fraude *ex parte debitoris*? ¿No parece un tanto singular y anómalo que arrancando de la idea de que las condiciones de la acción revocatoria son el *eventus damni* y el *consilium fraudis*, resulta que en presencia de una disposición gratuita los dos requisitos queden reducidos a uno? ¿Qué tipo de enajenación fraudulenta sería aquélla en la que, precisamente, se prescindiese de la exigencia del fraude? Algo así, como el pastel de liebre sin liebre, de que hablaban las crónicas medievales.

Y cuarto, si a tenor del artículo 1.251 toda presunción establecida por la ley admite prueba en contrario, salvo que la norma expresamente la excluya, ¿cómo negar la prueba adversa en las presunciones de fraude atinentes a los actos de disposición gratuitos cuando la propia ley no dice nada al respecto? ¿Cabe admitir que existan presunciones *iuris et de iure* al margen de su expresa contemplación legal?

Como se ve, cúmulo de preguntas, de no fácil encaje y contestación. Ciertamente, según hizo notar con agudeza el profesor DE CASTRO, la utilización por el artículo 643 del Código Civil del adverbio *siempre* para resaltar el carácter fraudulento de las enajenaciones hechas en fraude de acreedores constituye una estimable ayuda en la dirección que se comenta, porque lo que se presume siempre, cabe considerar que no admite prueba en contrario. Aunque también cabe la interpretación distinta de que lo que intenta decir la norma no es que la presunción prevalecerá o se impondrá siempre, sino que en todo momento, en todo caso, en todo supuesto de donación en los términos contemplados en dicho precepto existirá una presunción de donación hecha en fraude de acreedores, por más que dicha presunción no pase de tener otro carácter que el de mera presunción legalmente establecida en el marco de lo dispuesto en el artículo 1.251 del Código Civil.

Cierto también que la relación y engarce entre los artículos 643 y 1.297 del Código Civil permiten considerar con altas dosis de credibilidad que una preocupación tan señalada del legislador de resaltar que los actos a título gratuito son especialmente vulnerables debe ir acompañada, si se quiere que sea operativa y eficaz, de un fuerte fortalecimiento de la posición de los acreedores a la hora en que los mismos tengan que demostrar el *consilium fraudis* del deudor y del tercero adquirente.

Y cierto, finalmente, que cuando el número cuarto del artículo 37 de la Ley Hipotecaria dispone que las acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude de acreedores perjudican a terceros «cuando hubiese adquirido por título gratuito» y «cuando habiendo adquirido por título oneroso hubiese sido cómplice en el fraude», permite colegir que el legislador hipotecario ha prescindido del elemento del fraude en las enajenaciones gratuitas, al menos en relación al tercero hipotecario.

Nosotros creemos que deben hacerse algunas precisas puntualizaciones para intentar esclarecer el supuesto en estudio. Cuando nos enfrentamos a una enajenación gratuita del deudor que le hace insolvente o aumenta su insolvencia, no cabe eludir el interrogante eterno de qué interés deberá ser preferido, el de los acreedores perjudicados o el del adquirente beneficiado. A la luz de los principios, de la regulación tradicional y del más elemental sentido de la justicia, la respuesta es clara, contundente y constante: antes que mantener una adquisición sin correspondiente se ha de atender a aquellos sujetos que, de optar por esta solución, sufrirían quebranto en sus derechos.

Esta consideración lo debe iluminar todo y a su calor debe disponerse una interpretación legal que permita en todo caso hacer prevalecer la conveniencia del acreedor perjudicado sobre la del donatario o, en general, gratuitamente beneficiado en virtud del acto dispositivo del deudor. Es inicuo y, por tanto, desechable que por mantener en su adquisición a quienes nada dan a cambio de lo que reciben se excluya a aquellos otros que ostentan derechos de crédito previo, derechos que, de ordinario, habrán supuesto el sacrificio patrimonial correspondiente.

Pero esta apriorística consideración, sin embargo, no oscurece por completo otro factor que opera en el supuesto en estudio. Estamos en el campo de la acción revocatoria que, *ex definitione*, supone que ha tenido lugar un acto fraudulento por parte del deudor enajenante, por más que el fraude pertinente se matice hasta el extremo de considerar que no tiene por qué ser otra cosa que el conocimiento o conciencia del perjuicio que se irroga a los acreedores mediante la disposición. Si esto es así, y difícilmente se puede ocultar, la circunstancia de que el acto dispositivo del deudor sea gratuito no puede producir el compulsivo efecto de extraer del marco de la acción pauliana el elemento del fraude. En este sentido, no deja de tener su punto de razón el alegato de GIORGI de que el fraude es necesario en todos los actos que el

acreedor pretendiese revocar, tanto en los a título oneroso como en los a título gratuito.

No parece, por tanto, que quepa prescindir de la idea del fraude mientras nos movamos en el campo de la acción revocatoria, porque ello equivaldría a componer una figura sobre la base de unos elementos o requisitos (el *eventus damni* y el *consilium fraudis*), para, a continuación, inutilizarla, desfigurarla o presentarla incompleta en todo un grandísimo sector de su campo de actuación: el de los actos dispositivos a título gratuito. El fraude ha de estar presente, por exigencia existencial, en todo caso que planteemos la operatividad de la acción pauliana, so pena de instaurar el sistema poco riguroso y dogmáticamente dañado de construir una figura de determinada manera para, a continuación, sostener que la misma sigue presente aunque no se dé la conformación que se le exige.

¿Cómo compaginar ambas circunstancias, la razón de justicia y la razón de coherencia? No es empresa sencilla. Una salida aparentemente razonable sería la de las presunciones. Presúmase que el acto dispositivo gratuito del deudor es fraudulento y, en consecuencia, queda relevado el acreedor de la difícil prueba de acreditar un determinado estado subjetivo del deudor, con lo cual su posición se fortalece y la defensa de su interés parece adquirir primacía.

Es lo que hacen los artículos 643 y 1.297 del Código Civil. Pero semejante presunción, en cuanto la propia ley no prohíbe la prueba en contrario, deberá permitir el acreditamiento por parte del deudor y de los terceros demandados de que no existió la *scientia damni*, con lo que los acreedores podrán ver truncada su facilidad inicial y padecer en su interés la circunstancia negativa y difícilmente justificable de que se mantenga firme una adquisición gratuita a pesar de que, precisamente en función de la misma, ellos no puedan realizar sus derechos.

El factor de las presunciones no nos sirve, en consecuencia. La *iuris tantum*, porque al admitir la prueba en contrario no brinda al acreedor la tutela pertinente y simplemente retrasa o torna más onerosa o difícil la producción de un efecto indeseable. La *iuris et de iure*, porque tropieza en nuestro ordenamiento civil con el obstáculo insuperable del artículo 1.251 del Código, habida cuenta de que no existe prohibición legal expresa de la prueba en contrario.

Se puede romper el nudo gordiano, tal como intenta LACRUZ, considerando que la «presunción» del artículo 1.297, 1.º del Código Civil es realmente una ficción: la simple equiparación entre el requisito del *consilium fraudis* y la presencia del título gratuito a efectos de la concesión de la acción revocatoria a los acreedores. Aunque ello suponga un paso adelante importante y una clara incidencia en el camino por el que debe andarse el problema en estudio, pensamos que el recurso a la *fictio iuris* no resuelve adecuadamente la cuestión porque resulta casi imposible deslindar la misma de la presunción *iuris*

et de iure, y ya se han visto las dificultades que en nuestro ordenamiento civil se dan para el juego de esta última en el supuesto que nos ocupa.

Por nuestra parte, pensamos que la solución del problema puede abordarse de la manera siguiente. La acción revocatoria exige siempre la presencia del fraude *ex parte debitoris* con indiferencia de que el acto dispositivo del mismo sea a título oneroso o a título gratuito, pues de la misma manera que no cabe prescindir de la idea del perjuicio de los acreedores, tampoco cabe eliminar la idea de que debe existir un cierto ingrediente de conocimiento de que el acto en cuestión es susceptible de deparar unas consecuencias patrimonialmente adversas para aquéllos. Trátase, como dispone con precisión el artículo 2.901 del *Código civile* italiano al establecer las condiciones de la acción revocatoria, de que amén de que el acto de disposición del patrimonio efectuado por el deudor origine perjuicio a los derechos de los acreedores, el deudor conozca el perjuicio que dicho acto ocasiona precisamente a tales derechos. Esto es algo inexcusable, indeclinable si se quiere mantener la caracterización de la acción revocatoria.

Si se prescinde del *consilium fraudis*, en su versión de *scientia* o *conscientia fraudis*, es lo mismo que si prescindimos del *eventus damni*: el edificio de la acción pauliana se nos desmorona al fallar una de sus bases de sustentación.

¿Qué ocurrirá, pues? Pienso que las cosas no se plantean como pretende el profesor ALBALADEJO de que si la enajenación es onerosa se exigen dos requisitos, perjuicio y fraude, mientras que si la enajenación es gratuita no hace falta más que un solo requisito, el perjuicio, sino que se desenvuelven de esta otra manera.

Perjuicio y fraude, por necesidad existencial de recurso pauliano, deben darse siempre. Lo que sucede es que cuando estamos en presencia de una enajenación a título gratuito ésta se unimisma con el requisito del fraude, hasta tal punto que el hecho de la disposición liberal es el *consilium fraudis* mismo que el remedio revocatorio precisa.

La circunstancia de que un deudor disponga gratuitamente de sus bienes y deje por ello de pagar a sus acreedores es lo suficientemente reveladora de un actuar nocivo y torcido como para que, sin mayores forzamientos ni quebrantamientos, se estime que ese solo proceder es determinante del fraude. Cuando alguien, con conocimiento de lo que va a ocurrir, está dispuesto a que un tercero se beneficie aunque sus acreedores vean insatisfechos sus derechos, probablemente no tenga intención de perjudicar, propósito de dañar o *animus nocendi*, aunque también puede tenerlo perfectamente, pero de lo que no cabe dudar es de que el fraude, como estado subjetivo que lleva a querer algo que no es razonable ni sensato, está presente. El fraude vendría dado, pues, por la disposición gratuita, y entonces no es que debería distinguirse en la acción pauliana, en relación a este punto, entre enajenaciones onerosas y gratuitas,

sino que toda disposición gratuita del deudor que perjudique a sus acreedores es, *ex natura*, fraudulenta, porque el fraude viene dado precisamente por el hecho de que un deudor esté dispuesto a beneficiar a terceros aunque ello excluya o disminuya la posibilidad del pago a sus acreedores.

Bien distintas son las cosas en relación a la segunda presunción de fraude incluida en el artículo 1.297 del Código Civil, ya que a tenor del párrafo segundo del mismo «se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso, hechas por aquellas personas contra las cuales se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes».

En el caso de enajenaciones en las que el adquirente lo sea a título oneroso, es obvio no sólo que el fraude debe existir para que la acción revocatoria pueda operar, sino que además, en cuanto no se plantea el conflicto de intereses que tiene lugar tratándose de adquisiciones gratuitas, no se observa la necesidad de ninguna facilidad probatoria en orden al acreditamiento de dicho fraude. Sin embargo, el Código Civil español, en el doble supuesto de que se haya dictado contra el deudor sentencia condenatoria y de que se haya expedido mandamiento de embargo de bienes, presume el fraude. ¿Ante qué clase de presunción nos encontramos?

Pocas dudas puede haber de que éste no es campo de la *fictio legis* o de la presunción *iuris et de iure*, sino que nos movemos en el simple y ordinario campo de las presunciones *iuris tantum*, esto es, de las que admiten prueba en contrario. En cuanto aquí no se advierten intereses básicos ni razones trascendentes, la presunción podrá ser contradicha y dejada sin efecto siempre que se adelante el acreditamiento del hecho opuesto del que la misma supone. Numerosas sentencias de nuestro Tribunal Supremo (Sentencias de 15 de junio de 1897, 3 de marzo de 1900, 26 de mayo de 1908, 2 de marzo de 1912, 22 de febrero de 1917, 21 de noviembre de 1932, 3 de junio de 1967, etc.) han sentado la doctrina de que contra la presunción de fraude establecida en el párrafo segundo del artículo 1.297 del Código Civil sólo puede prevalecer la prueba en contrario de los hechos en que la presunción se funda.

La razón parece elemental. Ciertamente un deudor que enajena bienes después de haberse pronunciado contra él una sentencia condenatoria o tras haberse expedido mandamiento de embargo, y con semejante acto dispositivo cae en insolvencia o aumenta su insolvencia, actúa torcidamente, y, por tanto, tiene sentido que la ley facilite las cosas a los acreedores y establezca a su favor una presunción de fraude. Ahora bien, se trata de una enajenación onerosa, con contrapartida a favor del deudor enajenante, y por ello, aparte de que no surge el dramático dilema entre el *certat de lucro captando* y el *certat de damno vitando*, se entiende sin mayor dificultad que semejante facilidad probatoria no pueda ni deba llegar más allá de la simple presunción *iuris tantum*.

¿Deberá tratarse de que el deudor enajena precisamente los mismos bienes sobre los que recayó la sentencia condenatoria o el embargo? De ninguna manera. El supuesto legal no es el de que afectados determinados bienes por un fallo judicial o por embargo proceda su propietario a enajenarlos, sino el de que encontrándonos ante una de esas situaciones jurídicas, el deudor realice actos dispositivos que afecten a su garantía patrimonial e impidan a sus acreedores la plena o más cumplida realización de sus derechos. Es entonces cuando ante un proceder semejante, que con toda evidencia atestigua un torcido proceder por parte del deudor enajenante, la ley quiere facilitar la prueba del fraude a los acreedores y a tal efecto les otorga la presunción que estamos considerando.

En distintas sentencias del Tribunal Supremo (20 de marzo de 1908, 6 de marzo de 1923, 3 de mayo de 1956, etc.) se dice que «es indispensable para que proceda la declaración de fraudulencia a instancia de un acreedor la justificación de que éste no pueda cobrar de otro modo y la complicidad del adquirente en el fraude».

Contra semejante pronunciamiento jurisprudencial piensa MORENO QUESADA que la presunción de fraude establecida en el párrafo segundo del artículo 1.297 del Código Civil, por serlo en atención al hecho objetivo de la enajenación después de que los bienes del deudor han sido objeto de traba o sentencia condenatoria, que a los ojos del legislador testimonia una actitud subjetiva fraudatoria, no precisa de complicidad, concurso o actitud especial alguna por parte del adquirente para que pueda ser objeto de rescisión al amparo de la presunción de fraude establecida en él (53).

No soy de ese parecer, pues una cosa es que el deudor manifieste con su actuación enajenatoria cierta proclividad fraudatoria y otra que, en base a ello, quepa prescindir de la participación en el fraude que debe tener el tercero adquirente a título oneroso si se quiere que prospere la acción revocatoria, tal como tuvimos ocasión de ver *ut supra*. En cuanto media contraprestación, si el tercero adquirente no fuera cómplice en el fraude o no tuviera conocimiento del perjuicio que la enajenación causa a los acreedores, aquí, como en cualquier otro supuesto dispositivo, la acción pauliana no podría ser estimada, en cuanto no sería capaz de extender sus efectos hasta dicho tercero adquirente por prohibirlo la ley (argumento *ex art.* 1.298 del Código Civil).

En cambio, tiene razón MORENO QUESADA cuando advierte que la sentencia condenatoria debe ser pecuniaria o tener repercusión de esa naturaleza, de manera tal que se haya producido o esté produciéndose unas obligaciones de pago, cuyo cumplimiento se frustrará por la enajenación posterior creadora de la insolvencia, ya que la razón de la norma es evitar el incumplimiento frau-

(53) MORENO QUESADA, *Comentarios...*, XVII-2, *op. cit.*, pág. 198.

dulento que, de no reaccionar de esta manera, se produciría. Es indiferente la instancia en que se haya dictado la sentencia, como lo es también el que se haya interpuesto o no recurso contra la misma (54).

En fin, como también hizo notar MANRESA, por lo que respecta al mandamiento de embargo de bienes, no se necesita que esté anotado en el Registro de la Propiedad, bastando con que se haya expedido. La razón de ello estriba en que no se exige, como antes se advertía, que el embargo recaiga sobre los mismos bienes perseguidos por la acción revocatoria, pero ello sin perjuicio de que la falta de anotaciones pueda influir en la eficacia de la acción frente a terceros, cosa distinta de la presunción de fraude en la enajenación (55).

ÁNGEL CRISTÓBAL MONTES
Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Zaragoza

(54) *Ibid.*, 199.

(55) MANRESA, *Comentarios...*, VIII-2, *op. cit.*, pág. 801.