

ACCIÓN PAULIANA E INTEGRACIÓN EUROPEA: UNA PROPUESTA DE LEY APLICABLE *

Laura CARBALLO PIÑEIRO

Profesora Titular de Universidad de Derecho internacional privado
Santiago de Compostela

SUMARIO: 1. EL SILENCIO LEGISLATIVO SOBRE LA LEY APLICABLE A LA ACCIÓN PAULIANA.—2. ASPECTOS SUSTANCIALES.—2.1. El contexto normativo.—2.2. La discusión sobre su naturaleza jurídica.—3. LA DISCUSIÓN SOBRE LA LEY APLICABLE A LA ACCIÓN PAULIANA.—3.1. Criterios presentes en la selección de la ley aplicable.—3.2. Las diversas propuestas de ley aplicable.—3.2.1. *Lex loci delicti commissi*.—3.2.2. La ley rectora de la pretensión principal del acreedor.—3.2.3. La ley del lugar de la ejecución.—3.2.4. La ley rectora de la eficacia de la relación jurídica impugnada.—3.2.5. Acumulación de leyes.—4. PROPUESTA: LOCALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO MÁS VINCULADO EN FUNCIÓN DE LA PROTECCIÓN DEL CRÉDITO.

1. EL SILENCIO LEGISLATIVO SOBRE LA LEY APLICABLE A LA ACCIÓN PAULIANA

1. Los esfuerzos de la Unión Europea por elaborar un sistema completo de Derecho internacional privado se han materializado en una prolífica actividad normativa, en la que no siempre se reflejan adecuadamente los intereses presentes ni la complejidad del universo jurídico¹. Prueba de las

* Este trabajo se enmarca en el periodo de disfrute de una beca de la Fundación Alexander von Humboldt (2010-2012) y ha sido financiado por el Ministerio de Educación, a través del Proyecto de investigación SEJ2007-61137, «El Derecho económico internacional ante la Globalización», la Consejería de Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia y el FEDER.

¹ ARENAS GARCÍA, R., «La distinción entre obligaciones contractuales y obligaciones extracontractuales en los instrumentos comunitarios de Derecho internacional privado», *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 403-425.

dificultades con las que se enfrenta el esfuerzo codificador comunitario es la protagonista de este trabajo, la acción pauliana, que aquí se define como una facultad que ostenta el acreedor de impugnar un acto válido de disposición realizado en perjuicio de su crédito, cuando no pueda cobrar de otro modo lo que se le debe. Esta facultad no es desconocida al Derecho europeo, como consecuencia de haber sido objeto de las decisiones *Reichert c. Dresdner Bank*², en las que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) acaba constatando que la acción pauliana no es ni materia contractual, ni materia extracontractual.

Con estos mimbres y de las denominaciones de los Reglamentos (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)³, y núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)⁴, podría ya deducirse que este remedio legal del perjuicio de acreedores no está incluido en los instrumentos comunitarios sobre ley aplicable. Sin embargo, la Propuesta de Reglamento sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, presentada por la Comisión, apuntaba otra respuesta: «La línea divisoria entre obligaciones contractuales y delictuales no es sin embargo idéntica en todos los Estados miembros y pueden surgir dudas en cuanto a la aplicación de tal o cual instrumento —el Convenio de Roma o el Reglamento propuesto— en un litigio dado, por ejemplo en cuanto a la responsabilidad precontractual, *culpa in contrahendo* o acción pauliana. El Tribunal ya tuvo la ocasión de constatar, en el marco del art. 5, apartados 1 y 3, del Convenio de Bruselas, que la materia delictual tiene un carácter residual con relación a la contractual que debe entenderse en sentido estricto, tendrá que afinar más su análisis en el marco de la interpretación del Reglamento propuesto»⁵.

2. De las palabras citadas se desprende la tensión que existe entre Roma I y Roma II, consecuencia de la dialéctica entre materia contractual y delictual⁶, y que llevaría a incluir en Roma II lo que no fuera calificable como contractual. Para empezar, ha de tenerse en cuenta que el TJUE considera que procede la calificación contractual cuando la situación se basa en una relación libremente asumida por las partes. Con la acción pauliana el ordenamiento jurídico pone a disposición de los acreedores un mecanismo de impugnación de un acto, u omisión, realizado por su deudor en perjuicio de su crédito, esto es, si se cumplen sus requisitos, el acreedor impugnante puede cobrarse en los bienes que salieron del patrimonio de su deudor a través de un acto válido. Para hacer efectiva esta facultad, el acreedor ha de ejercitarla

² SSTJUE de 10 de enero de 1990, As. 115/88, *Reichert c. Dresdner Bank, Rec.*, 1990, pp. 27-43; de 26 de marzo de 1992, As. 261/90, *Reichert c. Dresdner Bank, Rec.* 1992, pp. 2149-2186.

³ DOUE núm. L 177, de 4 de julio de 2008.

⁴ DOUE núm. L 199, de 31 de julio de 2007.

⁵ Propuesta Roma II [documento COM(2003) 427 final], pp. 8-9.

⁶ STJUE de 27 de octubre de 1988, As. 51/97, *Reunión européenne*.

judicialmente frente al tercero beneficiado por el acto impugnado, para que ponga a su disposición los bienes que han salido del patrimonio del deudor. Así, el ordenamiento jurídico no compromete a priori la libertad de gestión del deudor, pero reacciona cuando el acreedor no puede ejecutar su crédito permitiéndole vincular los bienes que ahora están en poder de un tercero⁷. En esta relación están enfrentados acreedor y tercero, sin que la libertad de disposición intervenga en su conformación, por lo que no cabe subsumir esta impugnación en el Reglamento Roma I.

Así las cosas y dentro de la dialéctica reseñada entre Roma I y Roma II, la acción pauliana habría de residenciarse en este último, como pretendía la Comisión. Pero hay dos datos que impiden a día de hoy culminar con éxito la operación. El primero exige recordar la ya citada sentencia *Reichert*, donde se descarta el carácter extracontractual de la acción pauliana; el segundo parte de la constatación de que el ámbito de aplicación material de Roma II no se ciñe a las obligaciones extracontractuales, sino que alcanza también a la *culpa in contrahendo*, el enriquecimiento sin causa y la gestión de negocios, pero donde no existe una regla específica sobre la acción pauliana. Tendríamos, por tanto, una laguna indicativa de que la acción pauliana no está comprendida en el ámbito de aplicación del vigente Reglamento⁸, laguna confirmada por el dato de que el Proyecto de instrumento sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, elaborado por el Consejo de la Unión Europea, sí contenía una norma de conflicto para la acción pauliana⁹.

3. Sin embargo, no deja de sorprender que, siendo un remedio conocido por el legislador comunitario, la acción pauliana haya quedado al margen de la compilación de normas de conflicto; y todavía es más sorprendente si se recuerda que, en cambio, la acción pauliana concursal sí cuenta con su propia norma de conflicto, la que dibujan los arts. 4.2.m) y 13 del Reglamento (CE) núm. 1346/2000, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia. La sorpresa se diluye cuando intentamos determinar cuál es la ley aplicable a la acción pauliana, cuestión sobre la que reina la confusión, existiendo numerosas propuestas¹⁰, que le atribuyen una u otra calificación, o evalúan de un modo u otro el conflicto de intereses subyacente a la misma. Prueba de la confusión reinante es que sólo un ordenamiento cuenta en la Unión Europea con una norma de conflicto específica, el § 19 de la *Anfechtungsgesetz* alemana¹¹. La

⁷ DE CASTRO, F., «La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial», *RD*, 1932, pp. 193-227, p. 198; CRISTÓBAL MONTES, A., *La vía pauliana*, Madrid, 1997, pp. 14-15.

⁸ En este sentido, véase CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. El Reglamento Roma II*, Granada, Comares, 2008, p. 77.

⁹ Véase Documento del Consejo de la Unión Europea núm. 11982/99, presentado en Bruselas el 9 de diciembre de 1999, que contiene el Proyecto. Sobre el contenido de la norma, véase *infra*, núm. 21.

¹⁰ Sobre estas dificultades, véase por todos, FORNER, J. J., «Derecho europeo: La acción pauliana bajo el TJCE (una opinión discrepante de *Reichert II*)», en FORNER DELAYGUA, J. J. (ed.), *La protección del crédito en Europa: La acción pauliana*, Barcelona, Bosch, 2000, pp. 137-149, pp. 139-140.

¹¹ *Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners au erhalb des Insolvenzverfahrens*, de 5 de octubre de 1994, en vigor desde el 1 de enero de 1999. Para una comparación entre las normas españolas dedicadas a la acción pauliana y las alemanas, véase MÖHLENBROCK, R., *Die Gläubige-*

jurisprudencia es, en cambio, más rica, aunque no en el caso español: en los dos supuestos con elemento extranjero que hemos podido localizar, ambos tribunales ignoran dicho elemento, aplicando sin mayores consideraciones el Derecho español¹².

4. El porqué de las dificultades para determinar la ley aplicable a la acción pauliana se remonta a la especialidad de este remedio del perjuicio de acreedores, que es tratado con desconfianza porque permite impugnar un acto válido y, por ello, representa un cuerpo extraño en el Derecho privado, basado en la estabilidad de las relaciones jurídicas. Ahora bien, una somera aproximación histórica y de Derecho comparado permite constatar la utilidad del remedio, que se traduce en su existencia en la mayoría de ordenamientos jurídicos, sin perjuicio de que algunos lo reserven para las situaciones de concurso de acreedores, como es el caso de Suecia. En la segunda parte del trabajo se exponen las dificultades que plantea la determinación de la naturaleza jurídica de la figura, porque ello incide, no solo en la operación de calificación (que podría suponer su inclusión en Roma II. Véase *infra* núm. 14), sino también en algunas de las propuestas de ley aplicable que presentamos en la tercera parte del trabajo. Por otra parte, el examen de los aspectos sustanciales de la acción pauliana permite constatar que, aunque reconocible en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, la diversidad legislativa es ciertamente importante, debido a las distintas aproximaciones a sus presupuestos y requisitos. En el marco de la desconfianza que genera, parece que el mejor método de regulación sería el uniforme, pero este exige un esfuerzo que, de momento, sólo se ha emprendido respecto de la acción pauliana concursal y en el marco de la elaboración de una guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia¹³. En la medida en que ambas no son más que modalidades del mismo instituto, el trabajo realizado podría servir igualmente para aproximar legislaciones en materia de acción pauliana ordinaria, pero aquí vuelven a surgir las discrepancias, puesto que en algunos ordenamientos prácticamente presentan la misma regulación, como es el caso de Alemania, pero no así en la mayoría.

El fundamento de la acción pauliana es la protección del crédito¹⁴, que hace intervenir al ordenamiento jurídico para dilucidar el conflicto entre el acreedor impugnante y el tercero adquirente del beneficio patrimonial. El carácter regulador del mecanismo podría aconsejar una aproximación unila-

ranfechtung im deutschen und spanischen Recht: eine rechtsvergleichende Betrachtung der Gläubigeranfechtung innerhalb und außerhalb des Konkurses, Frankfurt am Main, Lang, 1996, pp. 111-154.

¹² STS de 13 de mayo de 1974 (RA 2062), y, más recientemente, AP Castellón (Sección 3.ª) núm. 602, de 28 de diciembre de 2007 (AC 2008/576), supuesto en el que ya ni se consigue probar uno de los presupuestos de la acción pauliana, la existencia de crédito, y, como es una cuestión previa, el tribunal no tuvo que entrar en otros razonamientos, ni conflictuales ni sustanciales, para desestimar la acción pauliana; en todo caso, la cita es siempre a preceptos españoles.

¹³ Véase UNCITRAL: Documentos A/CN.9/WG.V/WP.70 y A/CN.9/WG.V/WP.72.

¹⁴ DE CASTRO, F., *op. cit.*, nota 7, pp. 202-209; CRISTÓBAL MONTES, C., *op. cit.*, nota 7, pp. 43-71; JORDANO FRAGA, F., *La acción revocatoria o pauliana. Algunos aspectos esenciales de su régimen en el Derecho vigente*, Granada, Comares, 2001, pp. 47-246; DE TORRES PEREA, J. M., *Presupuestos de la acción rescisoria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 115-123.

teral¹⁵, pero esta se revela insatisfactoria si se toma en consideración el grado de dispersión que puede alcanzar la acción pauliana: su carácter internacional puede derivarse de la ley rectora del crédito impugnante, la ley rectora del acto u omisión impugnado, el domicilio del acreedor, del deudor o del tercero beneficiado, o la situación de los bienes objeto del acto impugnado, conexiones que se multiplican con el juego del conflicto móvil. En esta tesitura, el método bilateral parece el más adecuado para abordar la ley rectora de la acción pauliana, discusión a la que llegamos en la cuarta parte de este trabajo tras haber transitado por las distintas propuestas que se han hecho, exponiendo sus pros y contras. La variedad es tan amplia que, prácticamente, se han explorado todas las posibilidades, por lo que el trabajo ha de finalizar ponderando cuál puede ser, a día de hoy, una propuesta aceptable. Que la misma prospere, ya depende de que el legislador comunitario fije sus ojos en este remedio civil del perjuicio de acreedores.

2. ASPECTOS SUSTANCIALES

2.1. El contexto normativo

5. La acción pauliana se remonta al Derecho romano, cuando la conformación de la responsabilidad patrimonial exige mecanismos que salvaguarden la realización del crédito. Su larga formación histórica y la incertidumbre que rodea su naturaleza jurídica son causa de interminables polémicas, que se suceden con independencia del ordenamiento jurídico que se tome como referencia. Pero la lógica de su planteamiento no solo es propia de los ordenamientos jurídicos continentales herederos del Derecho romano, sino que también se descubre en los países de *common law*, donde aparecen mecanismos ad hoc que se aproximan al esquema pauliano. Una primera aproximación a la figura parte precisamente de la distinción entre sistema continental y anglosajón, exponiendo el origen histórico de los diversos remedios que pueden ser considerados como acción pauliana.

En todo caso, es interesante destacar la existencia de un acuerdo sustancial sobre la composición de este remedio: a pesar del desacuerdo sobre su naturaleza jurídica, sí existe consenso sobre su estructura, de modo que las divergencias entre ordenamientos se miden en función de una u otra combinación en el contenido de los requisitos que conducen a su apreciación, a saber: como presupuestos, se exige la existencia de un crédito y de un acto u omisión, válido y eficaz, y como requisitos, la existencia de perjuicio a acreedores (medido, normalmente, en función de la insolvencia del deudor), el nexo causal entre el acto realizado y el perjuicio, el *consilium fraudis* o *scientia fraudis* de deudor o tercero, y la existencia de plazos de impugnación. Presupuestos y requisitos

¹⁵ Como parece ocurrir en el ordenamiento inglés. Véase DICKINSON, A., *The Rome II Regulation. The Law applicable to non-contractual obligations*, Oxford, University Press, 2008, p. 255, nota 755, y para el ordenamiento italiano la propuesta de PRETELLI, I., *Garanzie del crédito e conflitti di leggi. Lo statuto dell'azione revocatoria*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2010, pp. 319-357.

están, en consecuencia, comprendidos en el ámbito de aplicación de la ley rectora de la acción pauliana, que también decide quién puede entablarla y los efectos que produce su estimación, esto es, la eficacia de la acción frente al tercero beneficiado por el acto impugnado, pero también frente a posibles subadquirentes, así como si cabe acción de regreso frente al deudor¹⁶.

6. La evolución de la acción pauliana está ligada a la sujeción del patrimonio del deudor a responsabilidad por incumplimiento de sus obligaciones, cuando el patrimonio pasa a ser el objeto de la ejecución procesal¹⁷. Trae su origen del Derecho romano clásico¹⁸, donde se apuntan como posibles precedentes una *missio in bona* que procedía ante la apertura de la *bonorum venditio* o *bonorum distractio*, y un *interdictum fraudatorium*, que se empleaba tras los procedimientos de ejecución concursal, ante la constatación de que el deudor carecía de bienes. Frente a esta duplicidad de mecanismos, se construye en el Derecho justiniano la acción pauliana, cuyo modelo básico se descubre en el *interdictum fraudatorium*¹⁹. Éste se basaba en el fraude de acreedores, entendido como daño porque no encontraban bienes en el patrimonio del deudor con los que satisfacerse²⁰, del cual se deducía el *consilium fraudis*, el conocimiento por parte del deudor del perjuicio que se ocasionaba a los acreedores.

7. El diverso planteamiento de la acción pauliana en una y otra etapas del Derecho romano se traduce, a su vez, en dos modos de concebir el instrumento en los ordenamientos jurídicos europeos. Los presupuestos y efectos de los remedios contra el perjuicio de acreedores en el Derecho clásico sirven de inspiración a una de estas dos corrientes, cuyo principal exponente se encuentra en el Derecho alemán; la *Gläubigeranfechtung* se incardina dentro de la ejecución procesal y es objeto de una ley especial (*Anfechtungsgesetz*), que sigue la tradición establecida por la legislación prusiana y acoge los requisitos clásicos de la acción pauliana, prácticamente los mismos que para su modalidad concursal²¹, donde el elemento subjetivo tiende a objetivarse.

¹⁶ No así la existencia del crédito o del acto impugnado, que son cuestiones previas. Tampoco deben someterse al estatuto pauliano las relaciones entre el acreedor impugnante y los acreedores del tercero beneficiado por el acto impugnado, así como tampoco el destino de la acción de regreso en el contexto de la insolvencia del deudor, cuestiones que se resolverán en el contexto del correspondiente procedimiento de insolvencia y conforme a la ley allí aplicable.

¹⁷ KIPP, T., «Impugnación de los actos *in fraudem creditorum*, en Derecho romano y en el moderno Derecho alemán, con referencia al Derecho español» (trad. ROCES, W.), *RDP*, 1924, pp. 1-22, pp. 1-2; TALLAMANCA, M., «Azione revocatoria. Diritto romano», *Enciclopedia del Diritto*, t. IV, Milán, 1959, pp. 883-889, p. 883.

¹⁸ IMPALLOMENI, G., «Azione revocatoria nel Diritto romano», *Novissimo Digesto Italiano*, t. II, 1958, pp. 42-45, 42-43; D'ORS, X., *El interdicto fraudatorio en el Derecho romano clásico*, Roma-Madrid, CSIC, 1974, pp. 15-20, quien defiende que el único remedio era el interdicto fraudatorio (pp. 106-110).

¹⁹ IMPALLOMENI, G., *op. cit.*, nota 18, p. 43; KIPP, T., *op. cit.*, nota 17, pp. 3, 5-6.

²⁰ El *eventus damni* se identificaba con la insolvencia patrimonial absoluta, que sólo podía ser constatada tras la celebración de los procesos de ejecución concursal. Véase D'ORS, X., *op. cit.*, nota 18, pp. 133-134.

²¹ HOFFMANN, N., «Alemania: La *actio pauliana* en Derecho alemán: impugnación de los acreedores según la ley de impugnación y la regulación referente a la insolvencia», *La protección del crédito...*, *op. cit.*, nota 10, pp. 15-41, pp. 17-19.

Siguen, hoy en día, este modelo, Austria, Italia, Portugal y Suiza²². La otra corriente, en cambio, tiene su modelo en el Derecho justinianeo, en el cual el eje de la institución se traslada hacia el elemento subjetivo, poniendo el acento en la intención de perjudicar, elemento que no pierde su importancia en los siglos posteriores²³. Esta tradición es a la que se acogen la doctrina y jurisprudencia francesas cuando construyen el régimen legal de la acción pauliana, insuficientemente regulado en el art. 1.167 *Code Civil*, tradición a la que pueden asimilarse los arts. 1.111 y 1.290-1.299, 643 de nuestro Código Civil y el art. 37 de la Ley Hipotecaria.

8. Los remedios contra el perjuicio de acreedores previstos en el modelo anglosajón presentan identidad de razón con la acción pauliana²⁴, por cuanto persiguen la protección del crédito amenazado por el perjuicio que deriva de la inexistencia de bienes en el patrimonio del deudor con los que el acreedor pueda satisfacerse²⁵. Su precedente es una ley inglesa de 1570, dictada por Isabel I, dedicada a las *fraudulent conveyances*, y que se aplicaba tanto en situaciones de concurso como al margen de ellas. Esta ley estuvo vigente en Inglaterra hasta su integración en la *section 172* de la *Law Property Act* de 1925, unificando la *Insolvency Act* de 1986 las normas de insolvencia²⁶; sus Secciones 238, 339 y 423-425, que rigen tanto para sociedades como para personas físicas, recogen las transacciones que defraudan a los acreedores (*Transactions defrauding creditors*) y son los supuestos que más se asimilan a la acción pauliana. Por su parte, el carácter federal de los Estados Unidos determina una situación legal distinta: la ley de Isabel I también se aplicaba en los Estados de la Unión hasta que en 1918 se aprueba la *Uniform Fraudulent Conveyance Act*, adoptada en 26 Estados. Posteriormente, es aprobada la *Bankruptcy Reform Act* de 1978, que incorpora las disposiciones de la ley uniforme y convierte la materia de quiebra en federal. A la luz de estos cambios, era necesaria una renovación de la anterior ley, que se produce con la *Uniform Fraudulent Transfer Act* de 1984²⁷, adoptada en 44 Estados. La nueva

²² Respectivamente, arts. 27 y ss. *Konkursordnung* y *Anfechtungsgesetz* austriacas de 1914; Libro VI, Capítulo V («De los medios de conservación de la garantía patrimonial»), Título III («De la responsabilidad patrimonial»), *Código Civile* italiano de 1942; arts. 610-628 del Código Civil portugués, aprobado por Decreto-Ley núm. 47-344, de 25 de noviembre de 1966; arts. 285-292 *Schuldbetreibung und Konkursgesetz* suiza.

²³ Y que provoca una aproximación de la acción pauliana a la simulación. Véase FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., *El fraude de acreedores: la acción pauliana*, Bolonia, Publicaciones Real Colegio de España, 1998, pp. 15-16.

²⁴ GLENN, G., *The law of fraudulent conveyances*, Nueva York, Baker, Voorhis & Co., 1931, p. 1; HABSCHIED, E. J., *Grenzüberschreitendes (internationales) Insolvenzrecht der Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland*, Berlín, Duncker & Humblot, 1998, pp. 140-141, pp. 170-171.

²⁵ ROSSI, G., *Il fallimento nel diritto americano*, Padua, Cedam, 1956, p. 126.

²⁶ STEVENS, R., y SMITH, L., «Reino Unido: La acción pauliana en Derecho inglés», *La protección del crédito...*, *op. cit.*, nota 10, pp. 95-111, p. 97, nota 3. La citada en texto *Insolvency Act* ha sido enmendada en 2000.

²⁷ Ambas normas conviven en la medida en que se deja a la voluntad de los Estados su adopción. Véase NIEHUS, C., *Die Insolvenzanfechtung in der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika*, Colonia, Diss. Recht Köln, 1999, pp. 159-160; Rossi, G., *op. cit.*, nota 25, pp. 126-127. Véase información y actualizaciones en www.nccusl.org, la página web de The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws.

regulación conserva el carácter de acción civil, lo que permite su aplicación al margen de la legislación concursal federal²⁸.

2.2. La discusión sobre su naturaleza jurídica

9. La especialidad del mecanismo dibujado incide en su difícil encaje en categorías generales, lo que provoca un interesante debate en cuanto a su naturaleza jurídica. A continuación exponemos sus trazos generales, por cuanto sirve para mostrar las dificultades de una operación de calificación y, en consecuencia, de asignación de una norma de conflicto con este punto de partida. Así, la primera precisión que sobre la naturaleza jurídica se ha de realizar atañe al carácter personal de la acción pauliana. La controversia sobre su carácter real o personal se remonta a su origen romano, debatiéndose entre si esta acción permite a los acreedores defraudados reclamar los bienes del deudor allí donde se encuentren, o sólo les permite dirigirse contra los intervinientes en el acto fraudulento²⁹. La cuestión encuentra respuesta en los requisitos subjetivos que conforman la acción comentada y que abortan su supuesto carácter real; el alcance y límites de esta impugnación marcan la definitiva victoria de quienes defienden su carácter personal: la afectación de terceros por esta acción no se debe a su carácter *erga omnes*, sino a su participación en el fraude o a la intervención de factores que hacen pesar más la protección del acreedor que la de un tercero adquirente.

10. La afirmación de su carácter personal abre paso al examen de su naturaleza material o procesal. La acción pauliana es un remedio civil contra el perjuicio de acreedores, aunque de ejercicio judicial, estrechamente vinculado con la responsabilidad patrimonial y la ejecución procesal. En este contexto, se discute el carácter conservativo o ejecutivo de la acción pauliana³⁰,

²⁸ El § 544(b) U.S.C. permite que el síndico concursal actúe de acuerdo con esta ley reguladora de las *fraudulent transactions* para la restitución de bienes a la masa de acreedores. Véase MICHAEL, D. C., «The Past and Future of Kentucky's Fraudulent Transfer and Preference Laws», *Kentucky Law Journal*, vol. 86, 1997-1998, pp. 937-969, pp. 953-955. Más allá de la insolvencia, véase un ejemplo de aplicación en SHEPARD, L. B., «Beyond Moody: A Re-Examination of Unreasonably Small Capital», *Hastings Law Journal*, vol. 57, 2006, pp. 891-920.

²⁹ La problemática se inicia con Paulo, quien incluye esta acción entre otras personales en que el condenado es responsable de los frutos (D. 22, 1, 38). Sin embargo, Justiniano parece incluirla entre las acciones pretorias *in rem* (Inst. 4, 6, 6). A partir de ahí, se suceden las opiniones a favor de un sentido o del otro. Véase COLIN, A., y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho civil*, 4.^a ed. rev. por BATLLE, M., t. III, Madrid, Reus, 1960, pp. 100-101; CRISTÓBAL MONTES, A., *op. cit.*, nota 7, pp. 58-59; Díez PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial (Las relaciones obligatorias)*, t. I, Madrid, 4.^a ed., Tecnos, 1993, p. 734; DE PAGE, H., *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, t. III, 2.^a Parte, Bruselas, 2.^a ed., Bruylant, 1950, pp. 201-201; JORDANO FRAGA, J., *op. cit.*, nota 14, pp. 30-34.

³⁰ Suiza trata a la acción pauliana como subsidiaria de la ejecución procesal, cuyo ejercicio está condicionado a la efectiva apertura de ejecución, individual o colectiva. Véase AMONN, K., y GASSER, D., *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts*, Berna, 6.^a ed., Stämpfli, 1997, pp. 426-427; STAHELIN, D., *Die Anerkennung ausländischer Konkurse und Nachlassverträge in der Schweiz (Art. 166 ff. IPRG)*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1989, p. 144. JUNKER, P., *Der internationalen Gerichtsstand der schweizerischen paulianischen Anfechtungsklage und rechtsvergleichend schweizerisches, deutsches und französisches Haftpflichtrecht*, Zürich, 2007, pp. 59-89, defiende su carácter ejecutivo, pero con alcance

lo que conduce a su posible conceptualización como medida cautelar o medida ejecutiva³¹. Es claro, sin embargo, que la acción pauliana brinda al acreedor una facultad de satisfacer su derecho y no un simple cauce procesal, versando esta discusión sobre su función, que no sobre su naturaleza jurídica.

11. Una vez que se concluye el carácter personal de la acción pauliana, así como su sustantividad, la controversia se traslada a determinar la categoría jurídica a la que se la puede adscribir. La importancia de la responsabilidad patrimonial en su definición subyace a las diferentes propuestas que se han planteado, siendo una de las más firmes la que apuesta por su naturaleza extracontractual. Quienes así lo defienden se apoyan en el daño que se causa al acreedor con el acto de disposición. La jurisprudencia belga calificaba la acción pauliana como ilícito, como cuasidelito, que consistía en la pérdida de la «*gage general*». Concebida así la acción, preciso es la colaboración fraudulenta del adquirente oneroso para que proceda la restitución *in natura* e indemnización³², por lo que se trataría de una acción indemnizatoria por acto ilícito.

Tales posiciones son difícilmente sostenibles, porque el remedio opera también frente a terceros de buena fe (respecto de los que se ha defendido la equiparación de esta acción con el enriquecimiento sin causa)³³, y no se obliga al adquirente a reintegrar el patrimonio del deudor al estado en que se encontraba antes de la producción del ilícito, sino a poner a disposición del acreedor los bienes transferidos para que satisfaga su crédito en la medida en que sea necesario; es decir, no se exige la reparación del daño efectivamente causado, puesto que ese no es su objeto, sino la sujeción de bienes concretos que ya han salido de la garantía patrimonial a la ejecución del crédito³⁴. Por otra parte, los casos supuestamente subsumibles dentro del enriquecimiento sin causa (actos impugnables concluidos por terceros de buena fe) también son de difícil encaje en esta figura, ya que cuentan con una causa de lucro.

12. En cambio, la ineficacia adquiere relevancia en otros ordenamientos como explicación de la naturaleza jurídica de la acción pauliana. Tras el ejercicio de la acción, el acto sigue siendo válido, pero carece de eficacia frente al

delictual, de modo que, finalmente, la integra en el art. 5.3 del Convenio de Lugano (pp. 395-402). JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, nota 14, pp. 34-45, argumenta a favor del carácter conservativo o cautelar de la acción.

³¹ En este sentido, SATTI, S., *Instituciones del Derecho de quiebra* (trad. FONTANARROSA, R. O.), Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951, pp. 225-234.

³² Véase de PAGE, H., *op. cit.*, nota 29, pp. 201-203, donde también se puede consultar la jurisprudencia belga.

³³ HOYER, H., «Die Anknüpfung der gesetzlichen Schuldverhältnisse im österreichischen internationalen Privatrecht», en SCHWIND, F. (dir.), *Europarecht. Internationales Privatrecht. Rechtsvergleichung*, Viena, 1988, pp. 87-96, pp. 91-95.

³⁴ DE CASTRO, F., *op. cit.*, nota 7, p. 205; FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., *op. cit.*, nota 23, p. 278; VAZ SERRA, A., «Responsabilidade patrimonial», *Boletim do Ministerio de Justiça*, abril de 1958, núm. 75, pp. 5-410, pp. 292-293, 297-298, nota 454-a. DE TORRES PEREA, J. M., *op. cit.*, nota 14, pp. 123-130, distingue también entre impugnación de actos onerosos y gratuitos, aunque se conforma con la aplicación a estos últimos de la doctrina del enriquecimiento injusto.

acreedor que puede comportarse como si el bien siguiera en el patrimonio del deudor: en el caso de que la satisfacción de su crédito no agote el bien afectado, éste revertirá al tercero adquirente, aunque la imagen no sea correcta por cuanto en momento alguno se pone en duda que el bien objeto de la ejecución pertenece al tercero. Esta configuración nos conduce ante una categoría de ineficacia, cuestión que no ha pasado desapercibida para quien confundía la acción pauliana con una acción de simulación o de nulidad³⁵, siendo preciso destacar la intrínseca distinción entre la acción pauliana y la simulación, la nulidad y la anulabilidad.

Según nuestro Código Civil, estamos ante una acción rescisoria en fraude de acreedores, lo que facilita la comprensión de la acción pauliana como una forma de ineficacia parcial y relativa. Esta asimilación supuso un avance técnico importante, si bien las diferencias con la rescisión por lesión son grandes, tanto en los presupuestos como en los efectos, de modo que es difícil predicar una naturaleza jurídica conjunta³⁶. La inoponibilidad de los efectos es una nueva y discutida categoría de ineficacia, que ha servido a la doctrina francesa para superar la equiparación de la acción pauliana con la nulidad³⁷, consistiendo en una ficción que permite al tercero, titular de derechos legítimos y anteriores al acto de disposición, desconocer su eficacia en la medida en que pueda perjudicarlo. Esta categoría permite construir con mayor racionalidad la acción pauliana, si bien se advierte alguna peculiaridad de ésta respecto a la inoponibilidad³⁸.

13. Cualquiera de las tesis apuntadas plantea problemas que dificultan enormemente una conclusión general sobre la naturaleza jurídica de la acción pauliana. La más aceptada es la que atañe a su inclusión entre las categorías de ineficacia, pero ello no impide que se vea como una solución de compromiso: la acción pauliana nace de una causa externa al acto impugnado, el perjuicio de acreedores, y la ineficacia relativa y parcial del acto impugnado es la fórmula que ha encontrado el ordenamiento para reparar este perjuicio. Del análisis de las distintas propuestas sí se obtiene su fundamento, la protección

³⁵ Véase sobre esta confusión y su crítica, DE CASTRO, F., *op. cit.*, nota 7, p. 204; CRISTÓBAL MONTES, A., *op. cit.*, nota 7, pp. 65-68; FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., *op. cit.*, nota 23, pp. 274-281. En particular, la confusión entre acción pauliana y acción de simulación es clásica, y en la jurisprudencia española sólo se consigue su deslinde a principios de siglo. A diferencia de lo que ocurre con la acción de simulación, el acto impugnado con la acción pauliana es válido, por lo que la legitimación para su interposición es restringida. Además, el perjuicio, esencial en la acción pauliana, es indiferente en la simulación cuyo ejercicio es independiente de si los acreedores pueden cobrarse o no.

³⁶ La legitimación no corresponde a las partes del acto impugnado y los efectos no son restitutorios, el bien no retorna al patrimonio del deudor. Véase DE TORRES PEREA, J. M., *op. cit.*, nota 14, pp. 43, 77-92; MARTÍN PÉREZ, J. A., *La rescisión del contrato*, Barcelona, Bosch, 1995, pp. 364-370 y 441; FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., *op. cit.*, nota 23, pp. 285-288.

³⁷ En el alejamiento de la acción pauliana de la nulidad es decisiva la labor doctrinal y jurisprudencial, siempre con apoyo en el Derecho romano. Véase CHAZAL, J.-P., «Francia: La acción pauliana en Derecho francés», *La protección del crédito...*, *op. cit.*, nota 10, pp. 73-94, pp. 75-77.

³⁸ A diferencia de la inoponibilidad, el acto existe también para el acreedor impugnante. Además, al tercero (el acreedor en este caso) no le basta con desconocer los efectos del acto ajeno, sino que ha de impugnarlo. Véase FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., *op. cit.*, nota 23, pp. 281-285. También DE TORRES PEREA, J. M., *op. cit.*, nota 14, pp. 109-114, aunque con más dudas sobre la distinción.

del crédito, a cuya concreción contribuye de modo decisivo tomar conciencia de la relación de la acción pauliana con la responsabilidad patrimonial, con la garantía patrimonial y con los mecanismos procesales de satisfacción del acreedor, la ejecución forzosa singular o colectiva (véanse *supra* núms. 5-8). Aunque el punto de inflexión se produce con la constatación de que la acción pauliana no nace, ni es efecto, de la responsabilidad patrimonial, sino que es *otro* medio de protección del crédito³⁹.

14. Las dificultades de esta caracterización inciden en el ámbito de aplicación material del Reglamento Roma II; allí se establece un criterio autónomo, el de obligación extracontractual⁴⁰, *non-contractual* en la versión inglesa, respecto del que se sugiere una interpretación amplia, para comprender, por ejemplo, todas las obligaciones que no nacen del consentimiento⁴¹. Al respecto, ya existe algún pronunciamiento en sentido positivo, subrayando los elementos que aproximan esta acción a la responsabilidad delictual y, en particular, el dato de que el Reglamento Roma II también comprende la responsabilidad objetiva, cubriendo aquellos supuestos en los que el tercero actúa de buena fe⁴². A la luz de lo antes reseñado (véase *supra* núm. 11), es más que dudoso que la acción pauliana pueda calificarse como delictual: además de las citadas consideraciones y yendo más allá de *Reichert* que, ciertamente, es un endeble precedente por ocuparse de la competencia judicial internacional (y confiarse a principios y objetivos distintos de los de la ley aplicable)⁴³, el hecho de que el Consejo de la Unión Europea le dedicara una norma de conflicto y la Comisión una mención específica conjuntamente con los cuasidelitos denuncia que tampoco a nivel europeo se considera que estemos ante responsabilidad delictual.

Sin embargo, la tensión entre los Reglamentos Roma I y Roma II, así como la autonomía del concepto «obligación extracontractual» podría hacer inclinar la balanza hacia su inclusión en Roma II, cuestión de la que podría acabar decidiendo el TJUE, tal y como ha hecho ya en las relaciones entre otros Reglamentos. Mientras no se produzca esa intervención, es mejor huir de una inclusión que comportaría, a falta de otra más adecuada, la aplicación de una norma de conflicto, la *lex loci damni*, que daría lugar a resultados aleatorios (véase *infra* núm. 19). Ello no obsta a que se considere esta inclusión inevitable, pero a través de la elaboración de una norma de conflicto específica, cuya propuesta se elabora en el último epígrafe de este trabajo, siguiendo

³⁹ Entre otros, véase BIGLIAZZI GERI, L., «Revocatoria (azione)», *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1990, pp. 1-14, pp. 1-3; DE CASTRO, F., *op. cit.*, nota 7, p. 198; DE PAGE, H., *op. cit.*, nota 29, p. 199.

⁴⁰ Críticos con esta denominación véanse AMORES CONRADI, M. A., y TORRALBA MENDIOLA, E., «XI Tesis sobre el estatuto delictual», *www.reei.org*, 2004, núm. 8, pp. 1-34, pp. 3-4.

⁴¹ SCOTT, A., «The Scope of “Non-Contractual Obligations”», en AHERN, J., y BINCHY, W. (eds.), *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Boston, Leiden, 2009, pp. 57-83.

⁴² Como considera DICKINSON, A., *The Rome II Regulation*, *op. cit.*, nota 15, pp. 255-258.

⁴³ Sobre la deseable unidad de interpretación entre instrumentos europeos, véase WÜRDINGER, M., «Das Prinzip der Einheit der Schuldrechtsverordnungen im Europäischen Internationalen Privat- und Verfahrensrecht. Eine methodologische Untersuchung über die praktische Konkordanz zwischen Brüssel I-VO, Rom I-VO und Rom II-VO», *RabelsZ*, vol. 75, 2011, pp. 102-126, en esp. pp. 112-122.

los principios sentados por Roma II. Una vez incluida en este Reglamento, la norma de conflicto correspondiente debería aplicarse cualesquiera que fueran los negocios jurídicos implicados, también cuando el negocio impugnado o el crédito impugnante implicaran relaciones familiares o sucesorias, ya que el examen de su naturaleza jurídica revela, cuando menos, que la acción pauliana es independiente de sus presupuestos. Ahora bien, los términos del art. 1.2.a) parecen taxativos al respecto (en línea con el ámbito material de Roma II), lo que no obsta para sugerir una reducción teleológica de la noción «obligaciones extracontractuales» allí empleada. De mantenerse su exclusión, futuros instrumentos en la materia podrían repetir la norma de conflicto aquí sugerida o remitir a Roma II.

3. LA DISCUSIÓN SOBRE LA LEY APLICABLE A LA ACCIÓN PAULIANA

3.1. Criterios presentes en la selección de la ley aplicable

15. Las primeras aproximaciones a la cuestión de la ley aplicable a la acción pauliana se apoyan en una determinada naturaleza jurídica, en consonancia con la primigenia concepción de lo que ha de ser una norma de conflicto, pero estas topan, primero, con la falta de acuerdo sobre la mentada naturaleza jurídica y, segundo, con el problema de su abstracción, ya que se traducen en la subsunción de la acción pauliana en categorías generales con conexiones genéricas⁴⁴. Así, los problemas que plantea la naturaleza jurídica de la acción pauliana y las nuevas perspectivas de la norma de conflicto conducen a otras propuestas de ley aplicable que se apoyan en los intereses presentes en este remedio⁴⁵.

16. Los intereses relevantes y potencialmente contrapuestos que han influido en sucesivas propuestas son el interés del acreedor impugnante y el interés del tercero beneficiado por el acto impugnado. Una de las grandes preocupaciones a la hora de abordar este tema es señalar qué ley «sorprenderá» en menor medida al adquirente del beneficio patrimonial ante su impugnación. Pero esta preocupación está reñida con otra que mira a proteger el interés del acreedor, la de evitar el fraude: se trata de construir una norma de conflicto difícilmente manipulable para deudor y tercero, abortando antes de nacer cualquier actuación fraudulenta. Esta preocupación se encuentra,

⁴⁴ Véase denunciando este *modus operandi*, LEMMER, U., *Das Anfechtungsrecht der Gläubiger und des Konkursverwalters nach deutschem internationalem Privatrecht*, Friburgo, 1967, p. 2.

⁴⁵ El rechazo de la naturaleza jurídica de la acción pauliana como punto de partida para la determinación de la norma de conflicto se encuentra expresamente en FINK, H., «Nota a OGH 11.12.1989», *ÖBA*, 1990, pp. 838-841, p. 838; FRAGISTAS, Ch., «Das Anfechtungsrecht der Gläubiger im internationalen Privatrecht», *RabelsZ*, 1938-39, pp. 452-464, p. 453; KRASNOPOLSKI, F., *Das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach österreichischen Recht*, Praga, Viena, Leipzig, Tempsky-Freytag, 1889, p. 159; NUSSBAUM, A., *Deutsches internationales Privatrecht*, Tubinga, Mohr, 1932, p. 458; PETSCHEK, G.; REIMER, O., y SCHEMER, K., *Das österreichische Insolvenzrecht*, Viena, Manz, 1973, p. 308.

por ejemplo, en la base de la propuesta de una conexión fundada en el domicilio del acreedor⁴⁶. En un plano intermedio se sitúan todas las propuestas que intentan combinar ambos intereses a través de la acumulación de leyes, una que atiende al interés del acreedor y otra al del beneficiado por el acto perjudicial.

17. Igualmente influye en la determinación de la ley aplicable el conseguir la coincidencia entre la ley que solventa la acción pauliana y alguna de las leyes que dan solución a una de sus dos cuestiones previas, derivadas de sus presupuestos: la existencia del crédito y la del acto, u omisión, impugnado⁴⁷. Ahora bien, ninguna de estas cuestiones ha de ser necesariamente resuelta por parte del tribunal que conoce de la acción pauliana: se trata de cuestiones de planteamiento eventual, que sólo han de ser examinadas en supuestos extremos y, por tanto, su coincidencia con la ley aplicable a la acción pauliana pierde prioridad en su determinación.

18. También se toman en consideración las relaciones entre la acción pauliana y la ejecución procesal, apuntando la conveniencia de hacer coincidir la *lex executionis* con la ley aplicable a la acción pauliana, en especial porque ello coadyuvará a los intereses del acreedor en obtener una pronta satisfacción: se trataría de conseguir un fácil reconocimiento y ejecución de la sentencia que estimase la impugnación pauliana. Sin embargo, la tendencia de los ordenamientos a favorecer la libre circulación de decisiones minimiza este problema. Manifestación de esta preocupación es también el interés en establecer una conexión común a la acción pauliana ordinaria y concursal⁴⁸, pero, si bien los intereses presentes son los mismos, el que el procedimiento de insolvencia, y no un crédito, sea presupuesto de la modalidad concursal condiciona un marco fáctico y normativo diverso (en particular, porque la impugnación beneficia, en un caso, sólo al acreedor impugnante, y, en otro, a la masa de acreedores) con repercusión en la elección de ley aplicable⁴⁹.

A continuación se detallan las distintas propuestas que nacen de los criterios aquí expuestos con sus argumentos en contra. De su examen cabe destacar la dificultad de resolver el enfrentamiento de intereses señalado en el plano conflictual, precisamente porque en eso consiste la acción pauliana, en decidir quién ha de soportar la insolvencia sobrevenida del deudor.

⁴⁶ ARMINJON, P., *Précis de droit international privé*, t. II, 3.^a ed., París, Dalloz, 1958, pp. 381-382, parte de que el acto que se impugna daña el ordenamiento del acreedor. De ahí que se aplique la conexión domicilio del acreedor, aunque la principal razón es la apuntada en el texto, evitar el fraude.

⁴⁷ LEMMER, U., *op. cit.*, nota 44, pp. 71-74.

⁴⁸ En nuestra doctrina, véase RODRÍGUEZ PINEAU, E., *Integridad del patrimonio y protección del crédito: Las acciones pauliana y revocatoria en el tráfico internacional*, Navarra, Thomson-Reuters, 2010, pp. 59-66.

⁴⁹ CARBALLO PIÑEIRO, L., *Acciones de reintegración de la masa y Derecho concursal internacional*, Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, Colección *De Conflictu Legum*, 2005, *passim*.

3.2. Las diversas propuestas de ley aplicable

3.2.1. *Lex loci delicti commissi*

19. La aplicación de la *lex loci delicti commissi* presupone la inclusión de la acción pauliana dentro de la responsabilidad extracontractual, conexión que, según sus defensores⁵⁰, presentaría la ventaja de proteger al adquirente del beneficio patrimonial, en la medida en que sería previsible para él: la ley del lugar de «comisión» del acto impugnado, expresión del ilícito, tendería a coincidir con su ley rectora⁵¹. Pero surge un problema que se agrava con la multiplicidad de actos, incluyendo omisiones, que caen en el ámbito de la acción pauliana, la determinación de dónde y cuándo se comete el ilícito, problema que, a su vez, da lugar a distintas propuestas⁵²: lugar de cumplimiento del acto, lugar donde se ejecuta o comienza a ejecutarse, domicilio del deudor al tiempo de la realización del acto como lugar donde se produce el perjuicio a la garantía patrimonial, lugar donde se encuentran la mayoría de los bienes del demandado antes de realizarse la transacción, etcétera.

20. La objeción principal procede, sin embargo, de la discusión sobre su naturaleza delictual (véase *supra* núm. 11): los propios autores que la definen se enfrentan a la existencia de supuestos en que no es posible hablar de ilícito, puesto que la presencia de un tercero que obra de buena fe invalida la calificación delictual. Para enfrentar esta objeción, desarrollan una doble conexión, en función de que el supuesto pauliano merezca la calificación de ilícito o de enriquecimiento sin causa⁵³ (aunque esta calificación es difícilmente sostenible desde el momento en que el acto de disposición mantiene su validez)⁵⁴; en el primer caso, se aplicaría la conexión prevista para la responsabilidad delictual, y en el segundo caso, la ley del domicilio del tercero beneficiado, aunque esta última conexión también es contestada⁵⁵. Esta dualidad tampoco convence y se intenta buscar una conexión común a ambos supuestos⁵⁶, por ejemplo, equiparando a un ilícito aquellos supuestos paulianos

⁵⁰ Aunque el *locus delicti commissi* no es la única conexión empleada con esta calificación, sino también la *lex fori*. NIBOYET, J. P., *Traité de Droit international privé français*, t. IV, París, Sirey, 1947, p. 73, entendía que la acción pauliana se debía a una ley de policía dirigida a sancionar el fraude del deudor, y, aunque el acto no se hubiese realizado en Francia y, por tanto, hubiese que aplicar otro ordenamiento, si este no conocía una tal ley de policía, el orden público impondría su aplicación.

⁵¹ GROßFELD, B., «Gläubigeranfechtung und Durchgriff: Das Problem der liechtensteinischen Anstalt», *IPRax*, 1981, pp. 116-117, p. 116.

⁵² Véase, entre otros, DICKINSON, A., *op. cit.*, nota 15, pp. 258-259; KOHLER, J., *Lehrbuch des Konkursrechts*, Stuttgart, Enke, 1891, pp. 658-659; SCHWIND, F., «Auf der Suche nach einem allgemeinen Anfechtungsstatut», *IPRax*, 1986, pp. 249-251, pp. 250-251.

⁵³ Como hace HOYER, H., *op. cit.*, nota 33, pp. 91-95, para la ley austriaca.

⁵⁴ LEMMER, U., *op. cit.*, nota 44, pp. 27-28.

⁵⁵ Por ejemplo, se sugieren la ley del lugar de cumplimiento del acto que produce el enriquecimiento, o donde éste tiene su origen, o la *lex rei sitae* si se trata de inmuebles. Véanse las diferentes propuestas en FRAGISTAS, Ch., *op. cit.*, nota 45, p. 454; SCHMIDT-RÄNTSCH, J., *Die Anknüpfung der Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkursverfahrens*, Bielefeld, Gieseking, 1984, p. 31. HOYER, H., *op. cit.*, nota 33, pp. 92-94, se inclina por la ley del lugar donde se produce el enriquecimiento.

⁵⁶ LEMMER, U., *op. cit.*, nota 44, pp. 26-27.

calificables de enriquecimiento injusto, en tanto que el acto por el que disminuye la garantía patrimonial produce un perjuicio objetivo, o consiste en un comportamiento antisocial⁵⁷. A esta discusión se añade en contra de la *lex loci delicti commissi* que es fácilmente manipulable por deudor y tercero⁵⁸.

3.2.2. *La ley rectora de la pretensión principal del acreedor*

21. Otras propuestas atienden a la ley de la pretensión principal del acreedor y por ésta se entiende bien la ley que rige el crédito cuya satisfacción se pretende con la interposición de la acción pauliana, bien la ley que rige la pretensión del acreedor frente al tercero (véase *infra* núm. 22). La aplicación de la *lex causae* del crédito, propugnada, por ejemplo, por el Consejo de la Unión Europea en su Proyecto de Reglamento⁵⁹, parte de un así denominado principio de accesoriidad⁶⁰: la acción pauliana se caracteriza por su accesoriidad al crédito, por lo que sería lógico que en un litigio internacional se solventase conforme a la ley rectora del mismo⁶¹. La función de la acción pauliana como instrumento dirigido a garantizar la ejecución del derecho de crédito se encuentra en la base de esta postura: debe resolver el ordenamiento al que se somete la pretensión cuya insatisfacción está comprometida por la realización de un acto dirigido, precisamente, a impedirlo⁶². Además, esta conexión presentaría la ventaja de que es prácticamente imposible de manipular, entre otras razones porque es imprevisible para el tercero. Se teme que puedan ser el acreedor y el deudor quienes manipulen la conexión, pero las dificultades de que se produzca este evento se hacen patentes en la medida en que ambos presentan intereses encontrados: sería preciso un acuerdo que no

⁵⁷ KOHLER, J., *op. cit.*, nota 52, p. 659. Por su parte, DOKA, C., «Das internationalrechtliche Problem der Actio Pauliana», *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, vol. 64, 1945, pp. 331-347, pp. 331-332, defendiendo para todos los supuestos la aplicación de la ley del lugar donde se ha realizado el acto.

⁵⁸ ARMINJON, P., *op. cit.*, nota 46, p. 381; LEMMER, U., *op. cit.*, nota 44, p. 77.

⁵⁹ El art. 10 del Proyecto, titulado en la versión española «acción revocatoria» y en la inglesa «*actio pauliana*», reza como sigue: «Las condiciones y los efectos derivados de una obligación en la que el acreedor puede impugnar un contrato celebrado por el deudor con un tercero y que ponga en peligro la satisfacción del acreedor [cumplimiento de la obligación], se regirán por la ley aplicable a la obligación existente entre el acreedor y su deudor». Véase Documento del Consejo de la Unión Europea núm. 11982/99.

⁶⁰ Principio cuestionado en tanto que el crédito es sólo presupuesto de la acción pauliana por, entre otros, HOHLOCH, G., «Glaubigeranfechtung international», *IPRax* 1995, pp. 306-309, p. 308; SCHMIDT-RÄNTSCH, J., *op. cit.*, nota 55, pp. 106-109.

⁶¹ Como han mantenido las sentencias del BGH, de 5 de noviembre de 1980 (*IPRax*, 1981, pp. 130-134), y del LG Berlín, de 22 de junio de 1994 (*IPRax*, 1995, pp. 323-324).

⁶² Así, VON WILMOWSKY, P., *Europäisches Kreditsicherungsrecht. Sachenrecht und Insolvenzrecht unter dem EG-Vertrag*, Tubinga, Mohr, 1996, pp. 342-344, que sitúa, además, la protección del crédito en la órbita de las libertades comunitarias, proponiendo la limitación del § 19 AnfG, cuando el acto impugnado se beneficie de aquellas libertades. También apoya esta conexión JIMÉNEZ BLANCO, P., *El contrato internacional a favor de tercero*, Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, Colección *De Conflictu Legum*, 2002, p. 234, añadiendo su analogía con la solución que se da en caso de insolvencia, que el tercero no necesita más protección que la que le ofrece el Derecho material de la ley rectora del crédito. Sin explicaciones también DERRUPÉ, J., *Droit international privé*, 14.^a ed., París, Dalloz, 2001, p. 159.

es posible desde el momento en que el acreedor actuaría para perjudicarse⁶³. En contra, se señala que no es necesaria la unidad de estatuto entre ambas pretensiones, como demuestra la existencia de otras pretensiones accesorias que se solventan conforme a ley distinta de la que rige la relación principal, por ejemplo la fianza y la obligación afianzada.

Una variante de esta propuesta propugna la aplicación de la ley rectora del crédito, salvo en el caso de que deudor y tercero hubieran celebrado el acto impugnado de buena fe, por lo que habría de aplicarse la *lex contractus*⁶⁴. El *quid* de esta propuesta está, sin embargo, en la previa averiguación de si las partes en el acto impugnado han actuado de buena fe; para ello se sugiere, o bien evaluar la buena fe de acuerdo con ambas leyes, la rectora del crédito y la del acto impugnado, o bien acudir a la *lex fori* (ciertamente aleatoria, ya que puede ser la ley del domicilio del beneficiado por el acto impugnado), solución por la que se decanta la autora. Así las cosas, en un primer momento, se ha de evaluar si ha habido buena fe a efectos de elegir la ley aplicable y, en un segundo momento, se resolverá conforme a la ley correspondiente, la del crédito si ha habido mala fe, la del acto impugnado si ha habido buena fe. La complejidad de estas operaciones no es la crítica más importante a esta propuesta, sino el hecho de que queda en manos de los tribunales determinar cuál sea la ley aplicable, aparte de imponerles una difícil evaluación de la buena fe que, además, puede ser contradictoria con la que realice la ley finalmente aplicable⁶⁵.

22. La doctrina alemana y austriaca⁶⁶, fieles a su tesis de que la acción pauliana es una obligación legal que vincula al tercero adquirente frente al acreedor para que soporte la ejecución⁶⁷, considera que se ha de atender a la pretensión principal del acreedor, entendida esta como la pretensión de impugnación frente al tercero, para aplicar la ley de su lugar de cumplimiento, lugar que coincide con el domicilio del tercero beneficiado al tiempo de la realización del acto impugnado, aunque también puede hacerlo con la ley del lugar donde se localicen los bienes sobre los que se ha de ejecutar⁶⁸.

En su contra, se señala que supone un gran costo debido a que, para un mismo negocio, podríamos vernos obligados a acudir a diferentes estatutos en función de si es posible la ejecución sobre el objeto del acto impugnado, o si es preciso acudir a la indemnización, cambio que se puede producir en

⁶³ SCHMIDT-RÄNTSCH, J., *op. cit.*, nota 55, pp. 109-110.

⁶⁴ PRETELLI, I., *op. cit.*, nota 15, pp. 308-313, en especial, pp. 311 y 315.

⁶⁵ *Ibid.*, pp. 314-318.

⁶⁶ JAEGER, E., *Die Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkursverfahrens*, Berlín, De Gruyter, 1938, pp. 126-127. Para doctrina austriaca, véase SCHMIDT-RÄNTSCH, J., *op. cit.*, nota 55, pp. 58-59.

⁶⁷ HUBER, M., *Anfechtungsgesetz*, Múnich, 2000, p. 11; JAEGER, E., *op. cit.*, nota 66, pp. 126-127; MESCH, V., *Die Rechtsnatur der Gläubigeranfechtung inner- und außerhalb des Konkurses*, Regensburg, 1993, pp. 4-13, pp. 94-103.

⁶⁸ JAEGER, E., *op. cit.*, nota 66, pp. 126-127, padre de esta concepción, exige además la acumulación con la ley que rige el acto impugnado para atender a la protección de la seguridad del tráfico jurídico. También aplica esta doctrina a la acción pauliana concursal, de modo que la ley aplicable corresponde con la *lex fori concursus*.

el mismo proceso favoreciendo los comportamientos oportunistas⁶⁹. Esta crítica no es sostenible, ya que el cumplimiento por equivalente, en cuanto sustituto del *in natura*, no implica modificación del lugar de cumplimiento, pero denuncia los ya consabidos problemas de construir una conexión sobre la base de una determinada concepción de la naturaleza jurídica de la acción pauliana, además de la aleatoriedad ínsita a la determinación del lugar de cumplimiento.

3.2.3. *La ley del lugar de la ejecución*

23. Un grupo de propuestas descansa en el papel de la acción pauliana como actividad preparatoria de la ejecución, papel que les lleva a proponer la aplicación de la *lex fori*⁷⁰, que no será aplicable, en cambio, si la ejecución se ha de practicar en el extranjero⁷¹. De hecho, esta ley plantea importantes problemas de aplicación práctica, ya que las posibilidades de encontrarnos con varios lugares de ejecución son muy altas, con lo que habría que decidirse por alguno que, bien podría ser el lugar del último, o del primer, intento de recuperación de los bienes, donde se localizan más bienes, etc. Aunque también puede ser que no haya lugar de ejecución porque ésta no se ha intentado, con lo que habría que acudir a las hipótesis. Aún cabría preguntarse qué Derecho es el aplicable cuando la ejecución ha sido inútil en un país, en el mismo en que, precisamente por ello, se plantea la acción pauliana que, de ser exitosa, llevaría a iniciar ejecución en otro país⁷². También en contra se apunta que la función que cumpla la acción pauliana no puede ser determinante en la elección de la ley aplicable, función que se puede cumplir a través de otros mecanismos⁷³.

24. Como se puede observar si se intenta materializar esta propuesta, la conexión «lugar de ejecución» coincide, en unos casos, con el lugar donde se localizan los bienes objeto de ejecución y, en otros casos, con el domicilio del deudor, o con el domicilio del tercero impugnado, por cuanto es él quien

⁶⁹ LEMMER, U., *op. cit.*, nota 44, pp. 30-31; SCHMIDT-RANTSCH, J., *op. cit.*, nota 55, pp. 104-105.

⁷⁰ Así lo hace la sentencia OLG Köln, de 25 de noviembre de 1895 (ZIR 7, p. 126), citada por FRAGISTAS, Ch., *op. cit.*, nota 45, p. 453. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, P., y LOUSSOUARN, Y., *Droit international privé*, 9.ª ed., París, Dalloz, 1970, núm. 476, pp. 644-645, admiten una excepción: si la *lex fori* no conoce la acción pauliana, se aplica la ley del cumplimiento del fraude.

⁷¹ Ante los tribunales de Ginebra (Suiza) se presenta acción pauliana frente al esposo de la deudora, allí domiciliado. El acto impugnado es la donación de la parte que la esposa tenía en unos inmuebles comprados conjuntamente y sitos en Francia. A pesar del éxito de la primera instancia, la demanda es rechazada en apelación (sentencia de 30 de noviembre de 1990, *La Semaine Judiciaire*, 1991, pp. 205-207), al calificar la acción de ejecutiva, dependiendo, en consecuencia, de que la ejecución pudiera practicarse en Suiza: los bienes están sitos en Francia, por lo que no es admisible el ejercicio de la acción. En parecidos términos, el Tribunal de apelación de Basilea que señala la aplicación del Derecho suizo a una acción pauliana cuando ésta se presenta en el marco de una ejecución o concurso seguidos en Suiza (sentencia de 14 de abril de 1908, *SJZ*, 1907-1908, p. 325).

⁷² SCHMIDT-RANTSCH, J., *op. cit.*, nota 55, pp. 76-81, desarrolla todas estas objeciones.

⁷³ Como apunta, por ejemplo, BATIFFOL, H., *Les conflits de lois en matière de contrats*, París, Sirey, 1938, p. 389.

queda sometido a ejecución con la sentencia que estime la impugnación. Así, esta propuesta contiene, en realidad, otras que son defendidas individualmente con base, precisa y principalmente, en que la acción pauliana busca la satisfacción del acreedor garantizando la eficacia de la ejecución.

25. La situación de los bienes en el momento de su disposición es una conexión que alcanza cierta autonomía y que apunta la idea de que sólo se pueden impugnar actos relativos a bienes que se localicen en el territorio donde se plantea la acción pauliana, conforme a la *lex fori*⁷⁴. A la *lex rei sitae* de los bienes sobre los que el acreedor pretende ejecutar tiende también la práctica, que suele plantear la acción pauliana ante el *forum rei sitae* con el fin de conseguir que se aplique la *lex fori* y garantizar así una pronta ejecución. Éste es el supuesto que está en la base de las sentencias *Reichert*, y también es el supuesto que subyace a dos sentencias del *Oberlandesgericht* (OGH) austriaco⁷⁵, a pesar de que, en ambos casos, tanto demandante como demandados eran alemanes. A este argumento se suman otros fundados básicamente en su estabilidad y su resistencia al fraude, también cuando se trata de bienes muebles, supuestos en los que debería interpretarse tomando en consideración el fraude de ley y la doctrina de la *res in transitu*.

La primera crítica que recibe esta propuesta es que sólo sirve para bienes inmuebles, puesto que, si se trata de bienes muebles, la principal ventaja de esta conexión, que es la coincidencia con el lugar de ejecución, se pierde: tén-gase en cuenta que, para evitar manipulaciones, se ha de fijar temporalmente la conexión, por lo que no tiene por qué coincidir la ley aplicable con la ley del lugar donde se localice el bien en el momento de la ejecución⁷⁶. Por otra parte, se tiende a sobrevalorar la protección del tercero, de modo que la preocupación por hacer previsible a deudor y tercero adquirente la ley aplicable conduce a ofrecerles la posibilidad de su manipulación⁷⁷.

⁷⁴ EHRENZWEIG, A., *Kommentar zur Anfechtungsordnung und zu den Anfechtungsnormen der Konkursordnung*, Viena, Manz, 1916, pp. 46-47; GULDENER, M., *Das internationale und interkantonale Prozeßrecht der Schweiz*, Zúrich, Schulthess, 1951, pp. 184-185; MAYER, M., y HEUZÉ, V., *Droit international privé*, 9.ª ed., París, Montchrestien, 2007, p. 496. Por esta conexión también se inclinan el *Restatement del American Law Institut* (1959) y FRITZSCHE, H., *Schuldbetreibung, Konkurs und Sanierung nach schweizerischem Recht*, Zúrich, Schulthess, 1955, p. 277. FRANKENSTEIN, E., *Internationales Privatrecht*, t. II, Berlin-Grunewald, Rothschild, 1929, pp. 36-37, opta por esta conexión cuando la impugnación tiene efectos reales; en cambio, si produce efectos obligacionales, entonces ha de aplicarse la ley del domicilio del tercero.

⁷⁵ La sentencia OGH austriaco, de 23 de mayo de 1984 (*ZfRV*, 1986, pp. 290-292) resuelve la impugnación contra un acto de disposición sobre una finca sita en Austria, documentado por un notario austriaco. En sentencia del mismo tribunal (de 27 de febrero de 1985, *IPRax*, 1986, p. 244), la impugnación se dirige contra la constitución entre los demandados de una prohibición de disposición y gravamen sobre un bien, sito en Austria, que les pertenecía en copropiedad. Ambas sentencias siguen a BARTSCH, R., y POLLAK, R., *Konkurs-, Ausgleichs-, Anfechtungsordnung und deren Einführungsverordnung*, 2.ª ed., Viena, Hölder-Pichler-Tempsky, 1927, pp. 1032-1033, para quienes la coincidencia con el lugar de ejecución se debe a que allí es donde se ha producido el perjuicio al acreedor; por cuanto la ejecución no ha sido eficaz. Comentando ambas sentencias, véase SCHWIND, F., *op. cit.*, nota 52, *passim*.

⁷⁶ LEMMER, U., *op. cit.*, nota 44, pp. 84-89, principal defensor de esta conexión, se decanta por tomar como referencia la situación del bien en el momento de la celebración del acto impugnado; si son varios los bienes, ha de atenderse a la situación de cada uno de ellos, a fin de facilitar su ejecutividad.

⁷⁷ Especialmente crítico con esta postura es SCHMIDT-RÄNTSCH, J., *op. cit.*, nota 55, pp. 100-103.

26. Dentro de las propuestas que dan primacía a las posibilidades de ejecución, también se sugiere la remisión al domicilio del deudor al tiempo de la impugnación (o al tiempo de la realización del acto) como lugar donde con más probabilidad se realizará la ejecución, tanto individual como colectiva⁷⁸. La doctrina más antigua fundamenta esta conexión en la vinculación de los bienes del deudor a favor del acreedor, aunque no coarta la libertad de gestión del deudor⁷⁹. El conflicto móvil se solventa optando por el domicilio del deudor al tiempo de la celebración del acto realizado en perjuicio de acreedores, buscando la coincidencia de esta ley con la que debe regir el acto jurídico impugnado. La conexión se sigue justificando en que dificulta el fraude porque evita los posibles manejos del deudor trasladando sus bienes al extranjero, o promoviendo la conclusión o cumplimiento del negocio en otro país en busca de una ley que dificulte el ejercicio de la acción pauliana. Finalmente, si la relación acreedor-deudor ha de tener influencia en la determinación de la ley aplicable, esta conexión presenta ventajas respecto a la que remite a la ley del crédito, cuya determinación depende de varias conexiones, incluyendo la autonomía de la voluntad, siendo deseable que la conexión de la acción pauliana no sea accesoria⁸⁰.

Esta opción también encuentra acogida entre quienes propugnan una conexión común con la acción pauliana concursal, puesto que subyace la idea de que el domicilio del deudor coincide con el lugar de apertura del concurso⁸¹. Así argumenta la sentencia del *Bundesgerichtshof* (BGH) alemán, de 5 de noviembre de 1980⁸², lo que se rebate recordando que en Alemania no se regula la *vis attractiva* concursal, por lo que el domicilio del deudor designará el juez del concurso, pero no, o al menos no siempre, el juez que ha de decidir sobre la acción pauliana concursal⁸³. Aunque, en otro caso, tampoco tendrían por qué coincidir *lex concursus* y estatuto pauliano, ya que el domicilio del deudor puede variar entre la celebración del acto impugnado y la apertura del concurso.

Frente a esta conexión se ha señalado que su elección obedece al interés del acreedor; a la protección del crédito, pero desconoce el otro interés en juego, la protección de la buena fe del tercero⁸⁴. También se ha objetado que no tiene en cuenta verdaderamente los intereses presentes en esta institución, ya que opta por una conexión que prescinde de las dos relaciones

⁷⁸ Véase EHRENZWEIG, A., *op. cit.*, nota 74, p. 47, quien para otros supuestos considera aplicable la ley del lugar de ejecución del acto.

⁷⁹ COSACK, K., *Das Anfechtungsrecht der Gläubiger*, Stuttgart, Enke, 1884, pp. 105-106; LEMMER, U., *op. cit.*, nota 44, pp. 15-18; MEILL, F., *Lehrbuch des internationalen Konkursrecht*, Zürich, Orell Füssli, 1909, p. 175.

⁸⁰ HANISCH, H., «Internationalprivatrecht der Gläubigeranfechtung», *ZIP*, 1981, pp. 569-578, p. 571.

⁸¹ MEILL, F., *op. cit.*, nota 79, p. 175; NUSSBAUM, A., *op. cit.*, nota 45, p. 460.

⁸² *IPRax*, 1981, pp. 130-134.

⁸³ HANISCH, H., *op. cit.*, nota 80, p. 571. Véanse sentencias suizas, SCHMIDT-RÄNTSCH, J., *op. cit.*, nota 55, pp. 64-65.

⁸⁴ De esta constatación nacen las propuestas de acumulación que se examinan más abajo (véanse núms. 30-31).

jurídicas que subyacen a su operatividad, pudiendo resultar que tanto crédito como acto impugnado se rijan por la misma ley, que no va a decidir sobre la impugnación de esta última relación jurídica, sino que la decisión sobre la acción pauliana dependerá de una ley ajena, la del domicilio del deudor⁸⁵. Por último, también se critica que, si con esta conexión se pretende facilitar la satisfacción del acreedor, huelga decir que esta finalidad no se consigue: la acción pauliana tiene por objeto sujetar a ejecución bienes de un tercero, no del deudor, con lo que la ejecución se practicará probablemente en lugar distinto de donde tiene su domicilio el deudor⁸⁶.

27. Básicamente por razones que descansan en la protección de la confianza de este último y del tráfico jurídico se defiende la aplicación de la ley del domicilio del tercero, aunque también se pretende favorecer al acreedor: el punto de partida es que el deudor prácticamente no puede hacer frente a sus deudas excepto con el bien que ha desaparecido de su patrimonio, de ahí que se acuda al domicilio del tercero a fin de que el acreedor cobre, ya que se supone que el bien se encontrará en el domicilio del tercero⁸⁷. Sin embargo, estamos de nuevo ante una suposición, como bien demuestra la citada sentencia del BGH, donde la sede del tercero se localizaba en Vaduz y el bien en Zúrich. Por otra parte, se renuevan las dificultades para el acreedor, quien debe averiguar el domicilio del tercero⁸⁸.

3.2.4. *La ley rectora de la eficacia de la relación jurídica impugnada*

28. El § 19 *AnfG* alemana acoge esta conexión desde el año 1999, acompañando a la reforma concursal, que también introduce una conexión específica para la acción pauliana concursal, finalmente inspiradora de la regla contenida en el Reglamento núm. 1346/2000. Con ambas reglas se prioriza el interés del tercero beneficiado por el acto impugnado, sobre la base de que es el elemento sobre el que pivota la acción pauliana, en tanto que es el diferencial que dota de entidad propia a los distintos supuestos paulianos⁸⁹: los intereses que se presentan en la impugnación de un acto obligacional (en el que pesa tanto el interés del acreedor que se ve perjudicado con el acto, como el interés del tercero en su mantenimiento, o el del deudor en su libertad de gestión, sin olvidar el interés del Estado en el mantenimiento

⁸⁵ FRAGISTAS, Ch., *op. cit.*, nota 45, pp. 456-457; SCHMIDT-RANTSCH, J., *op. cit.*, nota 55, p. 92, quien pone de relieve además que esta opción atiende a los intereses de quien menos protegido debiera estar, el deudor.

⁸⁶ SCHMIDT-RANTSCH, J., *op. cit.*, nota 55, pp. 86-89.

⁸⁷ VON BAR, L., *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, t. II, Hannover, Hahn, 1889, pp. 43, 583, recurre a esta conexión, al tiempo de la realización del negocio, para completar su propuesta inicial de aplicar la *lex rei sitae*, que sólo funciona adecuadamente en relación con inmuebles.

⁸⁸ HOHLOCH, G., *op. cit.*, nota 60, pp. 308-309; SCHMIDT-RANTSCH, J., *op. cit.*, nota 55, pp. 93-94.

⁸⁹ Véase NERLICH, J., y NIEHUS, C., *Anfechtungsgesetz*, Múnich, Beck, 2000, p. 175. Antes, BOLLA, S., *Grundriß des österreichischen Internationalen Privatrechts*, Viena, Hollinek, 1952, p. 36; BATIFFOL, H., *op. cit.*, nota 73, pp. 389-390, aunque este autor se manifieste más tarde a favor de un cúmulo limitativo de esta ley con la ley del crédito; KRASNOPOLSKI, V., *op. cit.*, nota 45, pp. 159-161.

del sistema) o de una disposición (en la que hay que añadir el interés de todos los participantes en el tráfico jurídico porque una disposición afecta a todo el sistema de derechos sobre bienes) son distintos, o tienen un peso distinto, de los presentes en la impugnación de un acto procesal (donde pasa a primer término el interés del Estado en un correcto desenvolvimiento del *iter* procesal), por lo que debiera darse relevancia a esta divergencia de intereses, lo que sólo se consigue por la vía de aplicar el estatuto rector de cada acto⁹⁰.

Las ventajas atribuidas a esta conexión se pueden condensar en las siguientes notas: su impugnabilidad (aunque se ha dudado de que las partes presten atención a esta circunstancia cuando concluyen un contrato); su inmutabilidad, que beneficia al tráfico jurídico puesto que sus participantes confían en la validez del acto y cualquier alteración de este dato debe venir de la norma con la que se relaciona el acto impugnado, inmutabilidad que también facilita la labor judicial (la sola excepción se presenta en el supuesto de impugnación de varios actos, aunque el mismo problema plantean otras conexiones); y la ejecutabilidad de la decisión que se dicte⁹¹.

29. En contra debe cuestionarse el papel central que se concede al acto impugnado; si bien es cierto que juega un papel clave en la evaluación del perjuicio pauliano, dicha importancia viene matizada porque, para realizar esa evaluación, no sólo es relevante el tipo de acto que se impugna, sino también otros indicios como el periodo temporal en que ha sido realizado o el conocimiento de que con su realización se contribuía a la insolvencia⁹². A diferencia de otras modalidades de ineficacia, la causa que motiva la apreciación de la acción pauliana es externa al acto, que no intrínseca al mismo⁹³, lo que hace todavía menos evidente por qué han de coincidir la ley rectora de la acción pauliana con la ley rectora de la eficacia del acto impugnado; algo que tampoco tiene que suceder cuando lo que se denuncia es la nulidad del acto, en la que pueden intervenir otras leyes distintas de la rectora del acto en cuestión⁹⁴.

⁹⁰ SCHMIDT-RANTSCH, J., *op. cit.*, nota 55, *passim*, en especial, pp. 123-132.

⁹¹ *Ibid.*, pp. 130-132, quien también apunta que así se resuelve la acción pauliana de acuerdo con la ley rectora de uno de sus presupuestos (pp. 173-174).

⁹² Al respecto, MANGANO, R., *La revocatoria fallimentare delle attribuzioni indirette*, Turín, Giappichelli, 2005, pp. 12-17; TERRANOVA, G., *Conti correnti bancari e revocatoria fallimentare*, Milán, Giuffrè, 1982, pp. 144-182.

⁹³ Son conscientes de esta diferencia, DE ALMEIDA COSTA, M. J., *Direito das Obrigações*, 11.^a ed., Coimbra, Almedina, 2008, p. 868; RIEGEL, R., *Grenzüberschreitende Konkurswirkungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland, Belgien und den Niederlanden*, Múnich, Florentz, 1991, pp. 189-190; VAZ SERRA, A., *op. cit.*, nota 34, pp. 192-198, p. 281. Con esta base, LEMMER, U., *op. cit.*, nota 44, pp. 29-30; LYON-CAEN, Ch., y RENAULT, L., *Traité de droit commercial*, t. VIII, 5.^a ed., París, Lib. gén., 1936, p. 817; WEISS, A., *Traité théorique et pratique de droit international privé*, t. VI, 2.^a ed., París, Sirey, 1913, p. 291, exigen una conexión independiente para la acción pauliana, idea en la que también se apoya el BGH suizo, 27 de octubre de 1933 (BGE 59 III 257). Sin embargo, SCHMIDT-RANTSCH, J., *op. cit.*, nota 55, p. 135, no considera decisiva esta objeción, a la que opone que en un sentido amplio sí se afecta a la eficacia del acto y esta afectación no se puede desligar de las circunstancias del acto y, por tanto, de su estatuto.

⁹⁴ JIMÉNEZ BLANCO, P., *op. cit.*, nota 62, p. 234.

Por otra parte, la previsibilidad asociada a esta conexión (pensando en el tercero adquirente) se ve empañada por los problemas que acarrea concretar qué se entiende por esa eficacia, el *Wirkungstatut*, y que ha llevado, por ejemplo, a defender que se trata de la ley rectora del acto impugnado⁹⁵, pero también de la ley del lugar donde se producen los efectos del acto, en cierta medida concretando el lugar donde se produce el perjuicio de acreedores, y que lleva a aplicar la *lex rei sitae* en un supuesto de donación de inmuebles, sin atender a las connotaciones obligacionales del acto en cuestión⁹⁶. Además de estos problemas, es una conexión que se presta al fraude y obliga a plantear excepciones de aplicación⁹⁷, que también alcanzan al supuesto en que la acción pauliana se dirija, además de frente al tercero beneficiario, frente a un subadquirente, en que habrían de aplicarse dos, o más, leyes distintas en función del número de actos impugnados.

3.2.5. Acumulación de leyes

30. Otras propuestas optan, para escapar al problema de elegir entre los intereses enfrentados en su seno, por atenderlos a ambos a través del cúmulo de leyes⁹⁸. El primero en articular una propuesta de este tenor es Charalampos Fragistas⁹⁹, que reclama para la relación acreedor/deudor la ley rectora del crédito y para la relación deudor/tercero beneficiario la ley rectora del acto impugnado¹⁰⁰. El cúmulo operaría limitativamente, ya que ambas leyes se aplicarían a los requisitos objetivos, si bien la ley rectora del crédito sería la que determinara quién puede impugnar y qué condiciones ha de cumplir para hacerlo (crédito vencido, qué tipo de crédito, demostración del perjuici-

⁹⁵ VON CAMPE, M., *Insolvenzanfechtung in Deutschland und Frankreich. Das neue Sach- und Kollisionsrecht (InsO und Loi núms. 85-98)*, Colonia, Heymann, 1996, p. 362; JUNG, H., *Die nationale und internationale Gläubigeranfechtung nach deutschen und französischem Recht*, Frankfurt, Lang, 2005, pp. 173-174.

⁹⁶ Como entiende el OLG Stuttgart, de 11 de junio de 2007, *IPRax*, 2008, p. 426, con nota de KOCH, H., «Gläubigeranfechtung der Schenkung eines ausländischen Grundstücks», pp. 417-418. En el mismo sentido, *id.*, «Das IPR der actio Pauliana», *IPRax*, 2007, pp. 466-469, p. 468; KUBIS, S., «Internationale Gläubigeranfechtung -vor und nach Inkrafttreten der Insolvenzrechtsreform», *IPRax*, 2000, pp. 501-506, pp. 503-506. La evolución es lógica teniendo en cuenta, no sólo el tenor legal, sino también los intereses presentes en esta conexión, la protección de la confianza del tercero en la fortaleza del acto por el que adquirió el derecho, así como por la historia legislativa, ya que primero se intentó concretar una conexión sólo para inmuebles.

⁹⁷ KROPHOLLER, J., *Internationales Privatrecht*, 5.^a ed., Tubinga, Mohr Siebeck, 2004, p. 159. Por ejemplo, se propone ignorar la elección de ley (HOHLOCH, G., *op. cit.*, nota 60, p. 309), y otros solo contemplan dos supuestos de posible manipulación, obligaciones o disposiciones sobre bienes muebles, en cuyo caso se aplicará el derecho defraudado (SCHMIDT-RÄNTSCH, J., *op. cit.*, nota 55, pp. 133-135), pero sin concretar cómo detectar el fraude o qué instrumento aplicar. En esta dirección, JUNG, H., *op. cit.*, nota 95, pp. 199-202, propone la adición de una cláusula de excepción al § 19 *AnfG*.

⁹⁸ BATIFFOL, H., y LAGARDE, P., *Droit international privé*, t. II, 7.^a ed., París, Pichon & Durand-Auzias, 1983, p. 217; SINAY-CYTERMANN, A., «Action paulienne», *Juris Classer de Droit International*, 1998, fasc. 554, margs. 80-86, marg. 82.

⁹⁹ FRAGISTAS, Ch., *op. cit.*, nota 45, pp. 457-458.

¹⁰⁰ En esta línea, WALKER, G., *Internationales Privatrecht*, 5.^a ed., Viena, Oester, 1934, pp. 560-561, opta por la ley del domicilio del deudor al tiempo de la realización del acto y la ley del lugar de realización del acto impugnado.

cio...), y la ley rectora del acto impugnado, los requisitos subjetivos que atañen a deudor y tercero (exigencia del fraude, presunciones...), así como la eficacia que produce la estimación de la impugnación; de esta acumulación podría resultar un conflicto de normas, que habría de resolverse con la solución más favorable al tercero¹⁰¹, solución que pone de manifiesto la crítica más relevante a esta propuesta y es que el cúmulo limitativo tiende a favorecer los intereses de una de las partes implicadas¹⁰², en este caso el tercero beneficiado por el acto impugnado, traicionando así el fundamento de esta acumulación de leyes, atender a todos los intereses implicados en la acción pauliana.

Para compensar este problema, se desarrollan otras propuestas, ahora de carácter distributivo. De hecho, Hans Hanisch defiende esta fórmula, ya que consigue facilitar el reconocimiento y ejecución de la decisión en el extranjero y, con ello, logra la satisfacción del acreedor sin descuidar la protección del tercero de buena fe¹⁰³. Así, opta por la ley del domicilio del deudor, porque allí deberían encontrarse los bienes sobre los que el acreedor puede satisfacerse, ley que se aplica a requisitos que son relevantes para el crédito, como el perjuicio; y por la ley del domicilio del tercero beneficiado al tiempo de realizarse el acto de disposición, porque allí estarán los bienes sujetos a ejecución en virtud de la acción pauliana, salvo en el caso de bienes inmuebles, en que la ley aplicable será la *lex rei sitae* debido a intereses del Estado en cuestión, y que se aplica a otras condiciones de la acción pauliana. La misma línea sigue Bea Verschraegen¹⁰⁴, que distingue entre la admisibilidad de la acción pauliana, cuyas condiciones vendrían examinadas a la luz de la ley que rige la relación de deuda, el crédito, excluyendo la elección de ley; y la impugnabilidad del acto jurídico y las consecuencias de la acción pauliana, decididas por la ley rectora del acto impugnado; esto es, por la ley que determina su eficacia que, en el caso de inmuebles, será siempre la *lex rei sitae*¹⁰⁵. En Suiza, Florian Bommer propone que las condiciones generales, como la legitimación, el plazo y los efectos de la impugnación se subordinen a la ley del domicilio del deudor, como ley más apropiada para atender los intereses del acreedor, esto es, como ley previsible para el acreedor y de acuerdo con la

¹⁰¹ FRAGISTAS, Ch., *op. cit.*, nota 45, pp. 462-464. También AUDIT, B., *Droit international privé*, 6.ª ed., París, Economica, 2010, p. 681; BATIFFOL, H., y LAGARDE, P., *op. cit.*, nota 98, p. 217; BATIFFOL, H., «Crédit et conflits de lois», *Études offertes à R. Houin*, París, 1985, pp. 231-240, p. 239; LOUSSOUARN, Y., y BOUREL, P., *Droit international privé*, 7.ª ed., París, Dalloz, 2001, p. 475; LÉGIER, G., *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1980, pp. 723-731, p. 731.

¹⁰² Así, KROPHOLLER, J., *op. cit.*, nota 97, p. 142.

¹⁰³ HANISCH, H., *op. cit.*, nota 80, pp. 571-574.

¹⁰⁴ VERSCHRAEGEN, B., «Die Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkurses», *ZfRV*, 1986, 273-289, pp. 287-289.

¹⁰⁵ Suscribe esta última postura SCHWIND, F., *Internationales Privatrecht*, Viena, Manz, 1990, pp. 246-248, que, sin embargo, no hace excepciones a la ley del crédito, tampoco en caso de elección de ley, puesto que solo caben en caso de perjuicio de tercero. En cuanto a la relación deudor/tercero, distingue si estamos ante un supuesto delictual o ante uno de enriquecimiento sin causa, para aplicar a los primeros la *lex loci delicti* (donde se produce la transferencia de los bienes), y a los segundos la del lugar de comisión del enriquecimiento (lugar de transferencia de bienes, derechos o créditos), conexiones que deberían conducir a la misma ley.

cual puede, además, acreditar la insuficiencia de los bienes del deudor para poder cobrarse; los supuestos de impugnación, sin embargo, debieran regirse por la ley del lugar donde se localiza el bien al tiempo de la realización del acto impugnado, puesto que esta ley sería previsible para el tercero y se hallaría en relación con la ejecución cuyo potencial objeto ha sido disminuido por el acto impugnado¹⁰⁶.

31. Pero ni el cúmulo limitativo ni el distributivo sirven a componer los intereses en juego, sino a descompensar la delicada estructura de la acción pauliana. Ello sucede claramente con el primero, pero también con el *de-peçage*, a pesar de las simpatías que suscita en tanto que hábil en adaptar la ponderación de intereses que realiza el legislador interno al carácter internacional de la relación afectada. Pero ello no sucede con la acción pauliana, resultado de un delicado equilibrio entre sus distintos elementos: perjuicio, nexo causal entre acto impugnado y perjuicio, plazo de ejercicio y *consilium fraudis* forman un todo, cuya dispersión supone ignorar el juicio de valor en que consiste la acción pauliana. Así, una ley que contenga requisitos subjetivos estrictos normalmente propondrá un plazo de impugnación muy amplio, mientras que, a la inversa, una ley con plazos cortos no será rigurosa en la exigencia de fraude: la acumulación de ambas repercute seriamente en las posibilidades del acreedor de obtener la impugnación, puesto que tendrá que demostrar los requisitos subjetivos de una y hallarse dentro del plazo de la segunda. Y lo mismo sucede con el cúmulo distributivo, aunque presenta la ventaja de que no siempre grava las posibilidades de estimación de la pretensión, puesto que la asignación de diversos requisitos a una u otra ley posibilita que la combinación arroje un resultado más favorable a la pretensión de impugnación pauliana que la aplicación de un concreto ordenamiento jurídico; pero se mantiene el problema de la descompensación de intereses: en la búsqueda de la protección de dichos intereses, se acaba destruyendo la ponderación que cada ordenamiento jurídico se ve obligado a hacer al respecto, cuando elabora sus normas sobre acción pauliana, y el resultado se convierte en producto de la casualidad.

4. PROPUESTA: LOCALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO MÁS VINCULADO EN FUNCIÓN DE LA PROTECCIÓN DEL CRÉDITO

32. El análisis de las distintas propuestas de ley aplicable barajadas da la medida de la dificultad en encontrar una solución que satisfaga todos los intereses presentes, en el caso del cúmulo porque adultera el remedio, en otras porque no atiende tanto a la propia figura, como a la protección de una de las partes; teniendo en cuenta la razón de ser de la acción pauliana, la protección del crédito (véase *supra* núm. 13), no parece que quepa hacer prevalecer la

¹⁰⁶ BOMMER, F., *Die Zuständigkeit für Widerspruchs- und Anfechtungsklagen im internationalen Verhältnis*, Zürich, Schulthess, 2001, pp. 194-207.

posición de acreedor o tercero adquirente a la hora de decidir la ley aplicable, ya que el carácter legal de la acción pauliana denuncia un balance que va más allá de la relación contrapuesta entre ambos. El Estado media en la relación entre acreedor y tercero adquirente, porque está interesado en distribuir las pérdidas causadas por el impago del deudor, situación que, desde una perspectiva bilateral y dejando a un lado el interés del acreedor impugnante o el del tercero adquirente del beneficio impugnado, debe llevarnos a intentar localizar el ordenamiento jurídico más vinculado, esto es, aquel que está más interesado en la protección del crédito.

33. La localización de la ley más estrechamente vinculada a la acción pauliana ya ha sido ensayada por varias decisiones jurisprudenciales que optan por una aproximación *in casu*¹⁰⁷. Los ejemplos pueden encontrarse en la jurisprudencia alemana y austriaca, siendo paradigmática la sentencia del BGH alemán, de 5 de noviembre de 1980¹⁰⁸: el acto impugnado se celebra en Suiza, el adquirente del beneficio patrimonial es un establecimiento con sede en Liechtenstein, pero tanto demandante como deudor son alemanes, sujetándose el crédito al Derecho alemán. El BGH examina los distintos contactos del supuesto, las leyes a las que cada uno de ellos conduce y valora cuál de ellas es la más vinculada, resolviendo en el caso a favor de la ley rectora del crédito que coincide, además, con la ley de la nacionalidad de demandante- acreedor y deudor, y con el domicilio del deudor; el Derecho alemán; expresamente descarta la ley rectora del acto impugnado por la manipulación fraudulenta a que puede dar lugar. Esta decisión, como otras¹⁰⁹, juega con la

¹⁰⁷ La elección de la ley con la que se presenten los mayores contactos obedece a una tendencia del Derecho de obligaciones, que el tribunal también aplica a este supuesto. Véase HOHLOCH, G., *JuS*, 1982, pp. 140-141, p. 140.

¹⁰⁸ *IPRax*, 1981, pp. 130-134. En el caso, el apoderado general y director de contabilidad en la sede principal del banco demandante, en Frankfurt, desfalcó entre los años 1971 y 1973 grandes sumas de dinero, transfiriéndolo a cuentas bancarias en Suiza, cuyo titular era el deudor, también residente en Frankfurt. Éste realizó con ese dinero operaciones de divisas entre Suiza e Italia, prohibidas conforme al Derecho italiano. En octubre de 1975 fue embargada en Milán una cantidad de dinero en poder del deudor; imputable al dinero defraudado. Poco después, el deudor entró en contacto con un banco en Zúrich, donde tenía una cuenta en la que había ingresado dinero defraudado, puesto que no quería que «su» dinero siguiera a su nombre, consiguiendo que el banco de Zúrich le ayudara a adquirir un establecimiento y fundar otros conforme al Derecho de Liechtenstein. Con estos establecimientos, de los que es único titular, crea una sociedad, que es la posteriormente demandada como tercero adquirente del beneficio patrimonial en la relación pauliana: el deudor transfirió a estos establecimientos importantes cantidades de dinero, tras lo cual y a inicios de 1974, la sociedad demandada compró por 500.000 marcos alemanes una finca en Uelzen. El demandante obtuvo el 4 de febrero de 1975 una sentencia firme del LG Frankfurt contra el deudor para el pago de 2 millones de marcos y el 16 de marzo de 1978 son condenados deudor y socio por fraude. La reclamación civil se inició con la solicitud del demandante del pago de 700.000 marcos frente al establecimiento creado por el deudor, exigiendo, además del precio, la revalorización de la finca.

¹⁰⁹ En la misma línea, véase sentencia del *Landesgerichtshof*, Berlín, de 22 de junio de 1994 (*IPRax*, 1995, pp. 323-324), que resuelve la excepción presentada frente a la tercería que, a su vez, opone el tercero adquirente en el proceso de ejecución que se seguía contra el deudor. El BGH se vuelve a pronunciar en una sentencia de 17 de diciembre de 1998 (*RIW*, 1999, pp. 386-387), relativa a la cesión de un inmueble sito en Alemania a una sociedad con sede en Hawái, siendo deudor y acreedor alemanes con domicilio en Alemania, aplicándose finalmente la ley alemana. Más recientemente, el OGH austriaco, 27 de abril de 2006 (*IPRax*, 2007, p. 457, con nota de KOCH, H., *ibid.*, pp. 466-469), se centra en el lugar donde se producen los efectos del perjuicio al acreedor, un banco alemán que impugna el pago íntegro

agrupación de contactos para decidir cuál es el ordenamiento más interesado en enjugar la insolvencia del deudor.

34. Avanzando en esta dirección, la norma de conflicto debería designar el ordenamiento más estrechamente vinculado con la acción pauliana en tanto que más interesado en decidir quién ha de soportar la pérdida derivada de la incapacidad del deudor de hacer frente a sus deudas. Para reflejar las expectativas de las partes implicadas se han barajado, como hemos visto, distintas conexiones, como el lugar de ejecución, o donde el acreedor no puede cobrarse, o la ley del crédito, que entiendo han de rechazarse por su aleatoriedad, o el lugar adonde se imputa el beneficio obtenido por el tercero, o la ley aplicable al acto impugnado, en tanto que manipulables por deudor y tercero. Entre las demás conexiones propuestas y buscando una que permita identificar dónde se compromete el tráfico jurídico, aparece como la más apropiada la ley del domicilio del deudor, a la que se puede llegar por distintas vías, una la de su conexión con la ley rectora de la acción pauliana concursal (designada a partir del centro de gravedad de la insolvencia del deudor)¹¹⁰, otra a través de la averiguación del *situs* del crédito.

Este último camino ha sido ensayado en lo que respecta a la cesión de créditos, concretamente a fin de determinar el efecto traslativo del negocio, que define la posición del cesionario frente al deudor cedido, pero también frente a posibles terceros, interesados en concretar su propia posición como consecuencia de la cesión¹¹¹. La búsqueda de un *situs* del crédito pretende asociar a esta conexión las ventajas de la *lex rei sitae*, es decir, se trata de localizar geográficamente el bien inmaterial en que consiste el crédito, y, a estos efectos, suele designarse la residencia del deudor, puesto que allí es donde probablemente se logrará la ejecución del bien¹¹². Dejando al margen estas justificaciones, ya rechazadas (véanse *supra* núms. 23 y 26), sí cabe destacar que el domicilio del deudor es un contacto previsible para las partes de la relación pauliana, que cuenta con ciertas ventajas de publicidad.

Pero también es cierto que presenta numerosos problemas de indefinición, que afectan a la que pretendidamente es su principal virtud: la previsibilidad de la conexión frente a terceros¹¹³. Así, un primer problema se plantea cuando se quiere determinar la conexión óptima, ya que la discusión gira en

de la venta de un bien común situado en Inglaterra, realizado a la cuenta corriente de la esposa de su deudor, también en Alemania.

¹¹⁰ RODRÍGUEZ PINEAU, E., *op. cit.*, nota 48, pp. 59-64.

¹¹¹ Por todos, REQUEJO ISIDRO, M., *La cesión de créditos en el comercio internacional*, Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, Colección *De Conflictu Legum*, 2002, pp. 223-242.

¹¹² Sobre esta conexión, DALHUISEN, J. H., «The Assignment of Claims in Dutch Private International Law», *Comparability and Evaluation. Essays in Honour of D. Kokkini-Iatridou*, Dordrecht, Boston, Londres, 1994, pp. 183-199, pp. 195-197; KAYE, P., «Situs of Debts and Jurisdiction to Make Orders of Garnishee», *Journal of Business Law*, 1989, pp. 449-459; MOSHINSKY, M., «The Assignment of Debts in the Conflict of Laws», *LQR*, vol. 109, 1992, pp. 591-625, pp. 605-609.

¹¹³ Con el *situs* se busca salvaguardar la previsibilidad de tercero, por lo que no se atienden otras opciones, como el lugar de cumplimiento de la obligación o el lugar de ejecución. Véase sobre estas opciones, ROGERSON, P. J., «The Situs of Debts in the Conflict of Laws-illogical, unnecessary and misleading», *The Cambridge Law Journal*, vol. 49, 1990, pp. 441-460.

torno al domicilio, residencia habitual o centro de los intereses principales del deudor; el segundo problema aparece cuando la conexión remite a varios lugares y el tercero cuando aparece un conflicto móvil. Además, la ley rectora del crédito se ha de aplicar tanto a la impugnación pauliana de la primera adquisición como a la impugnación pauliana de adquisiciones sucesivas, y para el adquirente sucesivo, lo relevante es el domicilio, residencia habitual o centro de los intereses principales de la persona de la que adquirió el beneficio patrimonial, ya no el deudor del acreedor impugnante.

35. Sin embargo, algunos de los problemas reseñados ya han sido superados, en la medida en que el art. 2.g) del Reglamento de insolvencia opta por el centro de los intereses principales del deudor como *situs* del crédito; frente al domicilio o a la residencia habitual, presenta una mayor estabilidad, puesto que es más difícil su traslado. Tiene, en cambio, el problema de su concreción, tarea que ha emprendido el TJUE a partir de la definición contenida en el Considerando 13 del propio Reglamento: el carácter fáctico del concepto plantea una serie de problemas, entre los que hay que incluir, precisamente, el de su traslado, lo que nos obliga a recordar una de las críticas que se hacen al *situs* del crédito, el que no permite eludir la posibilidad de un conflicto móvil¹¹⁴.

36. A pesar de los problemas referidos, la ley del centro de los intereses principales del deudor refleja una conexión fuerte con un ordenamiento jurídico interesado en resolver los problemas derivados de su insuficiencia patrimonial y, en consecuencia, en dirimir el conflicto entre el acreedor y tercero beneficiado. De entre las ventajas de esta conexión, cabría destacar que entra dentro de la esfera de control del deudor: lo que se persigue con la acción pauliana es evitar que se realicen actos en perjuicio de acreedores, de modo que el deudor tendría esa información *ex ante*. A pesar de ello, es una conexión resistente a la manipulación, puesto que para el deudor no es sencillo trasladar su centro de intereses principales. Por otra parte, cabe hacer una concesión al tercero adquirente, a través de la solución del conflicto móvil, ha de atenderse al centro de los intereses principales del deudor en el momento de la realización del acto impugnado, del desencadenante del perjuicio de acreedores.

37. En la opción por la ley del centro de los intereses principales del deudor pesa el papel del Estado, que ha de intervenir para subsanar el fallo de mercado que provoca el detrimento patrimonial en perjuicio de acreedores. Cabe, entonces, plantearse si existe otra ley más vinculada, para lo que puede servir de inspiración Roma II. Así, la ley de la residencia habitual común de las partes en el momento de producirse el acto que da pie a responsabilidad es una concreción de la conexión que remite a los vínculos más estrechos, y

¹¹⁴ Entre las decisiones más recientes y destacadas, véase SSTJCE de 17 enero de 2006, As. C-1/04, *Susanne Staubitz-Schreiber*; y de 2 de mayo de 2006, As. C 341/04, *Eurofood IFSC*. Sobre el concepto y todavía pendiente, véase la petición planteada por el Tribunale ordinario di Bari (Italia), de 12 de octubre de 2009, As. C-396/09, *Interedil Srl en liquidación c. Fallimento Interedil Srl, Banca Intesa Gestione Crediti Spa* (DOUE núm. C 312, de 19 de diciembre de 2009).

su individualización en Roma II da noticia de su relevancia ¹¹⁵. En el caso de la acción pauliana, surge el problema de qué partes han de tomarse en consideración, puesto que dibuja una relación tripartita, aunque depende de la *lex causae* establecer si el deudor también ha de ser demandado, conjuntamente con el adquirente del beneficio patrimonial (véase *supra* núm. 5). Realmente, afectados son acreedor y tercero beneficiado, por lo que sería su residencia habitual la que habría de tomarse en consideración, en tanto que habría de presuponerse que ambos están familiarizados con el ordenamiento jurídico de su residencia habitual. Que esta ley haya de prevalecer sobre la ley del centro de los intereses principales del deudor ya es otra cuestión, que habría de resolverse en sentido positivo, porque la protección de la confianza en el crédito, fundamento de la acción pauliana, afecta a intereses de mercado, delimitado en este caso por la residencia habitual de los afectados.

38. Fuera del supuesto antes mencionado, todavía cabría jugar con la cláusula de excepción, para permitir buscar una ley manifiestamente más vinculada que la ley del centro de los intereses principales del deudor o la ley de la residencia habitual común de acreedor y tercero. La aproximación es similar a la operada por la jurisprudencia alemana que optaba por la ponderación de contactos para designar la ley aplicable (véase *supra* núm. 33). En estos casos resultará complicado que opere la ley rectora del acto impugnado, a la que es difícil eludir la mácula de fraude, incluso en el supuesto de que se aplique la *lex rei sitae*, en primer lugar, porque ya se ha señalado que la ordenación del mercado inmobiliario es un interés secundario en la acción pauliana; en segundo lugar, porque tampoco está libre de manipulación (inversión económica en inmueble del Estado A, seguida de su transmisión a tercero, sabiendo que su ordenamiento impone requisitos más estrictos que la ley del centro de sus intereses principales o de residencia común).

39. A tenor de lo dicho, la norma de conflicto que aquí se propone podría tener la siguiente redacción:

«1. La ley aplicable a la impugnación de un acto realizado en perjuicio de acreedores será la ley del centro de los intereses principales del deudor en el momento de la realización del acto impugnado.

2. No obstante, cuando quien impugna y la persona frente a la que se reclama tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento en que se produce el acto, u omisión, del que se deriva el perjuicio, se aplicará la ley de dicho país.

3. Si del conjunto de circunstancias se desprende que el perjuicio causado presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país».

Téngase en cuenta que esta norma no excluye el juego de la autonomía de la voluntad previsto en el art. 14 Roma II, en la medida en que la ordenación de prioridades que realiza la acción pauliana se establece caso por caso y a nivel individual, no jugando una protección de intereses colectivos que in-

¹¹⁵ Sobre sus ventajas, DORNIS, T. W., «When in Rome, do as the Romans do? - A Defense of the Lex Domicilii Communis in the Rome II-Regulation», *The European Legal Forum*, 2007-4, pp. 154-159.

forme la proscripción de la autonomía de la voluntad. Otra cosa es que esta encuentre espacio para jugar en el marco de una acción con intereses tan contrapuestos como la que aquí se dibuja.

40. La ausencia de norma de conflicto específica en el ordenamiento jurídico español exige realizar una interpretación integradora, que permita encajar la acción pauliana internacional en alguna de las normas previstas en el Título Preliminar del Código Civil. Sin embargo, en dicho Título no existe norma cuyo ámbito de aplicación pueda comprender la acción pauliana, habida cuenta del problema calificadorio que suscita su compleja naturaleza jurídica (véanse *supra* núms. 9-13). Ante esta laguna se ha propuesto aplicar por analogía la regla conflictual prescrita por el Reglamento de insolvencia para las acciones de reintegración de la masa. La regla principal no difiere de la aquí propuesta, la ley del centro de los intereses principales del deudor, pero sí la posibilidad de vetar su aplicación porque la ley rectora del acto impugnado no permite de ningún modo su impugnabilidad, amén de obviar la cuestión del conflicto móvil, conformando un cúmulo contrario a mi juicio a los intereses subyacentes también a la acción pauliana ordinaria¹¹⁶. De hecho, es importante recordar que el distinto contexto en el que se ejercitan las acciones de reintegración de la masa y la acción pauliana ordinaria ocasiona una distinta formulación sustantiva, que también ha de serlo de ley aplicable (véase *supra* núm. 18). Por ello, parece más razonable acogerse a Roma II para encontrar una solución a la laguna, a partir del principio de proximidad razonable; incluso el art. 10.9 CC, donde se regulan las obligaciones extracontractuales y los cuasidelitos, es susceptible de una interpretación acorde con la nueva realidad socio-económica para permitir la localización de la ley más próxima al supuesto de hecho. En este sentido, los tribunales españoles deberían orientar la elección de la ley aplicable a una acción pauliana con contactos internacionales con base en la conexión de vínculos más estrechos.

RESUMEN

ACCIÓN PAULIANA E INTEGRACIÓN EUROPEA: UNA PROPUESTA DE LEY APLICABLE

La acción pauliana es un elemento extraño al sistema de Derecho privado, caracterizado por la búsqueda de la estabilidad de las relaciones jurídicas, principio que esta acción pone en solfa. El hecho de que se impugne un acto válido y eficaz para reparar el perjuicio de acreedores determina la existencia de, al menos, dos intereses fuertemente contrapuestos, dato que dificulta sobremanera la determinación de la ley aplicable a la acción pauliana. Este trabajo examina de nuevo este viejo problema a la luz de los nuevos instrumentos comunitarios, proponiendo una solución acorde con su función económica, la distribución de la pérdida causada por la insolvencia del deudor entre los acreedores.

¹¹⁶ Ampliamente, CARBALLO PIÑEIRO, L., *op. cit.*, nota 49, pp. 267-275. En su propuesta *de lege ferenda*, RODRÍGUEZ PINEAU, E., *op. cit.*, nota 48, pp. 65-66, quien apoya la aplicación analógica del Reglamento de insolvencia, también es partidaria de suprimir el recurso a la ley del acto impugnado con función de veto.

Palabras clave: acción pauliana; conflicto de leyes, transacciones que defraudan a los acreedores, Reglamento Roma II.

ABSTRACT

ACTIO PAULIANA AND EUROPEAN INTEGRATION: A PROPOSAL REGARDING APPLICABLE LAW

The *actio pauliana* is a *rara avis* within Private Law, the principle of which is to uphold sound private relationships. The principle, however, is called into question by acts of fraudulent transfer - the challenging of a valid and effective act in order to recover a creditor's losses involves two conflicting interests that makes identification of the law applicable to the *actio pauliana* a difficult question to remedy. This paper deals with this longstanding problem by examining new EU conflict of laws instruments, which provide the basis for determining the allocation of a debtor's insolvency among his creditors.

Keywords: *actio pauliana*, applicable law, transactions defrauding creditors, Rome II Regulation.

RÉSUMÉ

ACTION PAULIENNE ET INTEGRATION EUROPEENNE: UNE PROPOSITION DE LOI APPLICABLE

L'action paulienne est un élément étranger au système de Droit privé, caractérisé par la recherche de la stabilité dans les relations juridiques, que cette action met en question. Le fait de faire opposition à un acte valable et efficace pour dédommager les créanciers détermine l'existence de deux intérêts fortement opposés, ce qui rend très difficile la détermination de la loi applicable à l'action paulienne. Ce travail révisé ce vieux problème à la lumière des nouveaux instruments communautaires et propose une solution appropriée à sa fonction économique, c'est-à-dire le partage de la perte causée par l'insolvabilité du débiteur entre les créanciers.

Mots-clés: action paulienne, transactions qui fraudent les créanciers, conflit des lois, Règlement Rome II.