

## Carmen Jerez Delgado

Universidad Autónoma de Madrid

carmen.jerez@uam.es

Recibido: 27.10.17

Aceptado: 12.12 .17

## La acción pauliana en el Derecho Civil chileno y español: conexiones con el enriquecimiento injustificado y con la responsabilidad extracontractual

## The *Actio Pauliana* and its connection with unjust enrichment and non-contractual liability in Chilean and Spanish private law

**Resumen:** Los ordenamientos chileno y español contienen la denominada acción pauliana o acción de rescisión por fraude de acreedores en sus respectivos Códigos civiles. Desde el Derecho romano hasta nuestros días, esta acción contempla dos escenarios muy diversos, en función de si el daño se causa como consecuencia de la mala fe del deudor y del tercero, o bien si se causa por el acto jurídico en sí mismo considerado, con independencia de cuál sea la intención que el deudor tuvo al realizarlo sino atendiendo más bien a la lesión del derecho de crédito que objetivamente provoca. Desde un punto de vista comparado, pueden encontrarse conexiones entre cada uno de estos casos, y la responsabilidad civil extracontractual y el enriquecimiento injustificado, respectivamente.

**Palabras clave:** Fraude de acreedores, responsabilidad extracontractual, enriquecimiento injustificado.

**Abstract:** The *pauliana actio* is contained into the Chilean Civil Code, as well as into the Spanish one. Since Roman Law up to now, this action is focused on two different cases: In one hand, those cases where the damage has been caused by the debtor and third person performance of an agreement or intention to defraud the creditor; On the other hand, those cases where a contract or a legal act has been celebrated and a credit has been damaged as its direct consequence, independently of the intention of the debtor. From a comparative point of view, there are connections between these two cases and Tort Law and Unjustified enrichment, respectively. **Keywords:** Fraud of creditors, Tort Law, Unjustified Enrichment.

La acción pauliana o acción de rescisión por fraude de acreedores (muchas veces conocida como acción revocatoria<sup>1</sup>) legitima al acreedor para impugnar los actos realizados por el deudor en fraude o perjuicio de su derecho. Esta acción es común a los ordenamientos chileno y español y aparece también en los sistemas jurídicos de nuestro entorno, tanto en los de *Common Law* como en los de *Civil Law*, si bien no siempre está desarrollada en el texto de un Código civil, sino en leyes procesales y básicamente relacionada con el procedimiento concursal (por ejemplo, en Alemania). Sí está contenida en los Códigos civiles chileno y español, ordenamientos en los que se centra este trabajo.

El origen de la acción pauliana está en el Derecho romano<sup>2</sup>. Atribuida a un jurisconsulto llamado Paulo<sup>3</sup>, se empleó ya como mecanismo de protección del acreedor en la época del Derecho romano clásico y se desarrolló después en el Derecho romano postclásico. Es en esta segunda etapa cuando se judicializa o formaliza como un remedio único (la *actio pauliana*)<sup>4</sup>, a partir de los dos mecanismos originarios, contenidos en el Edicto de Adriano: el interdicto (*interdictum fraudatorium*) y la *restitutio in integrum*<sup>5</sup>.

El Derecho romano parece olvidarse en la práctica durante la Alta Edad Media. Serán los glosadores de la Escuela de Bolonia (finales del siglo XI-siglo XII) quienes redescubran el Digesto y vuelvan a darle al *Corpus Iuris* una renovada vitalidad<sup>6</sup>. Es entonces cuando Azón esculpe la concepción romana del fraude de acreedores sobre dos elementos: el *consilium fraudis* o intención de defraudar del deudor y del tercero (elemento subjetivo del fraude), y el *eventus damni* o evento lesivo del derecho de crédito (elemento objetivo del fraude). Con el esquema de Azón coincide la actual regulación del fraude de acreedores en el Código civil italiano. Sin embargo, otro de los glosadores, Accursio, señaló que en ocasiones podía presumirse el fraude porque resultaba evidente (por ejemplo, para los actos gratuitos, la dote, el pago o la constitución de prenda a favor de un acreedor cuyo crédito no ha vencido, la derelicción o abandono de bienes, etc.). La acción pauliana, por responder a necesidades de la vida jurídica, se desarrolló en el Derecho civil (siglo XIII), con una orientación práctica que tiende a establecer presunciones que faciliten la prueba del fraude en esos casos: Esto sucedió en la etapa posterior de la Escuela de Bolonia, desarrollado por los juristas postaccursianos, así como en la Escuela de Orleans y en la doctrina de los

<sup>1</sup> En relación con la terminología, hay que tener en cuenta que en Chile suele asociarse la palabra “rescisión” con la anulación del contrato. Al referirse a la acción pauliana, el artículo 2468 del Código civil chileno alude a la rescisión por fraude del contrato, como el Código civil español (artículos 1291.3.º y siguientes). Para evitar confusiones, Meza, R. (1997, reimpresión de 2004) explica que esta expresión no implica que la acción pauliana sea una acción de nulidad (y considera empleada la expresión en un sentido impropio, pp. 306-307). En esta línea se pronuncia también Ramos, R. (2008), p. 330. El también chileno Baraona, J. (2012), p. 65, coincide con el anterior en que el Código civil chileno suele hacer coincidir el significado de la rescisión con el de la nulidad relativa, aunque históricamente obedezcan a distinto significado. Por otra parte, la acción pauliana claramente se distingue de la acción de resolución por incumplimiento pues ni siquiera la ejerce un contratante contra otro sino el acreedor de uno de los contratantes que logre demostrar que el contrato impugnado se celebró en fraude de su derecho (Peñailillo, D., 2006, p. 447). Sobre el origen del nombre de la acción como acción pauliana, existen incertidumbres, pero las corrientes más destacadas son descritas por Ramos, R. (2008), p. 324.

<sup>2</sup> El origen de la acción tiene lugar en dos textos de Ulpiano que forman parte de un edicto mandado a recopilar por Adriano. Los dos textos del edicto fueron recogidos después en el Digesto (42, 8). La interpretación del edicto es discutida (D’Ors, X., 1974).

<sup>3</sup> Es discutido el momento a partir del cual empieza a denominarse la acción con el nombre de pauliana. De un lado, se descarta que el nombre proceda de la época clásica (la demostración de ello se atribuye a Collinet, tesis a la que Lenel se adhiere: En este sentido se pronuncian D’Ors, X. (1974), p. 49, Kipp, T. (1924), p. 4; y Jörs, P. & Kunkel, W. (1937), pp. 373-374. Pero a partir de este punto común, las teorías oscilan entre quienes opinan que el nombre se lo dieron los juristas justinianos (Kaser, M., 1968, p. 57; D’Ors, X., 1974, pp. 53-54) y la de quienes creen que posteriormente fueron los glosadores quienes por primera vez la llamaron así (por ejemplo, Kipp, T., 1924, pp. 5-6).

<sup>4</sup> En este sentido, entre otros, Jörs, P. & Kunkel, W. (1937), pp. 373-374 y Kaser, M., (1968), p. 57. Kipp, T. (1924), pp. 5-6, explica que la razón de la unificación de estos recursos se encuentra “en las condiciones del nuevo sistema procesal de la época”. Con muy ligeras variantes respecto de los romanistas alemanes que acabamos de citar se han pronunciado también otros autores: Por ejemplo, May, G. (1927), pp. 665-667 y Bonfante, P. (1929), p. 522.

<sup>5</sup> Según la tesis mayoritaria (Lenel), en el texto se contienen dos remedios contra el fraude: *Un interdictum fraudatorium* (D. 42, 8, 10; para los acreedores) y *una restitutio in integrum* (D. 42, 8, 1; correspondiente sólo al administrador concursal o *curator bonorum*). La tesis de Lenel llega a nosotros a través de sus seguidores: Principalmente, Jörs, P. & Kunkel, W. (1937), pp. 373, nota 1 y Kaser, M., (1968), p. 57. Con algunas variantes, May, G. (1927), pp. 665-667 y Bonfante, P. (1929), p. 522.

<sup>6</sup> Véase, al respecto, el trabajo de Piano, V. (1962). En él se apoya la información que aquí se da al respecto.

Comentaristas (siglo XIII)<sup>7</sup>.

La acción pauliana se consolida en los sistemas francés e italiano, distinguiéndose dos ámbitos: el concursal y el extraconcursal. También en España, como en Alemania, la recepción del Derecho romano tuvo lugar por influencia de la Escuela de Bolonia (Windscheid, 1987, p. 5)<sup>8</sup>. Sin embargo, así como en Francia, Italia o España la acción aparece hoy recogida en sus respectivos textos codificados, en Alemania, la acción se contiene en leyes procesales<sup>9</sup>, conservando el marcado carácter ejecutivo que tuvo en su origen en el Derecho romano clásico.

En este trabajo será objeto de atención la acción pauliana extraconcursal en los ordenamientos chileno y español, a fin de explorar el régimen jurídico que le es propio y, en definitiva, el tratamiento que reciben en estos países los actos jurídicos celebrados en fraude de acreedores, al margen de lo que suceda en el procedimiento concursal o —lo que es lo mismo— sin que sea necesario declarar la suspensión de pagos, la quiebra o el concurso de acreedores<sup>10</sup>.

## 1. La acción pauliana en los códigos civiles español y chileno

En la Península Ibérica, poco después de la muerte de Justiniano (siglo V), los visigodos<sup>11</sup> se independizaron y arrojaron definitivamente a los bizantinos de los territorios que, junto a ellos, habían conquistado durante el siglo anterior. Hasta el nacimiento de la legislación visigótica sigue en vigor el Derecho romano. Conviven entonces las concepciones jurídicas romana y germana<sup>12</sup>. Hacia el siglo XIII, entrada la Baja Edad Media, tiene lugar en la Península la Recepción del Derecho Común (romano y canónico) bajo la interpretación de la Escuela de Bolonia, por ser los estudiantes que regresaban de allí quienes colaboraron en la elaboración de los libros de recopilación. La Recepción del Derecho Común favoreció una mejor comprensión de los pasajes de Derecho romano contenidos en el *Liber*. Con Alfonso X son redactadas las siete *Partidas* (1256-

1265), que dan unidad jurídica a todos los naturales cuyas normas se conservarán como derecho aplicable hasta los albores del Código civil; En ellas se contiene el régimen jurídico de los actos fraudulentos que permanecerá vigente hasta la promulgación del Código civil<sup>13</sup>: las pautas de tratamiento del fraude de acreedores son semejantes a las que se plasmarán finalmente en el Código.

En 1790, se publica en la imprenta de Ulloa una obra que será muy destacada en el tráfico mercantil español, peninsular e indiano, la *Curia Philipica, Laberintho de comercio terrestre y naval*, de Hevia Bolaños (Oviedo, H. 1530-Perú, 1623); la obra salió a la luz por primera vez en Lima, en 1603. En ella encontramos una explicación completa del sistema de la denominada “revocatoria por

<sup>7</sup> En el siglo XIII, el estudio de la Ciencia jurídica en Italia evoluciona hacia un nuevo método, el Comentario, bajo la influencia de la doctrina francesa y del Derecho civil. En cuanto al estudio de la acción pauliana, destaca la aportación de Bartolo di Sasoferato (muy particularmente, en lo relativo al tratamiento de los contratos onerosos con manifiesta falta de equilibrio de las prestaciones). Baldo degli Ubaldi aporta la idea de notoriedad de la insuficiencia patrimonial del deudor como elemento suficiente para probar la insolvencia. Giason del Maino —de quien afirma Piano, V. (1962, p. 205) que es el “punto de llegada y de conclusión de la doctrina de los Comentaristas sobre el problema de la revocatoria” o pauliana— extiende el campo de aplicación de los criterios de las presunciones de fraude.

<sup>8</sup> En el mismo sentido se pronuncia su discípulo, Kipp, T. (1924), pp. 1 y ss.

<sup>9</sup> Dentro del procedimiento de insolvencia declarada, o tras el embargo infructuoso, según se trate de la pauliana concursal o extraconcursal (*Insolvenzordnung y Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung*, respectivamente, 1999).

<sup>10</sup> Sobre la acción pauliana en el concurso, puede verse, en relación con el Derecho chileno: Severín & Carvajal (2015). En relación con el Derecho español, y conectado con el enfoque de este trabajo, publiqué el artículo titulado La restitución de los enriquecimientos causados por el deudor en patrimonio de tercero: una ampliación del marco de la reintegración de la masa activa del concurso (2013, pp. 69-102).

<sup>11</sup> Provenientes, como es sabido, de la Germania.

<sup>12</sup> Así, el Código de Eurico (romano-germánico, 466-481 d. C.; el Breviario de Alarico, de corte romano, vigente hasta el año 654, cuando se calcula que es derogado por la *Lex Visigothorum o Liber Iudiciorum* de Recesvinto, con el que cuaja definitivamente el carácter unificador. Al margen del *Liber*, no hubo un Derecho general del Reino en la Alta Edad Media (Tabera, 1953).

<sup>13</sup> Partida V, título XV, leyes VII-XII.

acción personal”. Conforme explica el autor, el ejercicio de la acción requiere que concurren varios aspectos: 1.º La existencia de fraude por parte del deudor enajenante y el conocimiento de ello por parte del tercero; 2.º La prueba del evento dañoso, que consiste en probar que de ningún otro modo se puede cobrar; y 3.º La anterioridad del crédito o, al menos, que “al tiempo de la enajenación se pensase el tal fraude contra el futuro acreedor, y no de otra suerte”<sup>14</sup>.

El régimen de las *Partidas* solo será derogado y suplido por la entrada en vigor del Código civil (1889). En el Proyecto de Código de 1851 que le sirve de base se regula la rescisión de las obligaciones a instancia de los acreedores. Para ello se emplea un concepto subjetivo de fraude que supone siempre el ánimo fraudulento del deudor (o, al menos, la consciencia de su insolvencia y, por tanto, del daño que causaba). La impugnación solo es posible cuando, junto a la lesión del derecho de crédito provocada por el acto, quede probada la existencia de esa farsa subjetiva<sup>15</sup>. Este concepto subjetivo de fraude es el que se plasmará definitivamente en el Código civil español y en torno a él comienza a desarrollarse nuestra doctrina y la jurisprudencia de la primera mitad del siglo XX.

El régimen general de la acción pauliana se recoge en los artículos 1111, 1291.3.º, 1292, 1294, 1295.II y III, y 1297 a 1299 del Código civil español. Otros preceptos complementan este régimen, entre los que conviene destacar el artículo 643 del Código civil<sup>16</sup>, que presume

*siempre* fraudulentas las donaciones realizadas por el deudor en estado de insolvencia.

En cuanto a Francia, cabe destacar que Pothier no había expuesto en ningún lugar la teoría de la acción pauliana, por lo que esta recobró gran importancia con la publicación del Código civil, cuyos redactores recurren a las fuentes romanas<sup>17</sup>. Esto explica que el Código civil francés regulase la acción en un solo precepto<sup>18</sup>. También el Código civil chileno dedica una sola norma a la acción pauliana, si bien es cierto que es más extensa y acertada que la del Código francés. En efecto, la práctica llevó a la jurisprudencia francesa a desarrollarse en idéntico sentido al que la norma recoge en el texto codificado chileno, y así, la jurisprudencia francesa distinguiría entre actos onerosos y actos gratuitos a los efectos de facilitar el ejercicio de la acción en este segundo caso<sup>19</sup>, y el Código civil chileno directamente sentaría la distinción literal a idénticos efectos.

El artículo 2468 del Código civil chileno, añadiendo a la tradición descrita rasgos propios, distingue entre los “los contratos onerosos, y las hipotecas, prendas y anticresis” (párrafo primero) y “los actos y contratos no comprendidos bajo el número precedente” (párrafo segundo), exigiendo para la impugnación de los primeros prueba de la mala fe del “otorgante y el adquirente”, mientras que los segundos “serán rescindibles, probándose la mala fe del deudor y el perjuicio de los acreedores”. Podemos apreciar aquí, por tanto, como en el Derecho español y el sistema

<sup>14</sup> Hevia, J. D. (1790). Capítulo XIII, párrafos 11, 12, (14) 16 y 17. En relación con los pagos, se dice que son revocables los hechos por cuenta de deudas no vencidas.

<sup>15</sup> Si el acto es gratuito, puede impugnarse prescindiendo de la mala o buena fe del tercero, porque el fraude se presume, pero solo se presume el fraude —en cuanto intención de defraudar— si el deudor era consciente de la insolvencia (García, F., 1852, reimpresión 1974, Comentario al artículo 1179).

<sup>16</sup> Junto al artículo 643 CC, hay que citar los artículos 6.2, 403, 1001, 1083, 1317 y 1937 CC.

<sup>17</sup> Según explicaba la doctrina francesa, la utilidad de la acción pauliana era escasa porque los títulos notariales eran directamente ejecutables sobre los bienes que pertenecían al deudor al tiempo de concertarse la obligación (hipoteca general), pero esta garantía desaparece con el Código civil: “No encontrándose empero construcción alguna de ella en Pothier, sus redactores se limitaron a plantear el principio. De ahí que, para edificar esa teoría, sea necesario remontarse a las fuentes romanas, caso curioso de conservación de una institución que data de hace veinte siglos” (Gaudemet, E., 1974, pp. 431-432).

<sup>18</sup> Antiguo artículo 1176 del *Code*, modificado en 2016 (Ordenanza de 10 de febrero), cuando pasa a regularse en el actual artículo 1341.2 *Code*. El cambio de uno a otro precepto es significativo. Mientras en el antiguo 1176 *Code* se declaraban impugnables por el acreedor los actos realizados por el deudor en fraude de su derecho, en el actual artículo 1341.2 *Code* se declaran inoponibles los actos realizados en fraude de acreedores, si bien, tratándose de actos onerosos, el acreedor deberá probar que el tercero que contrató con el deudor tenía conocimiento del fraude. Esta concepción de la acción pauliana como acción de inoponibilidad había sido defendida antes por la doctrina francesa (por ejemplo, Devèze, J. & Saint-Alary-Houin, C., 1988).

<sup>19</sup> Si bien se exige el elemento subjetivo tanto para los actos onerosos como para los gratuitos (Loussouarn, 1974, p. 805), son tratados de distinto modo los actos gratuitos (para los que basta el fraude en el deudor) y los onerosos (cuya impugnación requiere prueba de que el deudor obró con intención de defraudar y que el tercero la conocía). En este sentido lo explicaron, por ejemplo, Ghustin, J. (1978), p. 573, Devèze & Saint-Alary-Houin (1988), fasc. 39, 12, art. 1167, y Chabas (1980), pp. 766-767.

francés, una diferencia de trato entre los actos gratuitos y los onerosos, que se traduce en admitir un mayor ámbito de poder al acreedor en el primer caso. Pensemos qué razones justifican este distinto régimen. ¿Es la causa gratuita más débil que la onerosa? ¿Merece mejor protección el acreedor que el tercero cuando este último no entregó nada a cambio de la cosa?

Antes de profundizar en los fundamentos de la acción de impugnación de los actos del deudor insolvente, veamos, brevemente dónde se centra el conflicto de intereses que hay que resolver en estos casos y las diferencias con los supuestos de simulación.

## 2. Legitimación activa y legitimación pasiva. Subsidiariedad de la acción y conflicto de intereses

Con razón, Meza Barros afirma que “el ejercicio de la acción pauliana pone en conflicto los intereses de los acreedores y de los terceros” (Meza, 2004, p. 305). En efecto, cuando el acreedor ejercita la acción, el interés del deudor insolvente debe quedar en un segundo plano y los contendientes son en realidad el acreedor y el tercero. El Juez debe ponderar hacia cuál de ellos se inclina la balanza de la justicia.

La acción pauliana tiene carácter subsidiario<sup>20</sup> y el acreedor no podrá ejercitarla más que cuando no disponga de otros medios para el cobro de su crédito (artículos 1111 y 1291.3.º del Código civil español, y artículo 2468 del Código civil chileno<sup>21</sup>). Siendo el deudor insolvente, el acreedor no puede ejercitar su derecho con éxito contra el patrimonio del deudor; O, lo que es lo mismo, el principio de responsabilidad patrimonial universal<sup>22</sup> resulta ser una garantía que deviene insuficiente para el cobro del acreedor. Por esta razón, el legislador completa esta garantía con dos distintos mecanismos de protección del

acreedor solo ejercitables previa prueba de la insolvencia del deudor: la acción subrogatoria y la acción pauliana (artículo 1111 del Código civil español y artículos 1394 y 1238 del Código civil chileno<sup>23</sup>).

Está legitimado activamente para el ejercicio de la acción pauliana el titular de un derecho de crédito, afectado por un acto jurídico del deudor que provoca o incrementa la insolvencia. El derecho de crédito debe ser anterior al acto jurídico impugnado, normalmente, aunque la jurisprudencia y la doctrina admiten la impugnación por fraude de actos jurídicos realizados con vistas a la lesión de un derecho de crédito posterior<sup>24</sup>. A juicio de algunos autores, no es relevante si el crédito está o no vencido<sup>25</sup>. Esto es más claro cuando se trata de créditos sometidos a plazo (pues la ley prevé el vencimiento anticipado, artículo 1129 del Código civil español y artículo 1496.1.º del Código civil chileno), pero resulta más dudoso cuando son créditos sometidos a condición, si bien la doctrina española se pronuncia a favor<sup>26</sup>.

<sup>20</sup> En España: Díez-Picazo & Gullón (1995), p. 561; Albaladejo, M. (1989), p. 954; Lacruz, J. L. et al. (1994) pp. 246-247; Montes, C. (1997), p. 72; o Puig, J. (1988), p. 332.

<sup>21</sup> Si bien el Código civil chileno no es tan expreso como el español en este punto, así puede interpretarse del hecho de que el artículo 2468 hable del “perjuicio” que el acto provoque al acreedor. En este sentido, véase: Meza, R. (2004), p. 303. El autor añade que “los terceros a quienes habría de afectar el ejercicio de la acción podrán excepcionarse alegando que el deudor tiene bienes bastantes para que el acreedor haga efectivo su derecho en ellos”.

<sup>22</sup> Artículo 1911 del Código civil español, y artículo 2465 del Código civil chileno.

<sup>23</sup> En relación con la acción subrogatoria: Meza, R. (2004), pp. 295-301. El autor apunta a los artículos 2469, 2466, o 1965 y 1968 del Código civil chileno, y afirma que es requisito para el ejercicio de la acción “que la negativa o desidia del deudor perjudique a los acreedores” (p. 300). En cuanto a la acción pauliana, está recogida en el artículo 2468 del Código civil chileno. Ambas requieren para su ejercicio la insolvencia del deudor.

<sup>24</sup> Permítame el lector remitirme a lo escrito en (1999) *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos. La acción de rescisión por fraude de acreedores*, Centro de Estudios Registrales, donde detallo lo arriba apuntado (pp. 121-124).

<sup>25</sup> En este sentido, Lacruz, J. L. et al. (1994), p. 249.

<sup>26</sup> Véase, en la monografía citada Jerez, C. (1999), p. 122.

El acreedor deberá demandar al deudor y a quienes deba alcanzar el ejercicio de la acción, esto es, al tercero adquirente o al favorecido por el acto, así como a quienes hubieren adquirido de ellos a título gratuito o bien con mala fe<sup>27</sup>.

Particular interés presentan los supuestos de co-fianza. La sentencia del Tribunal Supremo español de 10 de abril de 1995 resolvió un caso de co-fianza solidaria y afirmó que “cuando el fiador lo es con carácter solidario, [...], el acreedor puede dirigirse directamente contra éste, sin tener que hacer reclamación previa o simultánea alguna al deudor principal”. Se consideró revocable la venta que hizo de todos sus inmuebles con el fin de “eludir la obligación

directa y personal de pago del préstamo que *le* incumbía en su calidad de avalista solidario de la entidad prestataria”. Más repercusión tuvo la sentencia del Tribunal Supremo español de 3 de octubre de 1995, referida al ejercicio de la acción pauliana frente a un deudor o cofiador solidario; El fallo señala que la subsidiariedad de la acción “quiebra en los supuestos de concurrencia de solidaridad”, lo que dio lugar al posterior debate doctrinal. Una sentencia posterior del mismo Tribunal, con fecha 15 de septiembre de 1997, declaraba que cuando se trata de fiadores solidarios “es la insolvencia de todos ellos la que debe ser tenida en cuenta”<sup>28</sup>.

### 3. Validez del acto impugnado por vía pauliana y diferencia con el simulado

Tanto en Chile como en España, es frecuente asociar el fraude de acreedores con el negocio simulado (en cuanto a ambos pudiera recurrir el deudor con el fin de evitar el pago)<sup>29</sup>, y por esta razón la doctrina se esmera en destacar las diferencias entre uno y otro tipo de acto. Se basa esta distinción en algo muy sencillo: el acto simulado es absolutamente nulo y sin efectos<sup>30</sup>, mientras que el acto impugnado mediante la acción pauliana nace válido<sup>31</sup> y permanecerá eficaz entre las partes en la medida en que no obste al cobro del crédito por parte del acreedor impugnante<sup>32</sup>.

Por ser el cobro del crédito la finalidad que persigue la acción pauliana, sus efectos no alcanzarán más allá de la consecución de este objetivo. En este sentido hay una proximidad con la figura de la inoponibilidad<sup>33</sup>. Sin embargo, la acción pauliana está sometida a un plazo determinado (cuatro años en el Código civil español<sup>34</sup>, y un año conforme al Código civil chileno<sup>35</sup>), lo que a mi juicio permite clasificarla mejor como una acción que como una modalidad de inoponibilidad<sup>36</sup>.

<sup>27</sup> En este sentido, por ejemplo, Díez-Picazo & Gullón (1995), p. 563.

<sup>28</sup> En Jerez. C. (1999), pp. 123-124.

<sup>29</sup> En este sentido, por ejemplo, Abeliuk, R. (2001), 4ª ed., p. 158, punto 155. A juicio del autor, simulación y acción pauliana son dos supuestos de inoponibilidad por fraude. También se pronuncia en este sentido Ducci, C. (2007), p. 353.

<sup>30</sup> Artículo 1276 del Código civil español.

<sup>31</sup> El artículo 1290 del Código civil español expresamente declara que “los contratos válidamente celebrados pueden rescindirse en los casos establecidos por la ley”, uno de los cuales es el fraude de acreedores (artículo 1291.3.o del mismo texto legal).

<sup>32</sup> Por ejemplo, Alessandri, Somarriva & Vodanovic (1998), p. 351 explican que mediante la acción revocatoria (o pauliana) los actos del deudor pueden quedar sin efectos en la medida en que perjudiquen el derecho de crédito. A igual solución se llega en Derecho español: por ejemplo, Montes, C. (1997), pp. 68-69 y 184-185. El autor explica que la ineficacia relativa está prevista solo en la medida necesaria para que el acreedor logre el cobro de su crédito, quedando el acto válido por lo demás entre las partes.

<sup>33</sup> De hecho algunos autores, como el chileno Abeliuk, R. (2008), pp. 162-163, explica la acción pauliana como un supuesto de inoponibilidad, aunque deja claro que “no todos piensan así”. El mismo autor, al explicar después el concepto y naturaleza de la acción pauliana (2008, pp. 776-777) indica que la acción deja sin efectos el acto impugnado a fin de que el acreedor pueda cobrar lo que se le debe.

<sup>34</sup> Artículo 1299 del Código civil español.

<sup>35</sup> Artículo 2468.3.o del Código civil chileno.

<sup>36</sup> En este sentido se pronuncia Pizarro, C. (2010), p. 102. El autor distingue entre la inoponibilidad prevista en el artículo 1723 del Código civil chileno (inoponibilidad de la convención matrimonial o capitulaciones matrimoniales frente al tercero perjudicado, y la acción pauliana dispuesta como remedio en el artículo 2468 del mismo texto legal).

Ahora bien, en ocasiones será difícil deducir de los hechos si estamos ante un caso de simulación relativa o de revocación por fraude de acreedores. Por ejemplo, cuando se celebró una compraventa y se dio el precio por recibido, pero no hubo traspaso de la posesión. En

tales casos convendrá ejercitar ambas acciones —la acción de nulidad por simulación y la acción pauliana— alternativamente, teniendo en cuenta que esta última es subsidiaria.

## 4. Fundamento y requisitos para el ejercicio de la acción

El fundamento para el ejercicio de la acción lo encuentran algunos autores en la necesidad de lograr “la recomposición del patrimonio del deudor, afecto a la satisfacción del crédito”<sup>37</sup>; Otros lo refieren a la equidad o la buena fe<sup>38</sup>, o a ambos (responsabilidad patrimonial y buena fe). Díez-Picazo incluso llegó a afirmar que la acción pauliana es una especie dentro del fraude a la ley “que históricamente y mediante un característico proceso de evolución ha dado lugar a unas especiales medidas de protección de los intereses de los acreedores, cuya aplicación es en la actualidad en muy buena medida independiente de la idea misma de fraude” (Díez-Picazo, 1993, pp. 732-733). Interesante cita esta que acabamos de reproducir, por las razones que apuntaremos a continuación.

Como quedó explicado, la acción pauliana se configura como un complemento al principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor, que entra en funcionamiento en situación de insolvencia del deudor, esto es, cuando la garantía patrimonial del deudor resulta insuficiente para el acreedor. Es importante recordar que, en tales circunstancias, el conflicto de intereses pasa a

tener lugar, no ya entre deudor y acreedor solamente, sino entre el acreedor y el tercero en cuyo patrimonio entraron los bienes enajenados del patrimonio del deudor: por esta razón afirmo que, en cierto modo, el interés del deudor debería quedar en segundo plano en la resolución del conflicto generado entre acreedor y tercero.

En este sentido, como decía antes, lo explica también Meza Barros, en relación con el Derecho chileno. Este punto de partida permite distinguir entre los actos gratuitos y los onerosos: el tercero merece mayor protección en este último caso<sup>39</sup>.

Pensemos en la venta de un inmueble tras la cual se pone de manifiesto la insolvencia del deudor, que no revela dónde puede localizarse el precio cobrado a cambio del bien. El tercero puede haberlo adquirido de buena fe, o bien con conocimiento de la intención fraudulenta que movió al vendedor a realizar la compraventa. Lógicamente, el tercero merece protección en el primer caso, esto es, si actuó de buena fe, ya que dio a cambio el valor de la cosa. Su título de adquisición, por ser oneroso, es sólido y no podrá ser atacado de ninguna

<sup>37</sup> Lacruz, J. L. et al. (1994), p. 246 explica con la acción denominada revocatoria o pauliana “se trata de evitar —deshacer o compensar— salidas (del patrimonio) que lo hacen insuficiente para satisfacer el crédito: salidas que el legislador las considera menos dignas de protección que el crédito insatisfecho”. El autor habla de un “derecho del acreedor al mantenimiento de la integridad del patrimonio del deudor”. En el mismo sentido se expresa Castán (1992), p. 324.

<sup>38</sup> Sobre el fundamento de la pauliana, De Castro y Bravo, F. (1932), p. 202, confirma que es unánime la doctrina que afirma que “la finalidad de la acción revocatoria es evitar un perjuicio a una persona, según reglas de equidad y justicia”. Lohmann Luca de Tena (1984), pp. 469-506, opina que los principios de derecho privado en los que la acción pauliana hunde especialmente sus raíces son los de buena fe y defensa de los terceros frente al uso abusivo o antisocial del derecho (artículo 7 del Código civil español). A su juicio, la acción pauliana impide la persistencia del abuso (p. 479); El autor considera que el fraude de acreedores es una especie del fraude a la ley (pp. 470 y ss.).

<sup>39</sup> Explica Meza, R. (1997, reimpresión 2004): “Si el tercero ha recibido del deudor una liberalidad, la invalidación del acto no le causará propiamente una pérdida, sino que le privará de una ganancia. La ley se inclina, en tal caso, en favor de los acreedores que sufren un perjuicio concreto. Por eso no interesa la buena o mala fe de los adquirentes a título gratuito” (p. 305). Y añade: “Pero si el tercero es un adquirente a título oneroso, su derrota no solamente le privará de una ganancia, sino que le ocasionará la pérdida de la contraprestación que suministró al deudor. La ley se inclina en su favor, da preferencia a su derecho sobre el interés del acreedor, a menos que esté de mala fe. Por esto la acción pauliana no afecta a los terceros adquirentes de buena fe, a título oneroso” (pp. 305-306). La situación de los subadquirentes sigue las mismas reglas (p. 306).

manera por el acreedor pues en el platillo de la balanza los intereses del acreedor y del tercero tienen igual peso, pero el principio general de protección de la seguridad del tráfico jurídico hará que esta se incline a su favor. Quien adquiere a título oneroso solo puede ser alcanzado por la acción pauliana cuando el acreedor pruebe que participó en el fraude o conocía al menos la intención dolosa del deudor al contratar.

Por esta razón, dos son los elementos que tradicionalmente deben concurrir para el ejercicio de la acción pauliana con carácter general: junto a la prueba de la lesión del derecho de crédito (elemento objetivo del fraude), el acreedor deberá probar la mala fe del deudor y del tercero (elemento subjetivo del fraude).

#### 4.1. El elemento objetivo (*eventus damni*)

El acreedor debe probar, en primer lugar, la lesión del derecho de crédito. Es el denominado evento dañoso (*eventus damni*) y, pese a ser un elemento objetivo, no siempre ha sido fácil probarlo. Antiguamente la jurisprudencia española exigía que un procedimiento ejecutivo previo hubiera resultado infructuoso, pero actualmente se considera suficiente con que el acreedor acredite de otros modos que no dispone de bienes en el patrimonio del deudor con los que hacer efectivo el cobro del crédito. El acreedor debe probar, por consiguiente, que es titular de un derecho de crédito que se ha visto lesionado como consecuencia de la insolvencia del deudor, provocada o incrementada por el acto que se impugna.

La jurisprudencia chilena también encuentra adecuado un criterio no absolutamente rígido, pudiendo citar en este sentido la reciente sentencia de la Corte Suprema de 2 de agosto de 2017, que confirma los criterios de Primera Instancia y de la Audiencia, en sentido de admitir como suficiente la prueba de que se ha disminuido el patrimonio del deudor hasta el punto de que es “casi imposible” de ejecutar el crédito. En el caso concreto: “Todas las propiedades que posee la demandada [...] se encuentran gravadas con embargos, prohibiciones, hipotecas o medidas precautorias, lo que da cuenta de la insolvencia de la misma”.

#### 4.2. El elemento subjetivo (*consilium fraudis / scientia fraudis*)

Más difícil para el acreedor es presentar la prueba del fraude, en cuanto elemento subjetivo de la acción pauliana, porque, al necesitar probar la mala fe del deudor y del tercero para que el Juez estime la acción (*consilium fraudis*), se encuentra ante la imposibilidad de acceso a las intenciones dolosas o fraudulentas que dice movieron a las partes a contratar. Por esta razón, tradicionalmente se rebajó el canon de prueba y se consideró suficiente la concurrencia al menos del conocimiento de daño que se causaba (*scientia fraudis*). Con todo, la prueba del elemento subjetivo sigue siendo extraordinariamente ardua para los medios de que dispone el acreedor.

La jurisprudencia chilena, en la sentencia citada de la Corte Suprema de 2 de agosto de 2017, considera suficiente prueba del elemento subjetivo del fraude el hecho de que

al momento de efectuar el aporte en dominio la demandada no podía menos que saber el estado en que se encontraban sus propiedades y la deuda que mantenía con el demandante en autos, por lo que en conocimiento de la insolvencia que poseía frente a su acreedor, dicho acto de disposición no hace más que reflejar la mala fe con que actuó.

En cuanto al tercero, se tuvo en cuenta el hecho de que se tratara de un hijo de la demandada, como indicio suficiente de la participación en el fraude (la demandada había constituido con él una sociedad, a la que aportó el inmueble cuyo precio debía al demandante).

Ahora bien, qué duda cabe de que la prueba del elemento subjetivo hace muchas veces imposible el ejercicio de la acción y qué duda cabe también de que no en todos los casos el tercero merece idéntica protección. Pensemos que puede ser un tercero que adquiera a título gratuito y, por tanto, sin dar nada a cambio de la cosa. La consideración de la distinta naturaleza de la causa gratuita y la onerosa y, muy particularmente, la aplicación del principio de equidad según el cual “entre proteger



un beneficio y evitar un perjuicio hay que optar por esto último”, movió desde los tiempos del Derecho romano clásico hasta nuestros días a tratar de diverso modo los distintos tipos de actos, facilitándose el ejercicio de la acción cuando el acto de enajenación no era oneroso en sentido estricto: y así, unas veces, se admiten presunciones de fraude (así, en el caso español<sup>40</sup>); otras, se prescinde de la prueba de la intención del tercero (en el Código civil chileno<sup>41</sup>), o se legitima directamente al acreedor para que actúe sobre los bienes enajenados a título gratuito por el deudor si este es el único modo que tiene para cobrar lo que se le debe<sup>42</sup>.

Tal vez, hablar de actos jurídicos “objetivamente fraudulentos” resulte paradójico para algunos<sup>43</sup>, por cuanto nuestra formación jurídica asocia muchas veces la noción de fraude al elemento subjetivo, esto es, a la intención dolosa que movió al deudor y al tercero a contratar (*consilium fraudis*) o, cuanto menos, a la conciencia —en ambos o en el deudor— del daño que se causaba (*scientia fraudis*). Pero sí coincidiremos todos en que existen actos jurídicos objetivamente lesivos del derecho de crédito, como es el caso de la donación realizada en estado de insolvencia o provocando la situación de insolvencia. Si el acreedor no tiene otro medio para cobrar su crédito, podrá atacar la eficacia de estos actos con independencia de la buena o mala fe del tercero<sup>44</sup>.

## 5. Los actos jurídicos objetivamente lesivos del derecho de crédito (I): Tipificación

Veamos ahora cuáles son los actos jurídicos objetivamente lesivos del derecho de crédito y, después, qué especial tratamiento merecen, distinto del régimen ordinario de la acción pauliana. A mi juicio, es exacto afirmar que son actos jurídicos objetivamente lesivos del derecho de crédito los que en sí mismos, con independencia de la buena o mala fe del deudor y del tercero, imposibilitan el ejercicio por el acreedor de su derecho. Son los siguientes:

5.1. Actos gratuitos: extensión a los conflictos entre el acreedor y un tercero que contrató con el deudor

El tipo más característico de acto objetivamente lesivo del crédito es la donación realizada por el deudor insolvente. Junto a la presunción general de fraude que en Derecho español rige para los actos gratuitos (artículo 1297. I del Código civil), se prevé una regla especial conforme a la cual se presumirá “siempre” fraudulenta la donación realizada en estado de insolvencia (artículo 643 del Código civil). La

<sup>40</sup> Así lo hace el legislador español a través de las presunciones de fraude contenidas en los artículos 1292 y 1297 del Código civil. De ellas, solo la presunción del 1297. II admite sin duda prueba en contrario. En los otros dos supuestos (pagos adelantados y actos gratuitos) puede considerarse presunción *iuris et de iure*.

<sup>41</sup> Por ejemplo, el artículo 2468 del Código civil chileno prescinde de la prueba de la mala fe del tercero cuando el deudor adquirió a título gratuito, mientras que debe probarse la mala fe de deudor y tercero si se impugna una transmisión onerosa o un pago en general realizados con perjuicio de acreedores. En cuanto a la mala fe del deudor, la define este artículo como el conocimiento del estado de los negocios, lo que es presumible en todo caso del titular de un patrimonio (así lo explica, por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema de 2 de agosto de 2017).

<sup>42</sup> Así lo admite el carácter *iuris et de iure* de la presunción de fraude prevista para las donaciones realizadas por el deudor insolvente. La expresión “siempre” empleada por el legislador en el artículo 643 del Código civil español no deja lugar a dudas. En breve desarrollaré este punto.

<sup>43</sup> Agradezco al profesor Hernán Corral esta observación (Seminario *Iuris*, Universidad de los Andes, 18 de agosto de 2017). En todo caso, el Código civil chileno prescinde de la intención del tercero en los casos de no onerosidad o distintos de los pagos (artículo 2468. II), en los que será suficiente con que exista mala fe o fraude solo en el deudor. Al consistir esa mala fe en el conocimiento del mal estado de sus negocios (artículo 2468. I *in fine*) y poder presumirse que el titular de un patrimonio conoce (o debería conocer) su estado patrimonial, puede decirse en definitiva que hablar de objetivación del fraude y de actos en sí mismos lesivos del crédito viene a ser una misma cosa o bien algo bastante próximo. De hecho, Meza, R. (1997, reimpresión 2004), p. 308, explica que la misma regla de presunción de conocimiento del estado de los negocios por parte del deudor que se aplica a la pauliana concursal, “se aplica a los actos a título gratuito, efectuados fuera de los periodos sospechosos”.

<sup>44</sup> Así se ha admitido históricamente: Digesto, 42, 8, 10, 24; García, F. (1852, reimpresión 1974), art. 1182, p. 628.

expresión “siempre” no admite duda sobre el carácter *iuris et de iure* de la presunción de fraude, lo que en la práctica equivale a una objetivación del tratamiento jurídico de los actos realizados por el deudor a título gratuito, en situación de insolvencia o quedando insolvente. La razón de esta regla especial radica en la debilidad de la causa gratuita. A diferencia de lo que sucede cuando el tercero adquiere por título oneroso, la justicia del caso apunta a que el acreedor merece mejor protección que el tercero favorecido por el acto, que no ha dado nada a cambio de la cosa. De hecho, en estos casos, el Código civil chileno prescinde de la intención del tercero, y legitima al acreedor para impugnar el acto con independencia de su buena o mala fe (artículo 2468.2.º del Código civil chileno).

Encontramos una regla, que subyace en todos los ordenamientos, conforme a la cual, entre proteger un beneficio y evitar un perjuicio, hay que optar por esto último. Esta regla constituye el eje en torno al cual diseñaremos a continuación el régimen jurídico de los actos objetivamente lesivos del derecho de crédito.

El mismo tratamiento que recibe la donación ordinaria realizada por el deudor insolvente, puede predicarse para la donación remuneratoria o que tiene como causa gratificar algún servicio cuando no existe obligación de hacerlo, así como —al menos en la parte en que existe

gratuidad— a la donación modal o gravada con una carga que debe cumplir el donatario si acepta<sup>45</sup>.

Si damos un paso más, podemos cuestionarnos la extensión de la regla de la gratuidad a aquellos actos que, siendo onerosos, adolecen de una notable falta de equilibrio de las prestaciones. Encontramos en nuestro Derecho histórico —común a Chile y España— dos momentos de la trayectoria de la acción pauliana en que se entendió la falta de equivalencia de las prestaciones como manifestación del fraude: la Escuela de los Comentaristas<sup>46</sup> y la obra de Hevia Bolaños, antes citada (en concreto, en el Capítulo XIII, parágrafo 13). También la ley hipotecaria de 1861 establecía para España una presunción de fraude en relación con este supuesto (Gómez de la Serna, P., 1862, p. 686)<sup>47</sup>. En la doctrina española<sup>48</sup> y francesa, encontramos autores que se aproximan a esta idea<sup>49</sup>.

En cuanto al Derecho positivo, encontramos un ejemplo en el Código civil holandés: se presumen fraudulentas las enajenaciones realizadas por el insolvente con manifiesta falta de equivalencia de las prestaciones<sup>50</sup>. También en el Reino Unido las *transactions at an undervalue* reciben un tratamiento propio en situaciones de insolvencia, distinto del de las enajenaciones por el valor de la cosa: el tercero no recibe el mismo trato cuando recibió la cosa sin dar a cambio su valor sino un precio irrisorio y además

<sup>45</sup> Para más detalle, permítame el lector remitirle a la monografía *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos* (Jerez, C., 1999, pp. 179-220).

<sup>46</sup> Explica Piano, V. (1962) que *Accursio*, de la Escuela de los Glosadores del Digesto (Bolonía, siglos XI-XII), distanciándose en esto del Derecho romano glosado, afirma que no en todos los casos de impugnación pauliana se verifica la exigencia del elemento subjetivo del fraude, y señala como ejemplo el caso de la adquisición de un objeto a un precio inferior a su valor efectivo. En ese caso existe solo *fraus re* y no *fraus consilio*, lo que lleva a *Accursio* a afirmar “quia *fraus potest esse dolus et potest non esse*” (pp. 208-209). Bártolo de Sassoferrato, de la Escuela de los Comentaristas (S. XIII), proponía el caso de quien adquiere un bien por la mitad de su valor. Los acreedores del enajenante podrán en ese caso impugnar por la mitad del contrato según las reglas de los contratos onerosos y la otra mitad aplicando las de las enajenaciones gratuitas (pp. 187-189). Giason del Maino, también de la Escuela de los Comentaristas, recogió la discusión de los glosadores sobre el concepto de fraude: aunque la mayoría está de acuerdo en que el fraude hace referencia siempre a la intención del deudor de lesionar el crédito, añade que para otros hay que distinguir entre *dolo* (elemento subjetivo del fraude) y *fraude* (daño objetivo), como es el caso de *Accursio* (pp. 208-209). El comentario de Giason del Maino al título *De actionibus* de las Instituciones de Justiniano se reconoce como la conclusión de la doctrina de los comentaristas (pp. 205-220); La aportación del jurista a la técnica de la prueba del *consilium fraudis* consistió en extender el campo de acción de los criterios de las presunciones de fraude, entre otros indicios, a la diferencia entre el valor del bien enajenado y la cantidad pagada como precio (p. 215).

<sup>47</sup> Comentario al primigenio artículo 41.

<sup>48</sup> En España contamos con el artículo 622 del Código civil como posible apoyo. Relativo a la donación modal, permite aplicar a determinados actos un doble régimen, propio de los actos gratuitos en cuanto haya gratuidad y de los onerosos en la medida en que exista cierta onerosidad o contraprestación.

<sup>49</sup> Con mayor extensión lo describo en Jerez, C. (1999), pp. 286-288. Entre la doctrina francesa cabe destacar, en este sentido, dos obras de Ghestin, J. (1992), p. 688, y la de (1978), pp. 569-585, p. 575.

<sup>50</sup> El plazo dentro del cual puede invocarse la presunción es de un año (artículo 46-1-1 o, Libro 3.º Código civil holandés).

lesionó con ello el interés de los acreedores<sup>51</sup>. En las leyes concursales, de otra parte, no es extraño encontrar normas de este tipo en los sistemas de *Civil Law* y *Common Law*.

## 5.2. Pagos por cuenta de obligaciones no vencidas: extensión a los conflictos entre dos acreedores

Un segundo supuesto en que el acto jurídico del deudor lesiona directamente o en sí mismo el derecho de crédito es el pago adelantado de obligaciones no vencidas o no exigibles. Si el deudor, como consecuencia de ello queda en estado de insolvencia, el acreedor perjudicado podrá impugnar el pago (artículo 1292 del Código civil español)<sup>52</sup>. Se incluyen aquí los pagos hechos en cumplimiento de obligaciones sometidas a condición suspensiva, cuando esta aún no se ha cumplido, los pagos anticipados o por cuenta de obligaciones no vencidas, el pago de una obligación natural, el pago de una obligación prescrita, y el pago de deudas de juego inexigibles. La razón que justifica la impugnación del pago en estos casos es, junto al respaldo legal que otorga el mencionado 1292 del Código civil español, el hecho de que el deudor no puede renunciar a derechos propios en perjuicio de tercero (artículo 6.2 del Código civil). El acreedor favorecido ha recibido algo que no podía exigir y por tanto, entre proteger ese beneficio y evitar el perjuicio del acreedor impugnante, hay que optar por esto último.

Se excluyen de este tratamiento los pagos de deudas supuestas o nulas, así como los efectuados en virtud de un procedimiento judicial que después se declara nulo e ineficaz: la acción que corresponde ejercitar en estos casos es la acción de nulidad o la de enriquecimiento sin causa (pago de lo indebido). La presunción de fraude del mencionado artículo 1292 del Código civil español se refiere a pagos válidos, cuya eficacia puede ser impugnada por el acreedor perjudicado en la medida necesaria para el cobro de su crédito. También puede excluirse el pago de obligaciones hechas por cuenta de contratos anulables, ya que el hecho de pagar supone optar por la confirmación

del contrato, y —validado este— el pago se hace exigible.

Los acreedores que cobren pagos hechos por cuenta de obligaciones ya vencidas o exigibles quedan protegidos aunque el deudor devenga insolvente por ello, ya que juega —fuera del concurso— el principio de protección del acreedor diligente. Por esta razón, en materia de pagos, el Código civil chileno formula la regla de otro modo: Da a los pagos idéntico tratamiento que a los actos onerosos (considerándolos conjuntamente en el párrafo primero del artículo 2468 del Código civil), y por consiguiente, exige para su impugnación en general la prueba de la mala fe en el deudor y en el tercero.

A mi juicio el legislador está refiriéndose aquí a los pagos por cuenta de obligaciones vencidas y exigibles, y debería admitirse que —cuando el deudor no hubiera podido ser compelido al pago al tiempo de hacerlo— el acto jurídico sea impugnabile en las condiciones en que lo son “los actos y contratos no comprendidos bajo el número precedente” (artículo 2468.2.º del Código civil chileno): la impugnación de estos actos se realiza prescindiendo de la buena o mala fe del tercero (en este caso, el acreedor favorecido).

Dando un paso más, la regla relativa a los pagos realizados por cuenta de obligaciones no vencidas o no exigibles puede extenderse a la constitución de garantías a favor de acreedores que no estaban en circunstancias de exigirlo al deudor, cuando esto hace imposible en la práctica el cobro por parte del acreedor perjudicado. Son impugnables, por tanto, con independencia de la buena o mala fe del acreedor favorecido, las hipotecas, prendas y derechos de garantía en general (incluida la fiducia *cum creditore*) constituidos a favor de acreedores que no pudieron compeler al deudor a su otorgamiento (por no estar sus créditos vencidos o no ser exigibles al tiempo de su constitución). La regla que subyace en nuestros ordenamientos es la antes enunciada: entre proteger un

<sup>51</sup> Section 339 *Insolvency Act*, 1986. Si el procedimiento fuera extraconcursal, como es el caso de la pauliana, puede impugnarse el acto con independencia de la mala o buena fe del tercero (Section 423); Solo se protege a los terceros que contrataron de buena fe y por el valor de la cosa (*for value*).

<sup>52</sup> Recordemos que la insolvencia del deudor provoca el vencimiento de los créditos. Por esta razón, el supuesto de hecho de la norma no pueden constituirlo los pagos hechos por el deudor insolvente, sino aquellos que causen o provoquen la insolvencia y se hagan por cuenta de obligaciones aún no vencidas o no exigibles. En relación con el vencimiento anticipado de los créditos, tanto en Derecho chileno como en Derecho español, encontramos sendos trabajos de Severín, G. (2014a), pp. 505-526 y (2014b), pp. 983-1032.

beneficio y evitar un perjuicio, hay que optar por esto último (como en el caso de los actos gratuitos realizados por el deudor, esta regla late también en el artículo 1292 del Código civil español, que es aplicable por analogía a este tipo de supuestos).

En convenios interempresariales es una práctica en ocasiones acordar que, en caso de insolvencia de una de las empresas, quedarán automáticamente compensadas las deudas pendientes entre ellas. ¿Deben los restantes acreedores soportar la lesión que esto pueda causar en sus créditos? la compensación de deudas seguirá el mismo régimen de los pagos. Esto es, puede impugnarse por el acreedor perjudicado en la medida en que se trate de obligaciones no exigibles o aún no vencidas, pero no cuando el acreedor cuyo crédito se extinguió por compensación podía compeler al pago al tiempo de la compensación de deudas (artículo 1292 del Código civil español, por analogía).

5.3. Actos de renuncia: extensión a los conflictos entre el acreedor y un tercero que no contrató con el deudor, pero resultó favorecido por un acto del deudor

Por último, encontramos una regla que permite impugnar los actos de renuncia del deudor realizados en estado de insolvencia o quedando en situación de insolvencia, con independencia de la buena o mala fe del tercero beneficiado por el acto: en el Código civil español, aplicaríamos el artículo 6.2, que no reconoce validez a la renuncia en cuanto perjudique a terceros; En el Código civil chileno se aplican los artículos 12, 1394 y 1238<sup>53</sup>).

Esta regla, aplicable a los actos de derelicción o abandono de bienes cuando se hubiera beneficiado de ello un tercero, es trasladable también a otros supuestos.

En concreto, cabe citar los siguientes, a modo de ejemplo:

1.º La condonación o remisión de deuda, pues el principio que subyace es nuevamente el mismo. Estos últimos actos pueden tratarse también por el régimen de las donaciones realizadas en estado de insolvencia (artículo 643 del Código civil español).

2.º Los actos de partición en los que se aceptó por el deudor insolvente un lote de menor valor que el correspondiente al comunero. Esto, tanto si se trata de la división de la cosa común, como si lo que se divide es una sociedad, o el patrimonio ganancial, o la herencia<sup>54</sup>.

3.º También en los casos de fiducia *cum amico*, si el mandante hubiera convenido con el mandatario una cláusula que perjudique a sus acreedores porque dificulte o retrase la posibilidad de exigir al fiduciario el cese de la titularidad fiduciaria, sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 6.2 del Código civil español en la medida en que esto supone una renuncia a la facultad de revocar el mandato, acto que no es eficaz en perjuicio de terceros<sup>55</sup>.

4.º Los actos de modificación de obligaciones en virtud de los cuales el deudor acepta unas condiciones peores que las iniciales: la renuncia a la prestación que se debía no se admite en perjuicio de acreedores, aunque una nueva prestación (de menor valor) haya sido aceptada en su lugar.

De otra parte, conviene advertir que en ocasiones encontramos una regla específica que ha de aplicarse con prioridad a la general del artículo 6.2 del Código civil (español) y que facilitará la impugnación (es el caso de la repudiación de herencia<sup>56</sup> y el de la renuncia a la

<sup>53</sup> A juicio de Meza, R. (2004), p. 304, la acción es la subrogatoria y no la pauliana en el caso, por ejemplo, del artículo 1238. Sin embargo, a mi juicio, tanto la necesaria autorización judicial como el hecho de que el acto siga teniendo efectos para el tercero en lo que —pagado el crédito— le sea provechoso, inclina a pensar que es la acción pauliana la que está ejercitándose. En todo caso, resulta interesante esta conexión entre ambas acciones, pauliana y subrogatoria: ambas son necesarias en estos casos. La acción pauliana deja sin efectos la renuncia y la acción subrogatoria legitima al acreedor para ubicarse en la posición del deudor y realizar la aceptación, conforme al sistema chileno.

<sup>54</sup> Con mayor detalle lo argumento en Jerez, C. (1999), pp. 221-272.

<sup>55</sup> Al artículo citado habría que añadir lo dispuesto en los artículos 1733 y 1111 del Código civil español.

<sup>56</sup> Artículo 1001 del Código civil español: “Si el heredero repudia la herencia en perjuicio de sus propios acreedores, podrán éstos pedir al Juez que los autorice para aceptarla en nombre de aquél. / La aceptación sólo aprovechará a los acreedores en cuanto baste a cubrir el importe de sus créditos. El exceso, si lo hubiere, no pertenecerá en ningún caso al renunciante, sino que se adjudicará a las personas a quienes corresponda según las reglas establecidas en este Código”.

prescripción ganada<sup>57</sup>).

Ahora bien, distinto de los supuestos de renuncia son aquellos en que el deudor rechaza enriquecerse, por ejemplo, recibiendo una donación. Nadie está obligado a incrementar su patrimonio conforme al ordenamiento español. Diversa es la regla en el ordenamiento chileno<sup>58</sup>.

Por esta razón, se discute si la repudiación del legado sigue la regla de la repudiación de herencia o la de no aceptación de la donación (una y otra solución son defendibles según se argumente que el legado entra o no en el patrimonio del deudor desde el momento del fallecimiento del causante)<sup>59</sup>.

## 6. Los actos jurídicos objetivamente lesivos del derecho de crédito (II): tratamiento jurídico

De modo específico, el tratamiento del fraude de acreedores se regula mediante la acción pauliana o acción revocatoria (o rescisoria), esto es, conforme a lo dispuesto en los artículos 1111 y 1291.3.º-1299 del Código civil español, o en el artículo 2468 del Código civil chileno. Ahora bien, acabamos de comprobar que, más allá de los actos jurídicos realizados intencionadamente en fraude de acreedores, existen actos jurídicos que objetivamente lesionan el derecho de crédito, con independencia de cuál sea la intención que mueva a las partes (deudor y tercero) al tiempo de hacerlos. En relación con estos últimos, deberíamos preguntarnos si solo pueden ser tratados desde la perspectiva de la acción pauliana o si encontramos en el ordenamiento o en el Derecho comparado otro tipo de remedios. A esta cuestión vamos a dedicar este apartado.

### 6.1. Desde la óptica de la acción pauliana

En primer lugar, desde la óptica de la acción pauliana, pudiéramos considerar que existe una regla general, conforme a la cual la impugnación requiere prueba de los elementos objetivo y subjetivo del fraude (*eventus damni* y *consilium fraudis*), y una regla especial, aplicable a los actos en sí mismos lesivos del derecho de crédito, conforme a la cual la prueba del evento dañoso será suficiente para la impugnación con éxito por el acreedor. Admitir lo dicho equivale a objetivar el tratamiento jurídico del fraude de acreedores en estos casos.

La regla que justifica una objetivación del tratamiento del fraude cuando los actos del deudor objetivamente lesionan el derecho de crédito es común a los tres grupos de supuestos que acabamos de distinguir (gratuidades, pagos por cuenta de obligaciones no exigibles al tiempo de hacerse, renunciaciones): entre proteger un beneficio y evitar un perjuicio, hay que optar por esto último. Como hemos tenido oportunidad de comprobar, esta regla está presente en nuestros ordenamientos, en sede de acción pauliana, a través de presunciones de fraude o del otorgamiento de facilidades para que el acreedor impugne el acto, prescindiendo en todo caso de la buena o mala fe del tercero.

Conforme al Código civil chileno se exigiría que el acreedor pruebe la mala fe del deudor en estos casos, pero a la vez esta puede darse por probada, pues consiste en el conocimiento “del mal estado de los negocios” que todo titular en principio está obligado a conocer conforme a criterios de diligencia media (artículo 2468 del Código civil chileno).

### 6.2. Desde la óptica de otros remedios civiles complementarios

La acción pauliana no es el único remedio en los sistemas de nuestro entorno para hacer frente a los actos objetivamente lesivos del derecho de crédito. En particular, encontramos en el enriquecimiento injustificado y en la

<sup>57</sup> Artículo 1937 del Código civil español: los acreedores pueden oponer la prescripción a pesar de la renuncia del deudor.

<sup>58</sup> El artículo 1394 del Código civil chileno dispone que los acreedores de quien repudia una herencia, legado o donación “podrán ser autorizados por el juez para sustituirse a un deudor que así lo hace, hasta la concurrencia de sus créditos; y del sobrante, si lo hubiera, se aprovechará el tercero”. Véase también el artículo 1238 del mismo texto legal.

<sup>59</sup> Con más detalle lo expongo en Jerez, C. (1999), pp. 305-307.

responsabilidad civil extracontractual vías que podemos explorar con un resultado útil en este ámbito.

### 6.2.1. El enriquecimiento injustificado

Qué duda cabe que, si buscamos un tratamiento adecuado para los actos jurídicos en sí mismos lesivos del derecho de crédito, y admitimos su impugnación con independencia de cuál sea la intención del tercero, no podremos exigir de dicho tercero más que la restitución de aquello en lo que se haya enriquecido. Quiebra aquí la solución aplicable conforme al régimen general de la acción pauliana, que permite alcanzar del tercero (de mala fe o partícipe en el fraude) la cosa recibida o, cuando esto no fuera posible, la indemnización por el valor de la cosa. No sería justo exigir del tercero de buena fe lo mismo que se exige al que actuó de mala fe.

En este punto, encontramos en el Derecho histórico y también en el Derecho comparado una regla de equidad que permite exigir del tercero aquello en lo que se hubiera enriquecido por el acto en sí mismo lesivo del derecho de crédito, sin más (ni menos).

Si estamos hablando de un tercero de buena fe (por ejemplo, el donatario) frente al que se declara la revocación, no sería justo exigirle una indemnización por el valor de la cosa si esta se hubiere perdido o no fuera posible restituirla. La impugnación del acto en sí mismo lesivo del crédito tiene un fundamento distinto que la impugnación del acto fraudulento, teñido de la intención dolosa del deudor y del tercero cómplice en el fraude o consciente del mismo. En este último caso es la mala fe del deudor y del tercero la que les deja sin protección, saliendo vencedor el acreedor. Pero en el caso de los actos jurídicos en sí mismos lesivos del derecho de crédito, la admisión de la impugnación tiene su fundamento en el principio conforme al cual, entre proteger un beneficio y evitar un perjuicio, hay que optar

por esto último. Se observa aquí la analogía con el régimen jurídico del enriquecimiento injustificado.

Si bien esto no aparece así claramente determinado en el Código civil español, como tampoco en el chileno, sí podemos —a mi juicio— afirmar que se trata de una verdadera regla jurídica. Esta regla de la restitución de los enriquecimientos, cuando la impugnación o revocación del acto tenga como legitimado pasivamente a un tercero de buena fe, aparece descrita, por ejemplo, en la obra de Hevia Bolaños antes citada (que forma parte de nuestro común patrimonio jurídico) (1790, Cap. XIII, párrafo 22); aparece también en los comentarios del García Goyena al Proyecto de 1851 (1974, art. 1182, p. 628) y en los sistemas de impugnación suizo<sup>60</sup>, alemán<sup>61</sup> y holandés<sup>62</sup>.

Más importante aún: empleando la expresión “fraude” (referida al parecer solo al conocimiento del deudor, pero no del tercero), el Digesto plasmó la razón que justificaba que pudieran impugnarse, con independencia del conocimiento que el tercero pudiera tener del perjuicio, los actos en sí mismos lesivos del derecho de crédito (como donaciones, legados, pérdida de servidumbres por falta de uso, derelicción, remisión de deuda, pago anticipado, prenda por un crédito antiguo —caso este último en que hay textos contradictorios—, o la dote). Dice así: “porque el Pretor consideró *injusto* que permaneciese con el lucro el que experimentó lucro por el fraude; y por esto creyó que se le debía quitar el lucro” (D. 42, 8, 10, 24).

Esa razón de justicia es la que late y fundamenta la regla según la cual entre proteger un beneficio y evitar un perjuicio, hay que optar por esto último (lógicamente cuando existe una relación de causa-efecto entre el beneficio provocado y el perjuicio causado). Esto es predicable tanto del Derecho español como del Derecho civil chileno<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> Artículo 291.III de la *Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite* de 1889, tras la reforma de 1994.

<sup>61</sup> Párrafo 11 de la *Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung*.

<sup>62</sup> Artículos 45-3 y 45-5 del Libro 3° del Código civil holandés.

<sup>63</sup> En relación con el enriquecimiento sin causa en el Derecho civil chileno, comenta, por ejemplo, Abeliuk, R. (2008), p. 192, que el principio del enriquecimiento injusto “informa íntegramente el Derecho”. El autor refiere que la expansión de este principio como fuente de obligaciones (morales, en un primer momento) gana terreno en Francia, y tiene relación con “un acto de una persona con repercusión en el patrimonio ajeno, que obliga a las partes en las circunstancias que la misma ley señala” y explica que, si bien en Chile no aparece expresamente recogido en el Código civil, ello “no quita que existan numerosas instituciones y soluciones legislativas que están inspiradas en él. El problema es precisar qué ocurre en los casos no legislados” (p. 193). Para que prospere la acción del empobrecido es preciso probar lo siguiente: 1.° El empobrecimiento experimentado (a mi juicio, en este caso lo sería la lesión del crédito); 2.° El enriquecimiento de otro sujeto; 3.° La existencia de una relación de causalidad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento referidos;

### 6.2.2. La responsabilidad civil extracontractual

Resulta curioso al lector español o mediterráneo, en general, y probablemente al latinoamericano, que un compendio de normas de Derecho civil europeo como es el trabajo académico conocido con el nombre de Marco Común de Referencia<sup>64</sup> (*Draft Common Frame of Reference*, DCFR) no contenga regulación específica de la acción pauliana. Sin embargo, al leer los *Principios* introductorios, uno puede encontrar la explicación. Se dice que dicha acción está relacionada con la insolvencia y que el DCFR no contiene reglas concursales. Trasluce aquí la impronta germana y quizás también anglosajona que late muy especialmente en la redacción de las reglas del citado *Draft*. En Alemania, la acción revocatoria se considera materia procesal ajena al BGB o Código civil alemán y relacionada, efectivamente, con los procedimientos de insolvencia. Fuera de dichos procedimientos —se explica en los Principios del DCFR— las reglas de la responsabilidad civil extracontractual ofrecen posibles

soluciones al conflicto entre el acreedor y el tercero beneficiado por el acto del deudor<sup>65</sup>.

Sin embargo, a mi juicio esta alternativa no es ventajosa en absoluto para el acreedor, ya que para exigir la responsabilidad aquiliana debe probar no solo el daño o lesión del crédito, sino también la culpa o negligencia del sujeto obligado a indemnizar. Es decir, la responsabilidad civil extracontractual nos devuelve, a efectos de prueba, a la dificultad de ejercicio de la acción pauliana conforme a sus reglas generales (necesidad de probar la lesión del crédito y, además, la mala fe del deudor y del tercero). Este remedio, que sí resulta justo cuando el tercero adquirió mediante título oneroso o cuando cobró lo que podía exigir, no resulta por el contrario ser la solución que tratamos de alcanzar para los actos en sí mismos lesivos del derecho de crédito.

## 7. Los efectos del ejercicio de la acción pauliana y otros remedios civiles complementarios

La acción pauliana es subsidiaria, como vimos, y de naturaleza personal<sup>66</sup>; tiene sin embargo una relativa eficacia patrimonial<sup>67</sup>, como se verá a continuación.

El Código civil español, a diferencia del chileno, regula con carácter general los efectos de la acción rescisoria en los artículos 1295 y 1298. Sin embargo, pese a que el fraude de acreedores es uno de los supuestos que da lugar a la rescisión del contrato (artículo 1291.3.º del Código civil), es

discutible que se pueda aplicar a la acción revocatoria por fraude un régimen idéntico al de los restantes supuestos de rescisión enumerados en el artículo 1291. No parece aplicable el artículo 1295, si atendemos a su propio tenor literal (en especial el primer párrafo) pues el precepto trata de la restitución recíproca de las prestaciones y no hay nada que deba devolver el acreedor ya que no es parte en el contrato<sup>68</sup>. Sí puede tener aplicación el artículo 1298<sup>69</sup> (y también pueden extraerse criterios de los dos últimos

4.º La inexistencia de una causa que lo justifique (a mi juicio, aquí es suficiente con la prueba de lo injustificado de ese enriquecimiento a costa del empobrecimiento consiguiente; es decir, no cabe oponer una causa contractual, como es la donación, para evitarlo cuando esta causa es más débil que la que da derecho al acreedor, en particular, por venir así previsto expresamente en la ley); y 5.º La imposibilidad de acudir a otro remedio para evitar la lesión (es decir, la acción es subsidiaria). En el autor citado, véase, pp. 195-196. En relación con la carencia de causa, explica que se refiere a que no exista “entre las partes una relación patrimonial” (p. 196).

<sup>64</sup> Más en concreto, Jerez, C. (Coord.) (2015), traducción coordinada de la obra Christian Von Bar et al (Eds.) (2009), *Principles, definitions and Model Rules of European Private Law*.

<sup>65</sup> En la versión española, página 33. En la versión inglesa publicada online, véase página 64. Remiten la materia de la acción pauliana al régimen del Libro VI, que regula la Responsabilidad civil extracontractual: “las transmisiones fraudulentas que tienen por objeto perjudicar a los acreedores podrían abordarse bajo las disposiciones del Libro VI”.

<sup>66</sup> Este punto ha sido discutido tradicionalmente debido a antinomias que presentaban los textos romanos (Castán, 1992, pp.326-327). Sin embargo, la doctrina ha llegado a ser prácticamente unánime al afirmar el carácter personal de la acción pauliana. Junto al anterior, Lacruz, J. L. et al. (1994), p. 247; Albaladejo, M. (1994), p. 214; Puig, J. (1988), p. 332; Díez-Picazo & Gullón (1995), p. 563.

<sup>67</sup> Ramos, R. (2008), p. 329, explica, en sentido semejante, que la acción pauliana es personal y patrimonial, que afecta solo a las partes que litigaron.

<sup>68</sup> En este sentido se pronunciaba De Castro y Bravo, F. (1971), p. 524. También, Fernández Campos, J. A. (1997, capítulo V).

<sup>69</sup> En este sentido lo interpreta Moreno, B. (1981), p. 179.

párrafos del artículo 1295).

Los efectos de la acción son los siguientes: el tercero demandado deberá restituir al patrimonio deudor los bienes que recibió por el acto en la medida necesaria para evitar el daño del acreedor, pero en todo caso podrá optar por enervar el ejercicio de la acción pagando la deuda, porque la única finalidad de la rescisión es evitar el daño y, por tanto, una vez que ha desaparecido la lesión cesa la legitimación de los acreedores para el ejercicio de la acción. Si fuera imposible devolver el bien, el adquirente de mala fe debe indemnizar (artículos 1298 y 1295.III), pero nada se dice en relación con el adquirente de buena fe (por ejemplo, el donatario de buena fe), salvo que consideremos que es el causante de la lesión (artículo 1295.III), que no parece adecuado, o que extraigamos algunos criterios de responsabilidad que en el artículo 643 del Código civil se atribuyen a quien adquiere por donación (responsabilidad en la medida del enriquecimiento).

Lo cierto es que —cuando es de buena fe— no es posible exigir del tercero que no tiene la cosa y por tanto no puede restituirla para hacer efectivo el pago, que indemnice por el valor de la cosa. Esta regla, que está bien como regla general aplicable cuando el tercero es de mala fe, no se adecúa a los supuestos que estamos tratando. En estos casos, la restitución del enriquecimiento —en la medida necesaria para el cobro del crédito— es la regla adecuada: 1.º Si el tercero vendió la cosa, debe entregar el precio percibido por ella; 2.º Si la regaló, se

perseguirá al subadquirente aplicando idénticos criterios (solo queda protegido el subadquirente de buena fe y título oneroso<sup>70</sup>); y, 3.º Si se perdió la cosa, ni hay restitución ni indemnización exigible.

El negocio impugnado sigue siendo válido y eficaz entre las partes. La doctrina se ha ocupado de desarrollar los criterios que pueden seguirse para determinar los efectos de la acción<sup>71</sup>. En resumen, el acto revocado sigue siendo válido entre las partes y por lo tanto las transmisiones a que dio origen son plenamente válidas también, pero —como consecuencia del ejercicio de la acción— puede decirse que se recupera la afección al pago de la deuda de estos bienes salidos del patrimonio del deudor. En este sentido puede decirse también que los efectos de la acción son principalmente procesales o ejecutivos, porque la finalidad que se persigue es que el acreedor pueda ver satisfecho su derecho<sup>72</sup>.

En cuanto a los subadquirentes, podemos afirmar que la acción revocatoria es susceptible de producir efectos en cascada de manera que se extienda a todos los negocios que de modo contiguo tengan por adquirente a un tercero que lo sea bien a título gratuito, bien de mala fe. Solo cuando nos encontramos ante un adquirente a título oneroso y de buena fe queda interrumpido el curso de la acción, dando lugar —en su caso— a la indemnización prevista en los artículos 1295.III y 1298 del Código civil español<sup>73</sup>.

## 8. El plazo de ejercicio

Los derechos español y chileno difieren en lo que al plazo de ejercicio de la acción pauliana se refiere. Mientras en Derecho español el plazo es de cuatro años (artículo 1299 del Código civil), en el Derecho chileno es de tan solo un año (artículo 2468.3.º del Código civil chileno). Una ventaja tiene la redacción chilena sobre la española:

la determinación del momento a partir del cual comienza el cómputo del plazo. Dice así la norma: “Las acciones concedidas en este artículo a los acreedores expiran en un año contado desde la fecha del acto o contrato”. El Código civil español, por el contrario, no redacta nada acerca del inicio del cómputo del plazo, lo que ha llevado

<sup>70</sup> Así lo explica, entre otros muchos, el autor chileno Abeliuk, R. (2008), pp. 784-785.

<sup>71</sup> En particular, Fernández Campos (1997) en los capítulos V y VI, ha desarrollado el estudio del que denomina (tomando la terminología italiana) efecto “reparatorio” de la acción, esto es, el dirigido a recuperar la afección de los bienes a la satisfacción del acreedor.

<sup>72</sup> En relación con los efectos del ejercicio de la acción, véase la obra de Fernández, J. A. (1998).

<sup>73</sup> Entre otros, Albaladejo, M. (1994), p. 230, Castán (1992), p. 337, Puig, J. (1988), p. 339, Lacruz, J. L. et al. (1994), p. 256, o Montes, C. (1997), pp. 205-206.



a la doctrina a debatir si debe computarse desde que se realizó el acto<sup>74</sup> o bien desde que el legitimado para el ejercicio de la acción tuvo o pudo tener conocimiento del mismo<sup>75</sup>.

La cuestión de si se trata de plazos de caducidad o de prescripción, sin embargo, sí es común a ambos sistemas, pues la expresión “expiran” que emplea el Código civil

chileno admite ambas interpretaciones<sup>76</sup>. A mi juicio, han de ser plazos de caducidad y no de prescripción. La no posibilidad de que la interrupción suponga un reinicio de cómputo del plazo (caducidad) está justificada cuando se trata del ejercicio de acciones que afectan al tráfico y seguridad jurídica como son las relativas a la eficacia o no del contrato.

## Conclusiones

Desde una perspectiva de Derecho comparado es correcto afirmar que la *acción pauliana* (presente en los ordenamientos latinos y heredada del Derecho romano) juega con dos tipos de criterios o fundamentos jurídicos, requisitos y efectos:

1. De un lado, los propios de la *responsabilidad civil extracontractual* (en los casos en que el tercero es de mala fe); y,

2. De otra parte, los especiales del *enriquecimiento injustificado* (cuando el tercero, aun siendo de buena fe, carece de título oneroso que justifique su especial protección). Así lo demuestra su carácter absolutamente subsidiario, y las reglas generales y especiales que encontramos en su particular régimen jurídico.

## Referencias

- Abeliuk, R. (2001). *Las obligaciones* (4ª ed. Actualizada) (I) Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Abeliuk, R. (2008). *Las obligaciones* (5ª ed. Actualizada) Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Albaladejo, M. (1989). *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*. (Tomo XV-1.o). Madrid: Edersa.
- Albaladejo, M. (1994). *Derecho civil* (9ª ed.) (Volumen II-1.o) Barcelona: Bosch.
- Alessandri, Somarriva & Vodanovic. (1998). *Tratado de Derecho civil. Partes preliminar y general* (II) Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Baraona, J. (2012). *La nulidad de los actos jurídicos* Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Bonfante, P. (1929). *Instituciones de Derecho romano* (8ª ed. italiana) (Trad. Bacci & Larrosa). Madrid: Reus S.A.
- Castán, J. (1992). *Derecho civil español, común y foral* (16ª ed.) (III) Madrid: Reus.
- Chabas, F. (1980). Sección Jurisprudence française. *Revue trimestrielle de Droit civil*.
- Coronas, Santos M. (2007). Hevia Bolaños y la Curia Philipica. *Anuario de Historia del Derecho español* (77), pp. 77-93.
- Montes, A. (1997). *La vía pauliana*. Madrid: Tecnos.
- D'Ors, X. (1974). El interdicto fraudatorio en el Derecho romano clásico. *Cuadernos del Instituto jurídico español en Roma* (25).

<sup>74</sup> En este sentido, Díez-Picazo & Gullón (1995), p. 563; Albaladejo (1994), p. 231; y Lacruz, J. L. et al. (1994), p. 258.

<sup>75</sup> Así lo ha interpretado el Tribunal Supremo español (por ejemplo, en la sentencia de 16 de febrero de 1993), si bien no hay jurisprudencia unánime en este sentido. La sentencia de 4 de septiembre de 1995, por ejemplo, interpretó que el plazo debía computarse desde que existe “posibilidad legal” de ejercitar la acción, hecho que se considera existe siempre desde el momento de la inscripción del acto en el Registro. Jordano Fraga (1995, p. 103) señala como criterio que estima preferible el siguiente: “el momento en que el acreedor conoce o debió conocer el acto perjudicial de su deudor que se trata de impugnar”.

<sup>76</sup> Meza, R. (2004), p. 311, emplea la palabra “prescripción”.

- De Castro y Bravo, F. (1932). La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial: Estudio de los artículos 1911 y 1111 del Código civil, en *Revista de Derecho privado*.
- De Castro y Bravo, F. (1971). *El negocio jurídico*, Madrid: Civitas.
- Devéze, J. & Saint-Alary-Houin, C. (1988). *JurisClasseur civil*, Volumen 39.
- Díez-Picazo y Ponce De León, L. (1993). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial* (II) Madrid: Civitas.
- Díez-Picazo & Gullón. (1995). *Instituciones de Derecho civil* (I) Madrid: Tecnos.
- Ducci, C. (2007). *Derecho civil: Parte general* (4ª ed.). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Fernández, J. A. (1998). *El fraude de acreedores. La acción pauliana*. Real Colegio de España.
- García, F. (1852, reimpresión 1974). *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español* (II, III y IV), Zaragoza: Cátedra de Derecho Civil de la Universidad.
- Gaudemet, E. (1974) *Teoría general de las obligaciones* (Trad. P. Macedo) Méjico: Porrúa. (Original en francés, 1937, París: editorial Sirey).
- Ghestin, J. (1978). La fraude paulienne. *Mélanges dédiés a G. Marty*, pp. 569-585.
- Ghestin, J. (1992). *Traité de Droit Civil: Les obligations. Les effets du contrat*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence,
- Gómez de la Serna, P. (1862). *La Ley hipotecaria, comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera, precedida de una introducción histórica y seguida de un diccionario y formularios*. Madrid: Imprenta de la Revista de la Legislación.
- Hevia, J. D. (1790). *Curia Philippica: Laberintho de comercio terrestre y naval*. Madrid: Imprenta de Ulloa.
- Jerez, C. (1999). *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos: La acción de rescisión por fraude de acreedores*. Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- Jerez, C. (2013). La restitución de los enriquecimientos causados por el deudor en patrimonio de tercero: Una ampliación del marco de la reintegración de la masa activa del concurso. *Anuario de Derecho concursal*, 28, pp. 69-102.
- Jerez, C. (Coord.) (2015). *Principios, definiciones y reglas de un Derecho civil europeo: El marco común de referencia (DCFR)*, Madrid: Editorial Boletín Oficial del Estado. [Traducción de la obra: Christian von Bar et al. (Eds.). (2009). *Principles, definitions and Model Rules of European Private Law: outline edition*].
- Jordano Fraga, F. (1995). El *dies a quo* para el cómputo del plazo de la acción revocatoria o Pauliana (con motivo de una jurisprudencia reciente). *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, 626, pp. 71-128.
- Jörs, P. & Kunkel, W. (1937). *Derecho privado romano* (Trad. L. Prieto Castro) Barcelona: Editorial Labor. (Original en alemán. 2ª ed.).
- Kaser, M. (1968). *Derecho romano privado* versión directa de la quinta edición alemana por J. Santa Cruz Teijeiro, Madrid: Reus S.A.
- Kipp, T. (1924). Impugnación de los actos *in fraudem creditorum*, en Derecho romano y en el moderno Derecho alemán, con referencia al Derecho español. *Revista de Derecho privado*, pp. 1-23.
- Lacruz, J. L. et al. (1994). *Elementos de Derecho civil*, 3ª ed. Vol. II-1º, Madrid: Dykinson.
- Lohmann Luca de Tena, J. G. (1984). Apuntes para una distinta aproximación a la acción pauliana. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 469-506.
- Loussouarn, Y. (1974). Action paulienne. Notion de fraude: Jurisprudence française en matière de Droit civil. *Revue trimestrielle de Droit civil*.
- May, G. (1927). *Éléments de Droit romain* (17ª ed.). París: Recueil.
- Meza, R. (2004). *Manual de Derecho civil de las obligaciones* (Reimpresión de 9ª ed. de 1997 Actualizada, Vergara, P.P. y Rodríguez, P. [Eds.]). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Moreno, B. (1981). *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, (XVII-2º). Artículos 1290 a 1299. Madrid: Edersa.
- Peñailillo, D. (2006). *Obligaciones: Teoría general y clasificaciones: La resolución por incumplimiento*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

- Piano, V. (1962). *L'azione revocatoria nella giurisprudenza medievale*. (Università di Catania, pubblicazioni della facoltà di Giurisprudenza) (43) Milano: Editorial Giuffrè.
- Pizarro, C. (2010). En: Pizarro y Vidal (Eds.). *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Bogotá: Universidad del Rosario.
- Puig, J. (1988). *Fundamentos de Derecho civil (II-I)* (3ª ed.). Barcelona: Bosch.
- Ramos, R. (2008). *De las obligaciones* (3ª ed. Rev.). Santiago de Chile: Legal Publishing Chile.
- Severín Fuster y Carvajal Arenas (2015). La acción pauliana civil en el procedimiento concursal: A propósito de la regulación de las acciones revocatorias en la Ley N° 20.720. *Estudios de Derecho civil XI*, Santiago de Chile: La Ley Thomson-Reuters, pp. 802-815.
- Severín, G. (2014a). Los supuestos de “caducidad legal” del plazo contenidos en el numeral primero del artículo 1496 del Código civil. Una lectura tras la modificación hecha por la Ley N° 20.720 (Nueva Ley Concursal). *Estudios de Derecho civil X*, Santiago de Chile: La Ley Thomson-Reuters, pp. 505-526.
- Severín, G. (2014b) La facultad de anticipar el cumplimiento del artículo 1129.1 del Código civil y el Concurso de acreedores. *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, 743, pp. 983-1032.
- Tabera, A. (1953). *El Derecho romano en España poco antes y poco después de Justiniano* (Conferencia publicada por el Ilustre Colegio de Abogados de Albacete).
- Windscheid, B. (1987). *Tratado de Derecho civil alemán (I-1.o)*, Trad. Hinestrosa, F. de la 8ª ed., con anotaciones de Kipp, T. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.