



**VNiVERSIDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento de Derecho Privado

Área de conocimiento: Derecho civil

Curso 2017/2018

TÍTULO

**La acción de rescisión por fraude de
acreedores.**

Nombre del estudiante: Jesús Carlos Pérez Pericacho.

Tutor: José Ramón García Vicente.

Junio 2018

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento de Derecho Privado

Área de conocimiento: Derecho Civil

**La acción de rescisión por fraude de
acreedores.**

**The action of rescission for creditors'
fraud**

**Nombre del estudiante: Jesús Carlos Pérez Pericacho
e-mail del estudiante: id00681678@usal.es**

Tutor: José Ramón García Vicente

RESUMEN: La acción de rescisión por fraude de acreedores tiene una importancia relevante en nuestro ordenamiento jurídico, en tanto en cuanto supone un medio de tutela del derecho de crédito de los acreedores que se vean perjudicados por actos realizados por el deudor, actos los cuales provocan una lesión o perjuicio económico que sufre el propio acreedor. Por ello, el propósito de la acción pauliana tiene que ver con remediar precisamente esa lesión que sufre el acreedor. Dicha lesión se manifiesta en el perjuicio que supone para el acreedor ese acto, por cuanto se disminuye con el mismo la garantía patrimonial del deudor y, con ello, la frustración de la satisfacción del derecho de crédito del acreedor. De ahí que dicha acción se articule como un remedio para conservar dicha garantía y poder así defender y garantizar el derecho de crédito de los propios acreedores. La doctrina así como la jurisprudencia son las que han ido matizando y estableciendo el régimen de la acción pauliana; llevando a cabo, asimismo, una paulatina objetivación del concepto de fraude como presupuesto de la acción que se ha visto reflejada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde hace bastantes años.

PALABRAS CLAVE: Contratos; Ineficacia; Rescisión de los contratos; Acción pauliana; Actos jurídicos fraudulentos.

ABSTRACT: The action of rescission for creditors' fraud has a relevant importance in our legal system, as long as that supposes a kind of way of guardianship of the creditors' credit right, who meet harmed by acts realized by the debtor, acts which provoke an injury or economic damage that the own creditor suffers. For it, the purpose of paulian action has to see in spite to remedy precisely this injury that the creditor suffers. The above mentioned injury is manifested in the damage that this act supposes for the creditor, since the patrimonial guarantee of the debtor is decreased by the same one and, with that, the frustration of the satisfaction of the creditors' credit right. Hence the above mentioned action it is articulated as a remedy to preserve the above mentioned guarantee and to be able to defend and to guarantee the credit right of the own creditor. The doctrine as well as the jurisprudence are those that they have been qualifying and establishing the regime of paulian action; carrying out, likewise, a gradual objectification of the fraud's concept as budget of the action that has been reflected in the jurisprudence of the Supreme Court.

KEYWORDS: Contracts; Inefficiency; Rescission of contracts; Paulian action; Fraudulent juridical acts.

ÍNDICE.

ABREVIATURAS.....	1
1. INTRODUCCIÓN.....	2
2. CONCEPTO Y FINALIDAD DE LA RESCISIÓN POR FRAUDE DE ACREEDORES.....	4
I. Concepto y finalidad.....	4
II. Contratos y otros actos rescindibles.....	13
3. REQUISITOS PARA EL EJERCICIO EFICAZ DE LA RESCISIÓN POR FRAUDE DE ACREEDORES.....	20
I. <i>Eventus damni</i>	21
II. <i>Consilium fraudis</i>	22
4. LEGITIMACIÓN.....	26
5. PLAZO DE LA RESCISIÓN POR FRAUDE DE ACREEDORES. “ <i>DIES A QUO</i> ” DE LA ACCION PAULIANA. CADUCIDAD.....	30
6. EFECTOS DE LA RESCISIÓN POR FRAUDE DE ACREEDORES.....	35
7. CONCURRENCIA DE LA ACCIÓN DE RESCISIÓN POR FRAUDE DE ACREEDORES CON LAS ACCIONES DE NULIDAD POR CAUSA ILÍCITA Y POR SIMULACIÓN.....	40
8. CONCLUSIONES.....	43
BIBLIOGRAFÍA.....	44
JURISPRUDENCIA.....	45

ABREVIATURAS.

CC: Código Civil.

TS: Tribunal Supremo.

P.ej.: Por ejemplo.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

LH: Ley Hipotecaria.

SS.: siguientes.

LECri: Ley de Enjuiciamiento Criminal.

CE: Constitución Española.

Art.: artículo.

LC: Ley Concursal.

1. INTRODUCCIÓN.

El punto de partida de este trabajo lo tenemos que encuadrar en una de las categorías de la ineficacia de los contratos, concretamente en la “*rescisión de los contratos*”. Concretamente, la rescisión de los contratos encuentra su regulación en los arts. 1290 y ss. del CC. La peculiaridad de la rescisión es que, en estos casos, el contrato nace, no tiene ningún tipo de vicios ni adolece de alguno de los elementos esenciales, si bien en un momento de su vida jurídica genera un perjuicio para determinadas personas y, para evitar el mismo, se rescinde el contrato (es decir, cesan sus efectos, su eficacia) mediante el empleo de una acción otorgada por el ordenamiento jurídico (acción rescisoria). Cabe decir, en suma, que es un supuesto de ineficacia sobrevenida excepcional que solo se da los supuestos recogidos en el art. 1291 CC, y subsidiario (art. 1294 CC) puesto que se utiliza como último recurso cuando hay un perjuicio y no hay otro medio de arreglarlo. Es decir, la rescisión es el remedio jurídico para la reparación de ese perjuicio.

Los supuestos de rescisión vienen enumerados en el art. 1291 CC, el cual señala que “*Son rescindibles: 1. ° Los contratos que pudieren celebrar los tutores sin autorización judicial, siempre que las personas a quienes representan hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquéllos. 2. ° Los celebrados en representación de los ausentes, siempre que éstos hayan sufrido la lesión a que se refiere el número anterior. 3. ° Los celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba.¹ 4. ° Los contratos que se refieran a cosas litigiosas, cuando hubiesen sido celebrados por el demandado sin conocimiento y aprobación de las partes litigantes o de la Autoridad judicial competente. 5. ° Cualesquiera otros en que especialmente lo determine la Ley*”.

El art.1295 CC señala, como efectos de la rescisión, el hecho de que el que la ejercita tiene que estar en condiciones de devolver aquello que recibió y, además, con sus frutos (es decir, la restitución de las cosas). Sin embargo dicho efecto no es aplicable a todos los supuestos anteriormente citados. En concreto, en el caso de rescisión por fraude de acreedores se verá que no se produce esa recomposición del patrimonio del deudor.

¹ Este será el concreto punto sobre el cual girará este trabajo.

Cabe mencionar de manera especial en este punto (si bien no será objeto de desarrollo en el trabajo) el último punto del art. 1291, dentro del cual podemos situar a las acciones de reintegración comprendidas en la LC, concretamente en el art. 71 LC. Dichas acciones siguen claramente, como se puede desprender de la lectura de dicho artículo, un criterio netamente objetivista puesto que en su apartado primero señala que “*son rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa..., aunque no hubiera existido intención fraudulenta*”. Es decir, cabe la rescisión por el simple perjuicio patrimonial a la masa del concurso, sin necesidad de esa intención fraudulenta. En este punto señala Rojo Álvarez-Manzaneda que “*la diferencia de la acción pauliana con respecto a las concursales por su fundamento, características y efectos, no ya solo se traduce en la distinta legitimación activa, sino también en diferentes consecuencias vinculadas no ya solo a que en las concursales se tiende a la reintegración de la masa frente a la pauliana que beneficia únicamente de modo directo al acreedor, sino además por la no exigencia para con aquellas del consilium fraudis*”.²

Visto de este modo una visión introductoria de la categoría en la cual se encuentra incardinada la acción pauliana o de rescisión por fraude de acreedores, así como ciertas pinceladas y supuestos concretos del régimen de la rescisión de los contratos, se puede proceder al análisis concreto de la mencionada acción. Para ello, habrá que situarse primeramente en un concepto de la misma para ver, entre otras cosas, su finalidad así como los actos que pueden ser rescindidos en virtud de ella. También se hará referencia a los presupuestos de ejercicio, así como la legitimación para ejercerla y los efectos de la misma pasando por el plazo de ejercicio de la acción. Por último, y no por ello menos relevante, conviene hacer referencia a la concurrencia con otras acciones, y ello a pesar de su distinto régimen jurídico (como pueden ser la acción por simulación y acción de nulidad por causa ilícita).

Como ayuda complementaria, en base a la dificultad del tema y dado el silencio del CC en ciertos aspectos (véase por ejemplo el *dies a quo* de la acción, entre otros) es evidente que hay que servirse de la jurisprudencia del TS. En este caso, concretamente se llevará a cabo un examen detallado de la jurisprudencia del TS en un periodo concreto (2010-2018)³, incardinando dicha jurisprudencia en cada punto a desarrollar.

² ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C, “Comentario a la sentencia del TS de 7 de septiembre de 2012”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2013, p. 5.

³ No obstante, también habrá menciones de alguna que otra sentencia anterior.

2. CONCEPTO Y FINALIDAD DE LA RESCISIÓN POR FRAUDE DE ACREEDORES.

2. I. CONCEPTO Y FINALIDAD.

La rescisión por fraude de acreedores, también llamada “acción pauliana”, se encuentra recogida en nuestro CC, concretamente en el variopinto Capítulo V del Título II del Libro IV, el cual hace referencia a la rescisión de los contratos. De este modo, concretamente, hablan de ella tanto los artículos 1111 como 1290 y ss. del CC.

Antes de entrar en el fondo de la cuestión resulta conveniente hablar sucintamente de la historia de la acción pauliana. Para entender y comprender cualquier tipo de institución, es conveniente hacer una pequeña referencia a dicha historia.

De ese modo, y antes de entrar en el meollo de la cuestión, básicamente hay que hacer referencia a dos antecedentes: el derecho romano y Las Partidas. Hay que señalar que la acción pauliana hunde sus raíces en el derecho romano y que se encontraba recogida, en la época del Imperio, en el Digesto (El Digesto recogió dos textos de Ulpiano en los que se contiene verdaderamente el origen de la acción⁴). Tanto la jurisprudencia del TS⁵ como numerosos autores coinciden en señalar y relacionar la acción pauliana con el interdicto fraudatorio (*interdictum fraudatorium*, para los acreedores), si bien este no es el único remedio relacionado con ella. Así, otro remedio contra el fraude originario del derecho romano es la *restitutio in integrum* (para el administrador concursal)⁶. Con dichos remedios lo que se pretendía era dejar sin efectos al acto jurídico atacado. Poco después, estos remedios se refundieron en una única acción⁷. Cabe decir en este sentido que dicha acción se ejercía con la única finalidad de conseguir la realización del cobro del crédito si el acto fraudulento no se hubiese llevado a cabo, es decir, tal y como dice la mencionada sentencia, “*no la condena de un comportamiento doloso, sino la reparación de la vulneración injustificada de un previo deber de cumplimiento*”.

⁴ JEREZ DELGADO, C, *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos (la acción de rescisión por fraude de acreedores)*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, p. 45

⁵ STS de 7 de septiembre de 2012, en su fundamento jurídico primero habla de los antecedentes históricos sobre la materia.

⁶ JEREZ DELGADO, C, *Los actos jurídicos...*, op., cit., p. 46.

⁷ Principalmente porque nos encontramos ya en una época en la que los interdictos quedan en desuso y cobran mayor protagonismos las acciones propiamente dichas.

El otro antecedente son Las Partidas de Alfonso X “El Sabio”. Con ellas (su redacción tuvo lugar entre 1256 y 1265) se pretendió unificar jurídicamente el reino, pretendió otorgarse una norma uniforme y estable vigente para todo el reino. Es evidente su importancia por la influencia que han tenido hasta nuestros días. Básicamente, buena parte de ellas llegaron hasta la época codificadora e, incluso, se traspasaron a los códigos. De ese modo, estas Partidas se mantuvieron vigentes hasta el nacimiento del CC español, el cual las sustituyó.

Concretamente el fraude de acreedores se encontraba recogido en la Partida V, relativa a los actos y contratos. Más específicamente se encontraba regulada en el Título XV, así decía: “*Como an los deudores a desamparar sus bienes quando non se atreuen a pagar lo que deuen e como deue ser reuocado el enajenamiento que los debdores fazen*”⁸. A modo de ejemplo, para ver parte de esa recepción en el CC de parte de las Partidas, se puede señalar un antecedente claro del artículo 1297.1 CC, el cual hace referencia a una de las dos presunciones que contiene, concretamente la relativa a la enajenación de bienes a título gratuito, la cual se presume hecha en fraude de acreedores. De este modo, la Ley VII, Título XV hace referencia a la misma, considera que en casos de enajenaciones sin ningún tipo de contraprestación (en vida o por testamento, es decir, por actos inter vivos o mortis causa), serán rescindibles esos actos cuando los acreedores no puedan cobrar sus créditos debido a la realización de los mismos.

Asimismo, en la mencionada STS se hace referencia también a las Partidas. En ella se señala que en la interpretación de las mismas se produjo una subjetivación del fraude para dejar un poco de lado el criterio objetivo, el cual es el *eventus damni, como elemento impulsor de la acción*. De ese modo, el *consilium fraudis* pasó a ocupar un papel preponderante a la hora de poder ejercitar la mencionada acción.⁹

Esta concepción se ha superado con la doctrina reciente del TS¹⁰. Así lo señala claramente la STS de 7 de septiembre de 2012 al señalar que “*esta Sala, de forma paulatina, ha consolidado un cambio o giro doctrinal en la concepción tradicional (la*

⁸ JEREZ DELGADO, C, *Los actos jurídicos...*, op., cit., p. 100.

⁹ Del *consilium fraudis*, así como del *eventus damni*, se hablará más adelante en el apartado relativo a los presupuestos de ejercicio de la acción.

¹⁰ La progresiva objetivación del fraude se ha venido efectuando desde hace tiempo, así numerosas sentencias lo confirman: STS de 7 de septiembre de 2012, STS de 5 de noviembre de 2013, STS de 3 de noviembre de 2015, entre otras, por citar las más recientes.

subjetiva) que venía caracterizando el ejercicio de la acción rescisoria (...), por una concepción más objetivable del fraude de acreedores y más funcional y flexible en su caracterización y requisitos de ejercicio, centrada en la protección patrimonial del derecho de crédito”.

Una vez vista la historia, se puede entrar a desarrollar y analizar el tema objeto de estudio. Así, hay que partir de un concepto de la rescisión por fraude de acreedores.

El artículo 1111 CC se ocupa de ella. Dicho artículo señala que *“Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona; pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho.”* así, de ese modo, los acreedores pueden impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho.

El esquema típico de esta acción es que una persona (el deudor) enajena o disminuye su patrimonio en favor de un tercero a través de un acto jurídico, mediante el cual produce una lesión del crédito que el acreedor tiene contra dicho deudor. De ese modo, los acreedores pueden impugnar esos actos del deudor en fraude de su derecho. Dicha acción permite satisfacer ese derecho de crédito, en tanto en cuanto *“deja sin efecto actos o contratos que originariamente fueron validos pero que devienen ineficaces exclusivamente en atención a los resultados que produce o que puede contribuir a producir”*¹¹.

La acción pauliana se convierte, así, en un poder, una facultad del acreedor para rescindir los actos que el deudor realice en fraude de su derecho. Es, en esencia, una de las medidas de tutela del derecho de crédito de los acreedores que recoge nuestro CC. Se puede incluso precisar esta afirmación aún más, en tanto en cuanto, tal y como señala la STS de 7 de septiembre de 2012, la complejidad de la aplicación de la acción [en relación a su ámbito de aplicación, pues nos movemos en torno a contratos y actos válidamente celebrados (art. 1290 CC)] hace que sea más que una facultad del acreedor, sino que *“viene configurado como un específico poder de impugnación consistente en el ejercicio de una acción personal que, con carácter general, posibilita a los acreedores para atacar la eficacia funcional de los actos fraudulentos celebrados por el deudor, en*

¹¹ ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C, “Comentario a la sentencia..., op., cit., p. 1.

la medida en que dichos actos determinen su incapacidad patrimonial en orden a la satisfacción de los respectivos créditos”.

Además, cabe decir que no es una acción de nulidad, sino que es una acción rescisoria pura. El acto impugnado no es nulo, sino que se trata, como ya se ha dicho, de un acto regularmente formado (art. 1290 CC, opera dicha acción sobre un contrato válidamente celebrado) pero que produce un perjuicio económico injusto para el acreedor. En este punto cabe decir que no nos interesa tanto el acto como la consecuencia que produce el mismo, que no es otra que la disminución de la garantía patrimonial que va en perjuicio de los intereses de los acreedores. Con ella se pretende el remedio del perjuicio causado a los acreedores defraudados¹². De Casto señala en este sentido que *“el ejercicio de la acción hace ineficaz relativamente (frente a los acreedores ejercitantes de la acción) el acto jurídico impugnado, es decir, por el ejercicio de la acción, un contrato que parecía eficaz, se demuestra ineficaz, respecto de uno, el actor de la acción”*¹³.

A su vez, tal y como señala Diez Picazo¹⁴, es un recurso subsidiario (art.1294 CC), al que únicamente es posible acudir *cuando no puedan cobrar de otro modo lo que se les debe*. De ese modo, los acreedores del deudor van a disponer de una acción de rescisión de los actos del deudor realizados en perjuicio del crédito del acreedor, al no poder éste *“cobrar lo que se le deba”* (art 1291.3 CC), debido principalmente a la situación de insolvencia patrimonial del deudor que le impide pagar sus obligaciones contraídas.

Además, otro de sus caracteres es que se trata de una acción personal. No se dirige contra los bienes, sino contra el acto que distrajo dichos bienes del patrimonio del deudor, es decir, contra el acto de enajenación llevado a cabo por el deudor (y, en su caso, adquirentes y subadquirentes). No es una acción real, no deriva de un derecho real, sino de un derecho de crédito. La prueba de la existencia y consiguiente titularidad del

¹² Afirma en este sentido Pinaglia-Villalon y Gavira que *“la aplicación del régimen de la nulidad provocaría unas consecuencias que exceden del objetivo perseguido ya que la nulidad tiene una trascendencia general o “erga omnes”, es decir, una ineficacia absoluta que alcanza a las partes y a los terceros. Respecto a los primeros, al ser nulo, el contrato no crea una verdadera vinculación entre las partes (la peculiaridad de la nulidad ataca al acto en sí mismo). Respecto a los terceros, puesto que la nulidad extiende sus efectos a los derechos y títulos basados en el negocio declarado nulo”*. PINAGLIA-VILLALON Y GAVIRA, J.I, *Perfiles de la acción de rescisión por fraude de acreedores en el Código Civil español*. Universidad de Sevilla, 2001, p. 255.

¹³ DE CASTRO Y BRAVO, F, La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los arts. 1911 y 1111 del Código Civil, *Revista de Derecho Privado*, 1932, p. 193 y ss.

¹⁴ DIEZ PICAZO, L. y GULLON, A, *Sistema de derecho civil, el contrato en general. La relación obligatoria*, Tecnos, Madrid, 2015, p. 219.

derecho de crédito es uno de los requisitos de la mencionada acción. La facultad reconocida al acreedor para ejecutar los bienes objeto del negocio fraudulento (y satisfacer así su derecho de crédito) no deriva de la existencia de un derecho real de garantía sobre dichos bienes, sino de la ineficacia del acto, del éxito de la impugnación. El acreedor ejercitante de la acción si ejecuta el bien no es en base a un derecho real de garantía sobre dicho bien, sino en base a la titularidad de un derecho de crédito una vez obtenida la ineficacia del negocio fraudulento (es ésta la que le permite ejecutar el bien para cobrar su crédito)¹⁵.

Una nota mencionada ha sido la de la subsidiaridad de la acción pauliana. Se señala en los artículos 1111 y 1291.3 CC, pero también el art. 1294 CC la recoge expresamente (“*La acción de rescisión es subsidiaria; no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio*”), si bien respecto a este último hay diversas opiniones en lo relativo a si realmente se puede considerar que dicho artículo recoja la mencionada subsidiaridad¹⁶.

La subsidiaridad implica que la acción se ejercitará cuando el acreedor no disponga de otros recursos para cobrar lo que se le deba, es decir, que no pueda conseguir por otros medios la realización de su crédito, de lo que se le debe. Ciertamente, y en paralelo a la progresiva objetivación del fraude que se ha venido llevando a cabo en la jurisprudencia del TS, también se ha ido flexibilizando el requisito de la subsidiaridad. Podría pensarse que, al señalar eso el artículo 1294, el acreedor tiene que ejercitar todo tipo de recursos legales y ya, en último término, cuando no disponga de ningún otro, podría usar la acción pauliana. Sin embargo, esto no es así. Lo que se ha venido diciendo en los últimos años por el TS es que es suficiente la “*acreditación de una significativa disminución de la garantía patrimonial del deudor que impida el cobro del crédito, y que no resulte necesario [...] que haya ejercitado otras posibles acciones para el cobro de su crédito*”¹⁷. En este mismo sentido se pronuncia Rojo Álvarez-Manzaneda al señalar que, en caso de exigir aquello, se le impondría al acreedor una carga demasiado exagerada. Así, dice que “*es exagerado interpretar la persecución de*

¹⁵ JORDANO FRAGA, F, *La acción revocatoria o pauliana. Algunos aspectos esenciales de su régimen en el derecho vigente*. Editorial Comares, Granada, 2001, p. 32-33.

¹⁶ FERNANDEZ CAMPOS, J.A: *El fraude de acreedores: la acción pauliana*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998. Dicho autor muestra su disconformidad con el hecho de fundamentar la subsidiaridad de la acción pauliana con, entre otros, el art. 1294 CC. Se basa en que el antecedente histórico del precepto (art 1170 del proyecto de CC de 1851) se refería a la rescisión por lesión, de ahí que entienda que dicho artículo solo se aplica a este último supuesto de rescisión. P. 80 y ss.

¹⁷ STS 21 diciembre de 2016 (fundamento jurídico 3º).

los bienes que exige el art.1294 CC en el sentido de que el acreedor tenga que seguir los procedimientos contra esos bienes hasta su final procesal, aun sabiendo que nada útil conseguirá. Iría en contra del principio de economía procesal que tuviese el acreedor perjudicado la carga de agotar previamente un proceso judicial para que se declare la insolvencia o la falta de bienes. No cabe, pues, imponer una carga extraordinaria de investigación y persecución de los bienes del deudor.”¹⁸ Por ello, la jurisprudencia afirma, tal y como se puede ver claramente en la STS de 3 de noviembre de 2015, que “no se considera necesaria la acreditación de la insolvencia del deudor en un juicio previo y se permite su prueba en el mismo proceso en donde se pretende la rescisión del acto o negocio fraudulento”.

Se puede afirmar que la subsidiaridad tiene 2 facetas¹⁹: una ya mencionada implícitamente, que no es otra que la insuficiencia del patrimonio del deudor para pagar, y la otra que es la relativa a los recursos legales de que dispone el acreedor (con la matización ya mencionada relativa al artículo 1294). Así, se ha ido flexibilizando por la jurisprudencia este requisito de la acción pauliana como es la subsidiaridad, pero matizando aun más ello, dicha flexibilización se ha dado o proyectado respecto de las dos facetas mencionadas. De este modo, como ya se ha dicho, no es necesario que el acreedor agote todas las acciones de las que pueda disponer para defender su derecho de crédito, sino que es suficiente que acredite el perjuicio, la lesión, la situación de indefensión que sufre como consecuencia de la realización de los actos fraudulentos. No es necesario, a su vez, que el acreedor venga dotado o provisto de un título ejecutivo para poder ejercer la acción pauliana²⁰, sino que es suficiente con que acredite la existencia de su derecho de crédito.

Por último, no es necesario que acredite la insolvencia patrimonial absoluta del deudor, es decir, la carencia de bienes, sino que es suficiente que pruebe la disminución notable del patrimonio del deudor (p. ej. basta con acreditar que se ha perseguido todo el patrimonio del que tenga conocimiento el acreedor)²¹ que haga difícil o imposible el cobro del crédito. De aquí se puede deducir que la carga de la prueba de la disminución notable del patrimonio del deudor corresponde al acreedor (aunque no tenga que probar

¹⁸ ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C, “Comentario a la sentencia..., op., cit., p. 6.

¹⁹ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R, *Comentarios al Código Civil. Tomo VII (arts.1265 a 1484)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 9220.

²⁰ STS de 7 de septiembre de 2012.

²¹ STS de 28 noviembre de 2013 (fundamento jurídico vigesimosegundo), STS de 7 de septiembre de 2012 y STS de 21 de diciembre de 2016.

la carencia total de bienes del deudor). Ello no es óbice para que el deudor tenga que colaborar en la manifestación de los bienes que posea, es decir, no por el hecho de que sea el acreedor el que tenga la carga de la prueba, ya va a poder olvidarse el deudor respecto de los deberes que le incumben en este aspecto.

También es preciso destacar en esta nota la posible presencia de fiadores o codeudores solidarios. En dichos casos el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de ellos, si bien no es una obligación de aquél el que tenga que dirigirse contra ellos, agotando de ese modo esa facultad para el posible ejercicio de la acción contra el deudor. En este sentido el art. 1144 CC señala que el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de ellos, si bien no señala que sea una obligación. La jurisprudencia ha señalado en este punto que *“conforme a la obligación de pago asumida por el cofiador, a efectos del ejercicio subsidiario de la acción, en estos supuestos de solidaridad es la insolvencia del deudor o fiador contra quien acciona el acreedor la que debe ser tomada en cuenta, con independencia del derecho del fiador solidario para accionar, a su vez, contra el deudor principal y los demás cofiadores. Siempre y cuando, claro está, concurren los demás presupuestos y requisitos para la aplicación de la acción rescisoria y su ejercicio no responda, en última instancia, a un abuso del derecho”*.²²

Todos estos datos, circunstancias y notas no hacen más que denotar y revelar la situación en la que se llega a encontrar el acreedor por la realización de estos actos y contratos realizados en fraude de su derecho, y esa situación no es otra que aquella en la que el acreedor se encuentra en indefensión (debida dicha indefensión por esa imposibilidad de cobro del derecho de crédito).

En cierto modo se puede hablar de una manera separada tanto del “concepto” como de la “finalidad” de la acción de rescisión por fraude de acreedores; sin embargo, es más conveniente estudiar dichos conceptos desde un punto de vista conjunto y no separado puesto que son dos términos que van indisolublemente unidos en el sentido de que el propio concepto de la acción pauliana ya te introduce su propósito o finalidad.

Al empezar a hablar del concepto de la acción pauliana, ya se mencionó que ésta constituye un poder, una facultad del acreedor para rescindir los actos que el deudor realice en fraude de su derecho. En esencia, ahí ya está implícitamente su finalidad o propósito, que no es otro que remediar, reparar, compensar el perjuicio que sufre el

²² STS de 21 de diciembre de 2016.

acreedor por la conducta del deudor. En cierto modo, ahí también se puede ver el perjuicio del crédito del acreedor que rescinde, en el sentido de que dicho crédito depende de la solvencia del deudor así como de su patrimonio²³.

En cierta manera estas dos ideas (la de la finalidad y la del perjuicio que sufre el acreedor) están muy unidas. Así, numerosos autores señalan que el fundamento, el soporte, la justificación de la rescisión por fraude de acreedores es eso (el remediar el perjuicio del acreedor por la conducta del deudor), es “recomponer”²⁴ el patrimonio del deudor para poder así satisfacer el crédito del acreedor, todo ello conforme al artículo 1911 CC (principio de responsabilidad patrimonial universal)²⁵. Se busca de este modo proteger el derecho de crédito del acreedor, bajo el fundamento primario de dicho principio.

Así, autores como Castán señalan que “*el derecho que tiene todo acreedor a que no sea disminuida la garantía que la ley le concede sobre todos los bienes del deudor*” es el fundamento o la finalidad misma de la propia acción²⁶. De Castro señala que “*la finalidad de la acción es evitar un perjuicio a una persona*”²⁷, y Diez Picazo afirma que dicha acción pretende la protección de los intereses de los acreedores.²⁸

Ello hay que relacionarlo con el mencionado art. 1911 CC en tanto en cuanto la acción pauliana se encuentra dentro de una serie de medidas que fundamentalmente se dirigen a proteger al acreedor, a proteger sus intereses, es decir, la satisfacción de su derecho de crédito, como consecuencia de la realización de un acto por el deudor que precisamente menoscaba dicho derecho. Es decir, constituye dicha acción un poder en manos del acreedor para conservar la garantía patrimonial.

La jurisprudencia se ha pronunciado también en este sentido y, de este modo, sentencias como la STS de 7 de septiembre de 2012 o la STS de 5 de noviembre de 2013 señalan que la acción pauliana se configura como “*un remedio paradigmático de la conservación de la garantía patrimonial del deudor, diseñado en torno a la*

²³ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R, *Comentarios al Código Civil...*, op., cit., p. 9207.

²⁴ Como se señalará adecuadamente en “*Los efectos de la acción pauliana*” conviene hacer una matización en este punto al hacer referencia a esa “recomposición” del patrimonio del deudor puesto que, en realidad, no se produce una reintegración del bien en el patrimonio del deudor.

²⁵ JEREZ DELGADO, C, *Los actos jurídicos...*, op., cit., p. 120.

²⁶ CASTAN TOBEÑAS, J, *Derecho Civil Español, común y foral*, Reus S.A, Madrid, 1989.

²⁷ DE CASTRO Y BRAVO, F, *La acción pauliana...*, op., cit., p. 202.

²⁸ JEREZ DELGADO, C, *Los actos jurídicos...*, op., cit., p. 120.

protección institucional del derecho de crédito, bajo el fundamento primario que otorga el principio de responsabilidad patrimonial del deudor (art. 1911 CC)”²⁹.

A lo anterior añade la STS de 7 de septiembre de 2012 que es dicha protección del derecho de crédito la que constituye el objeto y función de la acción rescisoria, proyectándose la misma sobre el interés patrimonial del acreedor buscando, de ese modo, tutelar su derecho de crédito. A su vez, cita a una sentencia anterior, la de 17 de julio de 2006, en la que “*se viene a confirmar el giro doctrinal en el objeto y función de la acción puesto que el acto o contrato que permite el ejercicio de la acción pauliana o rescisoria debe perjudicar al acreedor, minorando la solvencia del deudor, de modo que aquél no pueda cobrar lo que éste le debe; en definitiva, consiste en la frustración del derecho de crédito*”.

²⁹ STS de 5 de noviembre de 2013.

2. II. CONTRATOS Y OTROS ACTOS RESCINDIBLES.

Como se puede observar, a la vista de una lectura de los artículos 1111 CC y 1291.3 CC, dicho texto legal utiliza diferente terminología para ver en qué casos nos podemos servir de la acción pauliana. Así, en el primer artículo habla de “actos” (sin especificar en ningún caso la naturaleza de los mismos) y en el segundo de “contratos”. A pesar de que ello pudiera dar lugar a algún tipo de complicación no es ese el caso. La doctrina entiende que son rescindibles todos los actos del deudor, del tipo que sea. Si el CC se expresa de ese modo es por una sencilla razón: es evidente que los contratos van a constituir el medio usual de defraudación (generalmente, por ello, los actos rescindibles serán contractuales), pero ello no va a limitar el amplio margen de interpretación y actuación que concede el art. 1111 CC.

Para empezar a abordar la cuestión hay que señalar que los actos fraudulentos han de ser, tal y como dice Diez Picazo, perjudiciales para el acreedor y que mediante ellos se les defraude de manera real y no fingida³⁰. En el caso de estar ante una apariencia (es decir, ante una simulación) no iremos a la acción pauliana, sino a la de simulación, y con ello los efectos serán, evidentemente, distintos, pues con la primera se llega a la rescisión y con la segunda, a la nulidad³¹.

Dichos actos, además (y en relación con el propio objeto y finalidad de la acción pauliana) deben producir alteraciones que empeoren o disminuyan el patrimonio del deudor produciendo con ello una disminución de la garantía patrimonial del acreedor (es lo que la jurisprudencia viene exigiendo como idoneidad del acto o negocio causante de la lesión³²). Por ello, el acto debe tener contenido patrimonial que sea capaz de perjudicar a los acreedores. Sin embargo, ello no impide que el acreedor pueda reaccionar ante actos de ejercicio que no son patrimoniales en sentido estricto (p.ej. un arrendamiento, puesto que el dar en arrendamiento es una forma de simple goce, véase por ejemplo las facultades de gestión o administración), pero perjudiciales en todo caso respecto al mantenimiento de la garantía patrimonial³³. La doctrina, en este punto, considera que los actos deben tener carácter dispositivo, si bien también admite que

³⁰ DIEZ PICAZO, L. y GULLON, A, *Sistema de derecho civil...*, op., cit., p. 219. En los mismos términos se pronuncia a este respecto la profesora Carmen Rojo.

³¹ La relación de dichas acciones se puede ver con mayor detenimiento en el punto relativo a la concurrencia de la acción pauliana con las acciones de simulación y de nulidad por causa ilícita.

³² STS de 7 de septiembre de 2012.

³³ PINAGLIA-VILLALON Y GAVIRA, J.I, *Perfiles de la acción de rescisión...*, op., cit., p. 145.

también es posible revocar los actos de administración cuando son perjudiciales, así se pronuncia por ejemplo Fernández Campos³⁴.

Así, por ejemplo, un contrato de arrendamiento es impugnabile con dicha acción. Como regla general el mismo no afecta a la situación patrimonial del deudor, si bien no siempre es así. Se pronuncia en este sentido la STS de 3 de junio de 1967, en la cual se consideró celebrado un contrato de arrendamiento en fraude de acreedores. Señaló dicha sentencia que *“el otorgamiento de un contrato de arrendamiento muy beneficioso para el arrendatario hasta el punto de acarrear una real desvalorización, en perjuicio expresamente buscado de sus acreedores, de la única finca que poseía la demandada para responder de las deudas vencidas liquidas y exigibles en la fecha en que se confeccionó el contrato, posibilita el ejercicio de la acción de rescisión por fraude de acreedores”*.

En general los actos impugnables no son únicamente los fraudulentos, como se ha dicho también lo son aquellos actos que puedan llegar a incidir perjudicialmente en el propio patrimonio del deudor, que puedan incluso llegar a provocar su insolvencia y que, por ello, afecten a la posibilidad de dar satisfacción a la integridad de los créditos de los acreedores. Por ello, podemos encontrarnos con negocios de enajenación, actos que supongan una constitución de un derecho real sobre un bien del deudor (p.ej. usufructo o una hipoteca), renuncia abdicativa, asunción de obligaciones, etc. Es decir, la disminución patrimonial no solo puede producirse en los propios bienes como ocurriría en los negocios traslativos, sino también en el valor de éstos como ocurriría en los actos de disposición al constituir un gravamen, o en los actos de administración como por ejemplo en un arrendamiento. La jurisprudencia, en tal sentido, se muestra favorable al *“carácter abierto de la naturaleza o tipología de actos o negocios jurídicos impugnables por medio de la acción rescisoria”*³⁵.

Por ejemplo, respecto a la asunción de obligaciones, dice Diez-Picazo, que constituye un camino usual de la insolvencia. El acreedor perjudica a sus acreedores aumentando su pasivo³⁶, la asunción de obligaciones implica que haya que repartir el activo entre más acreedores y ello empeora la situación de los antiguos acreedores. La razón es, en opinión de la doctrina, que este acto puede llegar a poner en serio peligro el

³⁴ FERNANDEZ CAMPOS, J.A, *El fraude de acreedores...*, op., cit., p. 166-167.

³⁵ STS de 7 de septiembre de 2012.

³⁶ DIEZ PICAZO, L. y GULLON, A, *Sistema de derecho civil...*, op., cit., p. 224.

activo patrimonial y ello a pesar de que este acto no implica la disminución de su patrimonio. Díez Picazo pone el ejemplo del deudor que asuma la obligación de afianzar a un tercero, *“el acreedor de este podrá dirigirse contra su patrimonio, sustrayéndolo así a la acción de sus propios acreedores, por eso se debe afirmar la posibilidad de impugnación de negocios creadores de obligaciones hechos fraudulentamente (reconocimiento de deudas)”*³⁷.

En este punto cabe también destacar los actos de disposición al constituir un gravamen. Los actos que constituyen garantías o gravámenes se encuentran dentro de los actos impugnables mediante la acción pauliana en tanto en cuanto provocan una disminución del patrimonio del deudor al reducir el valor de los bienes, así como que tiene una potencial naturaleza dispositiva. Es decir, que desde que nacen provocan una merma o disminución en el valor del patrimonio del deudor y, además, esa potencial naturaleza dispositiva se traduce en que los bienes sobre los que recae dicha garantía puedan salir del patrimonio en un futuro (a lo que se sumaría la presencia de determinados acreedores privilegiados para la satisfacción de sus derechos de crédito frente a los acreedores que no lo sean)³⁸. Así, por ejemplo, respecto a una hipoteca, señala Jerez Delgado que *“si el deudor no pudo haber sido compelido al pago ni a la constitución de hipoteca al tiempo de constituirla, esta es revocable”*³⁹. De ese modo, aplica por analogía el art. 1292 CC (del que se hablará más adelante). Ya en relación con el carácter oneroso o gratuito de la prestación de garantía basta con decir que ésta es onerosa desde el momento en que se constituye contemporáneamente junto con la concesión del crédito (pues el crédito se concede a causa de aquella). Mientras que en caso de no ser así, para ver su onerosidad o gratuidad (en caso de ser sucesiva a la concesión del crédito) habría que ver las concesiones realizadas por el acreedor a cambio de la garantía (aplazamiento de pago, rebaja del tipo de interés, etc.).⁴⁰

También goza de notable importancia el acto que supone una renuncia (la cual entra dentro de los negocios o actos unilaterales). Así, por ejemplo, destaca aquí la ya mencionada “renuncia abdicativa”. El art. 6.2 CC señala que *“La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos solo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros”*. Estos

³⁷ DIEZ PICAZO, L. y GULLON, A, *Sistema de derecho civil...*, op., cit., p. 224.

³⁸ PINAGLIA-VILLALON Y GAVIRA, J.I, *Perfiles de la acción de rescisión...*, op., cit., p. 170.

³⁹ JEREZ DELGADO, C, *Los actos jurídicos...*, op., cit., p. 380.

⁴⁰ PINAGLIA-VILLALON Y GAVIRA, J.I, *Perfiles de la acción de rescisión...*, op., cit., p. 172.

actos abdicativos suponen simplemente la salida de un derecho de la esfera del deudor (p.ej. renuncia a un derecho de propiedad), y cuya particularidad es que no participa ningún tercero (a diferencia de los actos típicamente impugnables por dicha acción)⁴¹. Pues bien, este grupo de actos que perjudiquen los intereses de los acreedores son revocables.

Distinto de la no aceptación de la donación es la repudiación de la herencia⁴². En este punto merece una mención especial la misma por ser un supuesto próximo a los anteriores. El art 1001 CC protege a los acreedores perjudicados por el acto de repudiación otorgándoles una acción específica para que intervengan en defensa de sus créditos y permite a los acreedores solicitar al Juez la autorización que les permita aceptar la herencia en nombre del deudor. Pese a la diversidad de opiniones en relación al fundamento de dicha acción, la doctrina sí que mantiene, en todo momento, que se trata con dicha acción de otorgar protección a los acreedores, de proteger su crédito. Dicha acción se asimila con la pauliana en el hecho de que ambas sirven como medio para reaccionar ante los perjuicios que sufren los acreedores, sin embargo, son notablemente distintas.

Así, no hay un acto de disposición del deudor (nunca llegó a adquirir nada, solo ingresan los bienes hereditarios en el patrimonio del deudor si éste aceptara la herencia), éste no se empobrece, sino simplemente no se enriquece (a diferencia de la pauliana donde el acto de disposición disminuye el patrimonio del deudor). El perjuicio es común en ambas acciones, si bien el que se ocasiona como consecuencia de la repudiación tiene una regulación específica.

Así, dice Jerez Delgado, *“si del inventario de los bienes de la herencia resulta que una vez pagados los acreedores del causante quedaba un saldo positivo en favor del heredero, y se prueba que al repudiar la herencia el deudor provocó la pérdida de las expectativas de cobro de sus propios acreedores, el daño queda probado (la pérdida del ius delationis afecta negativamente a su patrimonio) y se activa la responsabilidad de los bienes de la herencia por las deudas del heredero repudiante. La herencia se*

⁴¹ Hay que separar estos actos susceptibles de mermar el patrimonio del deudor de aquellos que suponen simplemente la voluntad de no adquirir, de ni incrementar el patrimonio, como por ejemplo la donación. La no aceptación de la donación queda al margen puesto que nadie está obligado a enriquecerse, no se puede considerar como un acto de renuncia puesto que el que la lleva a cabo en ningún momento se despoja de un derecho.

⁴² A diferencia de la no aceptación de la donación, la repudiación de la herencia sí produce efectos jurídicos *ex lege*.

entiende “aceptada” en la medida necesaria para evitar el daño”⁴³, es decir, hasta el montante de las deudas y en la cuota hereditaria que le correspondía al deudor.

Por otra parte, también merece una especial mención los supuestos en que se llevan a cabo donaciones. En este punto hay que partir del art.643 CC, el cual es relacionado por gran parte de la doctrina con la acción pauliana. En estos casos, la donación es revocable por fraude de acreedores cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella. Se prefiere de este modo, frente al interés del donatario, al interés del acreedor. En cierto modo aquí se puede apreciar la objetivación del fraude (la cual también se ha mostrado en la jurisprudencia mas reciente del TS⁴⁴). Concretamente se trata de una presunción *iuris et de iuri* (no admite prueba en contrario), como se puede ver de la expresión usada en dicho precepto (“se presumirá siempre...”). De ese modo se prescinde de la culpabilidad o no del tercero, es decir, de su mala o buena fe.

Aun dicho todo lo anterior, no acaba aquí la cuestión, en tanto en cuanto dicho artículo hay que conjugarlo con el art.1297.1 CC al establecer este ultimo también una presunción de fraude de los actos gratuitos en el régimen de la pauliana. Dicha presunción también cabe decir que es “*iure et de iure*”. No nos importa la mala fe de las partes como fundamento de la acción, sino el perjuicio al acreedor. De la conjugación de ambos artículos se pueden sacar conclusiones. Así, la donación siempre es fraudulenta cuando es lesiva del derecho de crédito, pero los efectos de la revocación son distintos según sea el adquirente de buena o mala fe⁴⁵. Señala Jerez Delgado que “*la revocación de la donación se dará en todo caso si el donante es insolvente porque el donatario responde siempre de las deudas del donante cuando la donación es lesiva del derecho de crédito (art. 643 CC)*”⁴⁶. Pero el donatario puede probar su buena fe. Así, el donatario de buena fe responderá de las deudas del deudor donante en la medida del enriquecimiento, mientras que si es de mala fe deberá restituir la cosa o indemnizar por el valor de la misma.

Por último, también conviene hacer referencia al art. 1292 CC. Dicho artículo dice que “*son también rescindibles los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de*

⁴³ JEREZ DELGADO, C, *Los actos jurídicos...*, op., cit., p. 304.

⁴⁴ Véase por ejemplo la STS de 7 de septiembre de 2012

⁴⁵ JEREZ DELGADO, C, *Los actos jurídicos...*, op., cit., p. 189.

⁴⁶ JEREZ DELGADO, C, *Los actos jurídicos...*, op., cit., p. 188.

obligaciones a cuyo cumplimiento no podría ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos". Afirma Orduña Moreno que este es un supuesto en que el deudor realiza el pago de otra deuda y que "*su régimen de responsabilidad es objetivo* (en tanto en cuanto solo se requiere el estado de insolvencia del deudor y la inexigibilidad de la obligación en el momento de hacerse el pago), *y afecta tanto a los pagos de deudas inexigibles como a los pagos anticipados*"⁴⁷. Hay que aclarar que son muchas las opiniones que se pueden encontrar al respecto, si bien todas ellas tienen un punto en común, que no es otro que el admitir que los pagos hechos de manera anticipada son válidos y justos (puesto que el deudor cumple con su obligación y el acreedor ve satisfecho su derecho de crédito); sin embargo, ello no es obstáculo para, a su vez, admitir la revocabilidad de ciertos pagos realizados anticipadamente que pueden ir en perjuicio de los acreedores. También la doctrina señala que lo único que hay que apreciar para que se pueda rescindir este tipo de pagos es la prueba del perjuicio hacia el acreedor.

Para empezar, Jerez Delgado considera que de dicho precepto se puede extraer un principio: "*la preferencia del interés de los acreedores que lo son por cuenta de obligaciones vencidas y exigibles sobre el interés de los demás acreedores; o, al menos, excluye del principio de protección del acreedor diligente a aquellos acreedores que al tiempo del pago no estaban en condiciones de compeler al deudor a hacerlo*". En este punto, cuando se dé el supuesto del art.1292 CC (pago en estado de insolvencia del deudor por cuenta de deudas inexigibles al momento de hacerse el mismo) y se perjudique a los acreedores, el pago es revocable. Es decir, el fundamento de la revocabilidad se encuentra en que cabe presumir el fraude cuando un deudor, en situación económica deficitaria, realiza un pago antes de tiempo, disminuyendo así las posibilidades de satisfacción del resto de créditos de los acreedores, puesto que hace a cierto acreedor de mejor condición que aquellos.

Aquí es donde hay diversidad de opiniones en la doctrina respecto a que pagos podemos encuadrar en dicho artículo. En líneas generales, podemos ver que en el art. 1292 CC se pueden encuadrar, entre otros, los siguientes pagos: pagos de obligaciones inexigibles (p.ej. una deuda de juego), pagos de una obligación sometida a condición,

⁴⁷ ORDUÑA MORENO, F.J, *La acción rescisoria por fraude de acreedores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Análisis de su concepto y de los presupuestos y requisitos para el ejercicio de la acción*, JB, 1992, p. 159.

pagos anticipados (éste es el supuesto típico en el que parece pensar el legislador al redactar dicho artículo), y pagos de una obligación natural. En todos estos supuestos no importa la intención de las partes, puesto que nos encontramos ante un precepto en el que el fraude ha sido objetivado, como bien se ha señalado anteriormente.

La única dificultad en este punto vendría en relación con los pagos anticipados, puesto que hay que poner en relación el art.1292 CC con el art.1129.1 CC. Éste señala que *“perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda”*. En este sentido, señala Díez Picazo que *“si paga en estado de insolvencia, paga cuando la deuda ya es exigible precisamente por reclamación del acreedor, que no tiene que esperar a su vencimiento. Pero si el acreedor no da, pese a la insolvencia, por vencida la deuda, habrá un pago anticipado rescindible”*⁴⁸.

⁴⁸ DIEZ PICAZO, L. y GULLON, A, *Sistema de derecho civil...*, op., cit., p. 223. En este sentido se pronuncia García Vicente al señalar que *“debe recordarse que para que se produzca el vencimiento anticipado del crédito el acreedor debe así reclamarlo”* (BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R, *Comentarios al Código Civil...*, op., cit., p. 9217.)

3. REQUISITOS PARA EL EJERCICIO EFICAZ DE LA RESCISIÓN POR FRAUDE DE ACREEDORES.

De la lectura de los artículos del CC relativos a la rescisión de los contratos no se puede extraer ni ver ningún artículo dedicado a los requisitos de la acción pauliana. Sin embargo, ello no sirve como para decir que la acción pauliana no tiene ninguna serie de presupuestos. En la construcción de estos presupuestos ha contribuido notablemente no solo la doctrina, sino también la jurisprudencia. Es más, en este sentido se pronuncia la STS de 5 de julio de 2010, que señala que *“la configuración de los requisitos de la acción es eminentemente jurisprudencial”* pasando a continuación a elaborar una relación de los diferentes requisitos: *“1) Que exista un crédito a favor del actor; 2) Que el crédito sea exigible frente al demandado; 3) Que se ejecute un acto de transmisión de bienes por el deudor a favor de terceros; 4) Que el crédito sea anterior al acto perjudicial que se impugna; 5) Que el acreedor no tenga otro recurso legal para el cobro de lo que se le adeuda; 6) Que el deudor realice el acto conociendo o debiendo conocer que resulta perjudicial para sus acreedores; 7) Que la acción se ejercite en tiempo.”* Toda esta enumeración constituye la serie de presupuestos que deben darse para que podamos entablar la mencionada acción, si bien la jurisprudencia ha hecho *“hincapié en la progresiva objetivación del fraude y el papel más preponderante de la lesión del derecho de crédito (eventus damni) como eje impulsor de la acción”*⁴⁹. Por ello, es conveniente hacer cierta referencia a los mismos, aunque principalmente hay que detallarse en 2 en concreto (el eventus damni y el consilium fraudis, con las matizaciones que conviene ver en cada uno de ellos).⁵⁰

Antes de proceder al análisis de los presupuestos principales sí que es cierto que conviene decir que, para que pueda prosperar la mencionada acción, es necesario un acto del deudor mediante el cual disminuya su garantía patrimonial provocando el perjuicio de sus acreedores produciendo como resultado la insatisfacción de los intereses de aquellos, es decir, de la satisfacción de sus créditos.

⁴⁹ STS de 5 de noviembre de 2013.

⁵⁰ Respecto a la anterioridad del crédito véase el apartado relativo a la legitimación. En cuanto al requisito de que no haya otro recurso legal para el cobro (subsidiaridad) véase el apartado anterior relativo al concepto de la acción pauliana. Y respecto al ejercicio de la acción en tiempo véase el comentario realizado en el apartado relativo al plazo de ejercicio de la acción.

3. I. EL *EVENTUS DAMNI*.

El *eventus damni* (o perjuicio para el acreedor) de manera genérica se puede decir que consiste en el perjuicio que sufre el acreedor como consecuencia de la enajenación llevada a cabo por el deudor que provoca una disminución en el patrimonio de éste impidiendo de ese modo la satisfacción del crédito del acreedor. De ese modo se produce un perjuicio económico al acreedor. Es decir, este presupuesto consiste en la lesión efectiva del derecho de crédito del acreedor derivada del acto impugnado.

Es en este punto donde muchos autores consideran que hay un tercer requisito (junto con los dos principales ya nombrados) que es el del nexos causal: el daño sufrido por el acreedor ha de ser consecuencia del acto impugnado, es decir, tal y como señala García Vicente “*debe haber una conexión causal entre el acto impugnado y la imposibilidad de cobrar*”⁵¹.

En cierto modo este presupuesto, dice Jerez Delgado, “*se refiere normalmente a la insolvencia del deudor provocada por la realización del acto jurídico, de manera que no hay posibilidad de satisfacer íntegramente el crédito más que impugnando el acto*”⁵². Es decir, que según ello se requeriría la insolvencia del deudor. Aquí conviene hacer una matización, pues dicha exigencia no es tal. La jurisprudencia ha matizado la exigencia de la insolvencia y es en este punto donde podemos entablar una relación entre la ya explicada subsidiaridad de la acción y el *eventus damni*. Puesto que ya se explicó aquella en su momento basta con decir que no se requiere que se acredite la insolvencia total del deudor (la insolvencia no se identifica aquí con la absoluta carencia de bienes por parte del deudor), sino que vale con que los bienes de que dispone no sean suficientes para satisfacer a los acreedores disminuyendo la garantía patrimonial, así como que tampoco es preciso una persecución previa por el acreedor de todos los bienes del deudor, sino solo acreditar que no quedan bienes libres conocidos para satisfacerse.

La jurisprudencia, al interpretar la exigencia de fraude ha venido adoptando una posición alejada del criterio tradicional (es decir, el subjetivista) para señalar que el fraude hace referencia al daño al crédito, a la lesión del derecho de crédito (*eventus damni*) (STS de 7 de septiembre de 2012, STS de 5 de noviembre de 2013, STS de 18

⁵¹ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R, *Comentarios al Código Civil...*, op., cit., p. 9209.

⁵² JEREZ DELGADO, C, *Los actos jurídicos...*, op., cit., p. 126.

de junio de 2014). De ese modo, se considera al *eventus damni* como presupuesto impulsor del ejercicio de la acción pauliana.

Así, por ejemplo, la STS de 12 de julio de 2011 recoge lo que se ha ido diciendo y señala que *“el perjuicio al acreedor implica que el acto tachado de fraudulento provoque tal disminución en el patrimonio del deudor, que el acreedor quede sin posibilidad de ver satisfecho su derecho de crédito; no es preciso que pruebe la insolvencia del deudor”*. En este punto cabe decir que, si bien no es necesario acreditar la insolvencia del deudor, la jurisprudencia califica a la misma como presupuesto material de la lesión del derecho de crédito, en tanto en cuanto, *“la imposibilidad de cobrar viene determinada normalmente por la insolvencia del deudor, de ahí la estrecha relación entre perjuicio e insolvencia”*⁵³. Así, la STS de 7 de septiembre de 2012 señala que *“la insolvencia debe representar una alteración del estado patrimonial del deudor consistente en una significativa merma o disminución de su garantía patrimonial en relación con el importe derivado de la reclamación de las deudas (...) y que dicha merma debe perdurar en el momento en que se ejerciten las correspondientes medidas de protección o tutela del derecho de crédito”*.

3. II. EL CONSILIUM FRAUDIS.

El *consilium fraudis* podemos decir que constituye el otro gran presupuesto para el ejercicio de la acción pauliana, si bien con las matizaciones que a continuación se señalarán. Éste es entendido como la confabulación entre deudor y tercero adquirente: el deudor tiene (o debe tener) conciencia de perjudicar y el adquirente conocer dicho perjuicio (es decir, entendido dicho presupuesto como *“propósito o intención de defraudar en perjuicio del acreedor y situado en la línea de culpa”*⁵⁴). Si bien, a pesar de lo anterior, no es necesario que exista la intención, voluntad, de dañar o causar perjuicio al acreedor, siendo suficiente el conocimiento de dicho daño, *“basta que conozca o no pueda diligentemente ignorar que el contrato causa un perjuicio al acreedor”*⁵⁵. No se precisa la voluntad de perjudicar al acreedor. Tal y como dice García Vicente *“no parece necesaria la constatación de ninguna suerte de intención dañosa puesto que la rescisión no es un reproche a la conducta del deudor ni del tercero sino una medida de protección del derecho de crédito que tiene que justificarse*

⁵³ PINAGLIA-VILLALON Y GAVIRA, J.I, *Perfiles de la acción de rescisión...*, op., cit., p. 182.

⁵⁴ ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C, “Comentario a la sentencia...”, op., cit., p. 2

⁵⁵ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R, *Comentarios al Código Civil...*, op., cit., p. 9210.

en elementos referidos a tal derecho”⁵⁶. Es decir, no se requiere un “*animus nocendi*” (intención o propósito de perjudicar con el acto fraudulento al acreedor), sino que basta la “*scientia fraudis*”, es decir, la conciencia o conocimiento de que se causa un perjuicio (si bien no se excluye que el propio deudor tenga intención, voluntad de perjudicar o dañar al acreedor).

Tradicionalmente se adoptó una postura subjetiva en torno al fraude (como ya se ha ido diciendo), en tanto en cuanto se consideraba que el fraude se podía apreciar y exigir cuando se diese la intención de dañar, cuando el deudor actuara con propósito de perjudicar a sus acreedores (impidiendo que cobraran lo que se les debía, es decir, lesionando su derecho de crédito). A pesar de ello, se ha ido objetivando progresivamente dicho fraude hasta el punto de no exigir dicha intención, sino siendo suficiente (como ya se ha mencionado) que el deudor sea consciente del perjuicio que causa, que conozca o deba conocer (diligencia exigible) que como consecuencia de la realización de dicho acto no va a tener bienes bastantes para satisfacer las deudas que tiene con los acreedores, que se va a mermar su garantía patrimonial lesionando los intereses de los acreedores. En defensa de esa objetivación también se puede argumentar que, de haberse mantenido dicha subjetivación, se hubiera puesto al acreedor en una situación de indefensión y de insatisfacción de su crédito debido a la evidente dificultad de probar ese propósito fraudulento del deudor (es evidente que esa intención de perjudicar es muy difícil de acreditar).

En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia en sentencias recientes. Una de ellas es la STS de 25 de junio de 2010 que señala que “*Uno de los requisitos de la acción pauliana es el del propósito de defraudar ("consilium fraudis"). Es preciso que haya propósito defraudatorio, tanto del que enajena, como del que adquiere la cosa objeto de la enajenación. La exigencia ha sido flexibilizada por la doctrina jurisprudencial en el sentido de que no se requiere malicia en el vendedor, ni intención de causar perjuicio en el adquirente, bastando la conciencia de que se puede ocasionar dicho perjuicio a los intereses económicos de la parte acreedora. El "consilium fraudis" se entiende de manera amplia como "conciencia en el deudor del empobrecimiento real o fingido que causa al acreedor". Basta que el deudor -enajenante- haya conocido o debido conocer la eventualidad del perjuicio. Pero se requiere también la complicidad*

⁵⁶ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R, *Comentarios al Código Civil...*, op., cit., p. 9210.

o el conocimiento de la persona con quien se contrata. Para este conocimiento resulta suficiente la conciencia de causar daño o perjuicio -"scientia fraudis" (se pronuncian así también la STS de 12 de julio de 2011, STS de 7 de septiembre de 2012, STS de 26 de octubre de 2012, STS de 18 de junio de 2014, STS de 3 de noviembre de 2015).

Estas dos últimas sentencias añaden que *“se ha sustituido la exigencia del ánimo o propósito de perjudicar por el mero conocimiento del deudor -scientia fraudis- o, relacionándolo con la negligencia, por el deber de haberlo conocido”* (STS de 18 de junio de 2014), y que *“para que tenga éxito la acción rescisoria ya no se exige necesariamente la prueba de una actividad intencionada y directamente dolosa, basta la simple conciencia de causar el daño al acreedor y así lo ha declarado esta Sala, llegando a alcanzarse cotas de cuasi objetividad si el perjuicio se ocasiona por simple culpa civil o impremeditación. Importa la diligencia para conocer más que al exacto grado de conocimiento. El elemento central de la acción pasa a ser el daño, consistente en el perjuicio del acreedor derivado de la minoración de la solvencia del deudor que le impide cobrar lo que éste le debe; en definitiva, la frustración del derecho de crédito”*, (STS de 3 de noviembre de 2015 citando, a su vez, a la STS de 7 de septiembre de 2012).

A todo lo anterior la STS de 7 de septiembre de 2012 añadió que este presupuesto quedaba más como un elemento de carácter accesorio pero *“especialmente indicado para corroborar el fraude intencionado o doloso en aquellos casos en que pueda gestarse con anticipación al momento del nacimiento del derecho de crédito ante la previsibilidad de su próxima y segura existencia”*.

En resumen, lo relevante para el ejercicio de la acción es el perjuicio al acreedor y que dicho daño o perjuicio sea conocido o hubiera debido conocerse por el deudor; de esta manera queda así configurado el fraude.

En este punto cabe decir que el CC facilita la prueba del fraude con una serie de **presunciones** legales. El art. 1297 CC sienta 2 presunciones y así señala que *“se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito. También se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso, hechas por aquellas personas contra las cuales se hubiere pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes”*. La primera (respecto de los contratos

gratuitos) es una presunción *iuris et de iure* (es decir, no admite prueba en contrario), mientras que la segunda (respecto a los contratos onerosos) es *iuris tantum* (es decir, que sí admite prueba en contrario).

La primera de las presunciones se pone en relación con los arts. 643 CC y 37.4.a) LH⁵⁷. En este punto la razón de esta presunción es que “*entre amparar un beneficio y evitar un perjuicio debe optarse por esto último*”⁵⁸, hay que proteger a los acreedores, concretamente a sus intereses (es decir, la satisfacción de su derecho de crédito). Señala así Jerez Delgado, que “*por la debilidad de la causa gratuita, la enajenación puede revocarse a fin de evitar la lesión del derecho de crédito*”. Además, nos da igual la buena o mala fe del tercero adquirente, en base a la razón anterior, debido a que no es justo que un adquirente a título gratuito de buena fe se beneficie y enriquezca a costa de los acreedores, los cuales sufren un perjuicio que como tal hay que evitar.

La segunda de las presunciones se debe poner en contacto con el art.37.4.b) LH y es en este punto donde parece necesaria la mala fe del adquirente⁵⁹. García Vicente hace referencia a ciertos indicios que permiten constatar la existencia del fraude en estos contratos onerosos: así, por ejemplo, menciona la proximidad entre las partes, la clandestinidad del contrato, la falta de acreditación del precio, la proximidad de un posible concurso en relación con la fecha de celebración del contrato, etc.⁶⁰

Por último, y ya en relación con los 2 presupuestos vistos, cabe decir que el TS no se puede desviar de los criterios apreciados por el juez de instancia. Así, la STS de 23 de marzo de 2011 señala que “*la existencia del acuerdo, de la complicidad o del conocimiento defraudatorio es una cuestión de hecho sometida a la valoración de la prueba, de la exclusiva competencia de los Tribunales de instancia. La doctrina jurisprudencial se refiere a la fijación de los hechos determinantes del fraude, pues dado que éste es un concepto jurídico indeterminado, la ponderación de aquellos en orden a la determinación de la significación jurídica fraudulenta es revisable en casación, consistiendo el juicio casacional en un control de la razonabilidad jurídica*” (en este sentido también se pronuncia la STS de 18 de junio de 2014).

⁵⁷ En este punto, véase el comentario relativo a los contratos y otros actos rescindibles en el cual se hace una mención detallada de la relación entre esos artículos con respecto a la donación como posible acto rescindible.

⁵⁸ JEREZ DELGADO, C, *Los actos jurídicos...*, op., cit., p. 163.

⁵⁹ Véase sobre este asunto el apartado de los efectos de la acción pauliana.

⁶⁰ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R, *Comentarios al Código Civil...*, op., cit., p. 9230.

4. LEGITIMACIÓN.

La acción pauliana es una facultad del acreedor, de ahí que la legitimación activa para el ejercicio de dicha acción corresponda, con carácter general, a los acreedores, es decir, a los titulares de derechos de créditos que se vean afectados por los actos fraudulentos del deudor.

Como tal, es evidente que puede haber varios acreedores, sin embargo, no es necesario que todos ellos la ejerciten de una manera conjunta, sino que es suficiente con que cada uno la ejercite por sí mismo para conseguir la rescisión del acto fraudulento, es decir, para conseguir la ineficacia de dicho acto.

De lo anterior se puede deducir que la fundamentación de la legitimación del acreedor para el ejercicio de la acción se encuentra en el propio crédito, en tanto en cuanto, tal y como dice Jerez Delgado, “*está legitimado para el ejercicio de la acción el titular de un derecho de crédito que se haya visto afectado por un acto jurídico realizado por su deudor insolvente de tal modo que no pueda cobrar su crédito*”⁶¹. Como tal acción personal que es, la legitimación corresponde al acreedor perjudicado por el acto realizado por el deudor. Además, la ineficacia del acto es relativa, en tanto en cuanto solo afecta al acreedor que la ejercita, y parcial, pues solo se subsana el perjuicio sufrido por ese acreedor accionante⁶². Los efectos de la rescisión solo le benefician a él (al acreedor actor), en el sentido de que los bienes no se reintegran en el patrimonio del deudor a beneficio de todos los acreedores (pues si así fuera todos verían restituida su garantía patrimonial), sino que solo devienen ineficaces los actos del deudor en relación con dicho acreedor para que éste pueda cobrar lo que se le debe en las condiciones en las que estaba antes de la realización de dicho acto fraudulento impugnado.

Se ha venido exigiendo como presupuesto de ejercicio de la acción la existencia de un crédito vencido y exigible, anterior al acto fraudulento, si bien esta exigencia se ha flexibilizado en los últimos años, toda vez que no es necesaria esa exigibilidad del mencionado crédito. Sí que es cierto que el crédito ha de ser anterior al acto o negocio fraudulento, si bien no es relevante que sea o no exigible. Así se pronuncia en este sentido la STS de 25 de junio de 2010, la cual señala que “*si bien uno de los requisitos*

⁶¹ JEREZ DELGADO, C, *Los actos jurídicos....*, op., cit., p. 121.

⁶² STS de 18 de abril de 2013.

de la acción rescisoria es la existencia de un crédito contra el dueño del bien enajenado anterior al acto rescindible, sin embargo ello ha de entenderse en términos generales, toda vez que no es necesario que sea exigible ni que esté reconocido por el deudor, e incluso no se excluye la posibilidad de un crédito futuro en el caso de próxima y segura existencia posterior”.

De lo dicho también es evidente que no todos los acreedores van a poder ejercitar dicha acción. De ese modo, los acreedores que tengan un derecho de crédito posterior al negocio de disposición no van a poder ejercerla. Es decir, estos nuevos o posteriores acreedores van a disfrutar de una nueva garantía patrimonial con fundamento en el artículo 1911 CC, si bien esta será nula o disminuida, principalmente porque aquellos que contraten con posterioridad poca garantía patrimonial van a encontrarse, en tanto en cuanto que los anteriores acreedores han ejercitado precisamente la acción como respuesta a la disminución del patrimonio por el acto que lesiona su derecho de crédito y que merma su garantía patrimonial. En otras palabras, tal y como señala la STS de 7 de septiembre de 2012, *“si dicha insuficiencia existiera con anterioridad no se daría el correlato lógico del perjuicio al nacer el crédito sin garantía patrimonial de realización”.*

A su vez, parece evidente, y en efecto así se produce, que cuando el titular del derecho de crédito dispone de garantía patrimonial suficiente para realizar su crédito o cobrar lo que se le debe, ahí no va a disfrutar de legitimación para ejercer dicha acción. Así, por ejemplo, si hay una hipoteca sobre ciertos bienes y el acreedor puede cobrar lo que se le debe procediendo a ejecutar contra dichos bienes hipotecados, es obvio que no podrá ejercer dicha acción principalmente porque no hay en ningún momento ningún perjuicio. Otra cosa es que dicha garantía sea insuficiente en relación con el crédito (que el valor del bien sea inferior al del crédito por ejemplo), en cuyo caso sí que se podrá ejercer dicha acción.

Es interesante traer a colación, en este apartado, un supuesto en que los legitimados no son los acreedores perjudicados, sino la sindicatura de un concurso de acreedores. La STS de 18 de abril de 2013 recoge un caso en que se discute acerca de la legitimación de la sindicatura de un concurso para poder ejercitar o no la acción pauliana. Tanto en primera instancia como la Audiencia Provincial estimaron la falta de legitimación activa de dicha sindicatura. Ambas aducían lo que se ha venido comentando hasta ahora, es

decir, que dicha acción solo la podía ejercitar el acreedor afectado de manera individual. El problema viene de ver quien está legitimado para ejercitar una acción extraconcursal (como la pauliana), si el acreedor perjudicado individualmente o la sindicatura, así como sus efectos, es decir, si solo se va a beneficiar a ese acreedor afectado o si debe beneficiar a todos los acreedores en aras a mantener la *par conditio creditorum*. Es evidente que en las propias acciones concursales de reintegración la legitimación para el ejercicio de las mismas corresponde a todos los acreedores, es decir, a la sindicatura del concurso, principalmente porque ésta es la que recoge y aúna los intereses de todos los acreedores y, además, en caso de prosperar cualquiera de esas acciones (en cuyo caso se reintegraría el patrimonio del deudor en tanto en cuanto éste constituye la garantía de los acreedores) se va a beneficiar a todos los acreedores en su conjunto, en tanto en cuanto va a aumentar la masa activa del deudor y, como consecuencia, va a ser más fácil la realización de los créditos.

Yendo al centro de la cuestión, el TS se pronuncia y ofrece como argumento lo dicho anteriormente sobre las acciones concursales. En tal sentido, señala que la legitimación corresponde a la sindicatura del concurso, pues es ésta el órgano que aúna los intereses de la masa y de todos los acreedores. De ese modo, lo obtenido revierte a la masa del concurso, si no fuera así, lo que ocurriría es que se afectaría al principio mencionado antes, a la *par conditio creditorum* y, de ese modo, los acreedores no serían tratados por igual, lo cual supondría que se malbarataran los derechos de los acreedores que no han ejercitado la acción pauliana.

En este sentido, también señala el TS que la “*administración concursal está legitimada para el ejercicio de cualquier acción de reintegración, una vez declarado el concurso, entre las que se encuentra la acción pauliana*”.

Por todo ello, al final el TS da la razón a la sindicatura del concurso de acreedores y deja sin efecto el fallo de la sentencia de la Audiencia Provincial.

Respecto de la legitimación pasiva, es evidente que la acción pauliana se dirige contra el deudor que realiza el acto o contrato fraudulento, pero también se dirige contra el tercero que celebró con dicho deudor ese acto.

Tal y como dice Diez Picazo, “*si ese tercero después lo enajenó a un subadquirente, debe ser también demandado este último cuando la enajenación se hizo a título gratuito*”.

o a título oneroso, siempre, en este último caso, que conozca el carácter fraudulento de la adquisición del que trae causa”⁶³.

Es decir, la legitimación pasiva corresponde al deudor, al tercero que realizó el acto con el deudor y, a su vez, a todos aquellos subadquirentes de mala fe (en caso de enajenaciones a título oneroso) o a los que lo sean a título gratuito.

En este sentido es preciso destacar también que ocurre en los casos en que hay fiadores o codeudores solidarios. En este aspecto hay numerosa jurisprudencia que se ha pronunciado respecto a dicho tema⁶⁴. La jurisprudencia, así como algún que otro autor, se han manifestado en tal sentido y han señalado que se puede ejercitar la acción contra ellos (si bien no es necesario acudir a todos y cada uno de ellos para cumplir con el presupuesto de la subsidiaridad). Así, por ejemplo, Martín Pérez señala que *“es posible ejercitar dicha acción frente a uno de esos codeudores solidarios con independencia de la solvencia del resto”*⁶⁵. El acreedor puede dirigirse directamente contra cualquiera de ellos, sin tener que ir primero hacia el deudor principal. Así, por ejemplo, la STS de 3 octubre de 1995 señala que la subsidiaridad de la acción de rescisión por fraude de acreedores *“no cabe entenderla cual un derecho absoluto y quiebra en los supuestos de concurrencia de solidaridad”*. Sigue diciendo la mencionada sentencia que *“en estos supuestos de solidaridad es la solvencia o insolvencia del deudor o fiador contra quien acciona el acreedor, la que debe ser tenida en cuenta, con independencia del derecho que tiene ese concreto fiador solidario para accionar contra el deudor principal y los demás cofiadores”*. De ese modo se puede decir que todos ellos disfrutan de la legitimación pasiva y se puede efectuar el ejercicio de la acción contra ellos.

⁶³ DIEZ PICACO, L. y GULLON, A, *Sistema de Derecho civil...*, op., cit., p. 221.

⁶⁴ STS de 10 de abril de 1995, STS de 3 de octubre de 1995 o STS de 21 de octubre de 1998.

⁶⁵ JEREZ DELGADO, C, *Los actos jurídicos...*, op., cit., p. 123 in fine.

5. PLAZO DE LA RESCISIÓN POR FRAUDE DE ACREEDORES. CADUCIDAD Y “DIES A QUO” DE LA ACCION PAULIANA.

Al hablar del plazo de cualquier acción resulta conveniente hablar de una serie de aspectos para poder comprender todo lo relativo al mismo. De ese modo, son 3 las cuestiones que hay que abordar en relación con el plazo de la acción pauliana (todas ellas vienen mencionadas en el título del apartado). Son las siguientes: si estamos ante un plazo de caducidad o de prescripción, la duración de dicho plazo y el día a partir del cual se produce el cómputo de dicho plazo (también conocido como *dies a quo*).

El plazo de la rescisión por fraude de acreedores viene recogido en el art. 1299 CC, que señala que “*La acción para pedir la rescisión dura cuatro años. Para las personas sujetas a tutela y para los ausentes, los cuatro años no empezarán hasta que haya cesado la incapacidad de los primeros, o sea conocido el domicilio de los segundos*”.

De ese artículo se pueden sacar conclusiones. Así, y en colación con una de las cuestiones señaladas al principio, dicho artículo señala el plazo de duración de la acción para pedir la rescisión y, por ende, para el ejercicio de la acción pauliana. El plazo de duración de la misma es de 4 años, plazo al que también hace referencia el art. 37 de la LH, precepto a tener muy en cuenta para el cómputo del *dies a quo*. Dicha duración de 4 años tiene su justificación en el intento del legislador de llegar a una unidad de criterio (en cuanto a ese tiempo) respecto de las acciones de nulidad, actividad que se ve manifestada, a su vez, en la LH (al señalar también ese plazo de 4 años).⁶⁶

En cuanto a la institución a la que está sometido dicho plazo (es decir, si es un plazo de prescripción o de caducidad), hay que señalar que no encontramos ante un plazo de caducidad, si bien esta ha sido una cuestión discutida por la jurisprudencia del TS en tanto en cuanto la misma consideró hasta la década de los 70 que el plazo era de prescripción⁶⁷. A pesar de ello, este debate que pudo generarse se ha superado a raíz de la evidente diferenciación entre ambas instituciones y, como ya se ha dicho, se sostiene por la jurisprudencia, sin ningún tipo de discusión u opinión en contrario, que el plazo del art. 1299 está sujeto a caducidad.

⁶⁶ ORDUÑA MORENO, F.J, *La acción rescisoria por fraude...*, op., cit., p. 109.

⁶⁷ STS de 5 de julio de 2010, en su fundamento de derecho 3º señala que “*la Jurisprudencia en sentencias que llegan hasta la de 22 de diciembre de 1971, mantuvo que el plazo fijado por el artículo 1299 del Código Civil era un plazo de prescripción.*”

Es de caducidad por una sencilla razón, que no es otra que el hecho de que se tiende a la modificación, a la alteración de una situación jurídica existente, es decir, se afecta a la estabilidad de los contratos celebrados válidamente y a los terceros⁶⁸.

También hay que señalar en este sentido que la caducidad no admite ningún tipo de interrupción, así como de suspensión. De ese modo, la STS de 5 de julio de 2010 señala que “*la caducidad no admite interrupción de ninguna clase en consonancia con la naturaleza de los derechos para cuyo ejercicio se establece que, siendo de carácter potestativo, nacen y se extinguen con el propio plazo de caducidad*”. Es cuestión consolidada por la jurisprudencia el hecho de que la posibilidad de rescindir un contrato es un derecho, una facultad, de carácter potestativo y ello es, en parte, lo que permite asegurar y ver que el plazo de la acción pauliana este sometido a caducidad.⁶⁹

Tampoco cabe la suspensión de la caducidad, no se puede obstaculizar, paralizar el cómputo del plazo. Así, por ejemplo, la STS de 31 de enero de 2006 establece que “*la apertura de la vía penal no impide al perjudicado acudir con anterioridad al ejercicio de la acción rescisoria, dejando patente y clara su voluntad sin perjuicio de la suspensión del proceso*”. En este sentido es reseñable la particularidad que señala la STS de 5 de julio de 2010 en relación con la caducidad de la acción, así como con la suspensión de la misma. Hace referencia dicha sentencia a la incidencia de la pendencia de una causa criminal por un delito perseguible de oficio sobre la mencionada suspensión de la caducidad. Más concretamente se refiere a la suspensión del plazo de caducidad de la acción pauliana en virtud de la pendencia de un proceso penal sobre alzamiento de bienes. El TS se pronuncia en tal sentido y afirma que la acción penal no interrumpe la acción rescisoria pero sí la suspende. Para llegar a esa conclusión el TS señala que no se puede iniciar un proceso civil durante la pendencia de un proceso penal debido al carácter exclusivo y excluyente de la jurisdicción penal (arts. 111 y 114 LECri); a la preponderancia del principio *pro actione*, de tal manera que, tal y como dice la doctrina del TC, “*es exigible que el cómputo se realice de forma que su titular haya podido ejercitarlos sin impedimento derivado de factores ajenos a su voluntad*”, de lo contrario (en caso de rechazar la acción) estaríamos vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE; y, por último, a que es conveniente “*no exigir a*

⁶⁸ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R, *Comentarios al Código Civil...*, op., cit., p. 9232.

⁶⁹ STS de 10 de octubre de 2016, concretamente se hace referencia a esa cuestión en el voto particular que se formula en dicha sentencia.

quien es víctima de un comportamiento fraudulento desplegar actividades que momentáneamente se revelan como inútiles incurriendo en gastos previsiblemente innecesarios, por lo que cabe no computar a efectos de la caducidad aquel tiempo durante el que por ley no pudo ejercitarse la acción”, pues el hecho de no poder ejercitar la acción pauliana deriva de la Ley.⁷⁰

La última cuestión a la que conviene hacer referencia es la relativa al *dies a quo* de la acción, es decir, desde que momento empieza a correr el plazo, desde que día, momento, empieza a computarse.

Como se ha podido comprobar el art. 1299 CC no establece un cómputo del *dies a quo* de la acción. Dicho artículo únicamente hace referencia a los casos en que hay personas sujetas a tutela o ausentes. Ante tal silencio legal, ha sido la jurisprudencia (así como muchos autores que se han pronunciado sobre dicho tema) la que ha venido señalando cual es el momento a tener en cuenta para el cómputo de dicho plazo.

Desde este punto de vista son dos las posibles soluciones que se pueden señalar, las cuales darían consecuencias o resultados diferentes en función del momento que se tome para el inicio del cómputo de dicho plazo. Así, de un lado, una primera solución sería desde el día de celebración del negocio jurídico fraudulento, momento el cual se recoge en el artículo 37.3 LH, el cual dice que *“no perjudicará a tercero la acción rescisoria que no se hubiere entablado dentro del plazo de cuatro años, contados desde el día de la enajenación fraudulenta”*, en este sentido se pronuncian autores como Díez Picazo o Antonio Gullón. La otra solución propone que se inicie el cómputo de dicho plazo desde el momento en que el acreedor pueda tener conocimiento o supiese del negocio o acto jurídico fraudulento, es decir, desde el conocimiento de la enajenación.⁷¹ Sin embargo, a pesar de lo dicho, la solución mas acertada debe ser una que se sitúe en una posición intermedia a las anteriores.

Lo dicho anteriormente se puede reformular del siguiente modo. Así, ante el silencio legal mencionado, se puede aplicar por analogía el artículo 1969 CC (debido a la relativa analogía existente entre caducidad y prescripción⁷²), el cual señala que *“El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición*

⁷⁰ STS de 5 de julio de 2010 y STS de 10 de octubre de 2016.

⁷¹ ORDUÑA MORENO, F.J, *La acción rescisoria por fraude...*, op., cit., p. 109.

⁷² STS de 5 de julio de 2010.

especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse.”

Es aquí donde entra esa reformulación mencionada, en tanto en cuanto, dicho artículo se puede entender de dos maneras diferentes: una de manera objetiva entendiendo que ese día será el de la enajenación fraudulenta (tal y como señala en ese sentido el artículo 37.3 LH), o bien de manera subjetiva atendiendo al momento en que el acreedor tiene cabal y entero conocimiento del acto jurídico fraudulento.

Otro de los criterios apuntados por la doctrina es servirse del plazo del art 1968.2 CC, en tanto se trata de una acción por daño extracontractual, y de ese modo computar el plazo desde que lo supo el agraviado, si bien no se opta por esta posibilidad.⁷³

En virtud de todo lo expuesto, la solución pasa por situarse en una situación intermedia a las mencionadas. Es decir, la jurisprudencia señala que el inicio del cómputo se produce desde que el acreedor perjudicado haya tenido conocimiento del acto fraudulento, entendiendo que ese conocimiento se producirá cuando se lleve a cabo la inscripción en el Registro de la Propiedad. Se requiere, en cierto modo, cierta actividad diligente del acreedor para defender su derecho de crédito en tanto en cuanto la inscripción registral es una fuente de conocimiento a la que cabe diligentemente acceder. Numerosas sentencias del TS se pronuncian en este sentido (véase por ejemplo la STS de 16 de febrero de 1993, STS de 4 de septiembre de 1995 o STS de 5 de julio de 2010, la cual hace referencia en sus fundamentos jurídicos a las otras dos).

Es la STS de 5 de julio de 2010 la que ha resuelto la cuestión con claridad llegando a la conclusión antes expuesta. Dicha sentencia señala que esos actos fraudulentos suelen hacerse de manera clandestina, por lo que de seguirse como criterio el día en que se realizó la enajenación fraudulenta, ello puede llevar a que haya transcurrido el plazo de caducidad sin que el acreedor perjudicado pueda ejercitar dicha acción, pues puede ocurrir que tenga conocimiento de dicho acto una vez transcurrido dicho plazo. La jurisprudencia afirma que, tal y como señala la mencionada sentencia (haciendo ésta referencia a la STS de 4 de septiembre de 1995), *“se puede ejercitar la acción rescisoria desde el acto fraudulento, mas, si el mismo se oculta, desde el conocimiento que, como hablamos de «posibilidad legal», siempre sería desde la inscripción en el Registro, como «dies a quo» para realizar el cómputo de tal plazo de caducidad, lo que*

⁷³ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R, *Comentarios al Código Civil...*, op., cit., p. 9235. En ese sentido se señala que no se asimila la acción pauliana a los casos de responsabilidad extracontractual.

compagina con la Sentencia de 16 febrero 1993 , que se refiere a dicho cómputo desde la inscripción registral, como fecha que legalmente publica el acto fraudulento y vincula a la víctima acreedora, salvo que se acredite que expresada víctima conoció con anterioridad de modo cabal y completo el acto impugnado, para lo que realiza una interpretación teleológica y conforme a la realidad social (art. 3.1 del CC)".

6. EFECTOS DE LA RESCISIÓN POR FRAUDE DE ACREEDORES.

Los efectos de la rescisión de los contratos se encuentran recogidos en los arts. 1295 y 1298 CC, si bien conviene hacer menciones especiales en relación con los mismos, principalmente porque de su lectura se pueden sacar conclusiones que hacen ver que van dirigidos a distintos tipos de rescisión (como se detallará a continuación).

El artículo 1295.1 CC señala que “*la rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses; en consecuencia, solo podrá llevarse a efecto cuando el que la haya pretendido pueda devolver aquello a que por su parte estuviese obligado*”. No parece que dicho apartado sea aplicable a la rescisión por fraude de acreedores, por cuanto el acreedor en ningún momento es parte del negocio fraudulento, no ha recibido nada y, por ende, nada tiene que devolver.⁷⁴

Es en este punto donde se puede apreciar una mayor discusión de la doctrina. Por un lado, diversos autores defienden que, como consecuencia del ejercicio de la acción, los bienes objeto del acto fraudulento deben retornar al patrimonio del deudor, se produciría así una reintegración del bien al patrimonio del deudor. Por otro lado, otros autores niegan ese efecto, sino que consideran precisamente todo lo contrario.

Así, del lado de los primeros se encuentran autores como por ejemplo Díez Picazo o Jerez Delgado. Éstos parten de lo preceptuado en el CC, en tanto en cuanto éste obliga a devolver, sin hacer excepción dependiendo del acto que se trate. Dichos autores consideran que es el tercero con el que el deudor celebró el negocio jurídico fraudulento el que está obligado a la devolución, de ese modo se reintegrarían los bienes objeto del negocio en el patrimonio del deudor y, una vez allí, podrían los acreedores ejecutarlos para satisfacer su derecho de crédito.

Sin embargo, esta posición no es la correcta, tal y como defiende adecuadamente la otra parte de la doctrina. En este punto, autores como García Vicente o Pinaglia-Villalon y Gavira señalan que en ningún momento se produce una reintegración del bien en el patrimonio del deudor. El primero advierte que “*si así fuera gozarían de ventaja*

⁷⁴ En este sentido se pronuncia por ejemplo Moreno Quesada que señala que el art. 1295 CC se aplica a la rescisión por lesión y el art. 1298 CC a la rescisión por fraude de acreedores. JEREZ DELGADO, C, *Los actos jurídicos...*, op., cit., p. 134.

cualesquiera otros acreedores del deudor que podrían reclamar sucesivamente su eventual preferencia a través de una tercera de mejor derecho y la acción rescisoria por fraude es estrictamente individual, esto es, se concibe en termino de protección y satisfacción del acreedor perjudicado que la ejerce^{75 76}. Así se pronuncia también el segundo al decir que no entra el bien en el patrimonio del deudor, se trata de hacer posible la satisfacción del crédito, no de restablecer el patrimonio del deudor.

Con el ejercicio de la acción de rescisión por fraude de acreedores no se deshace el contrato fraudulento (no se destruye como dice García Vicente), sino que surge aquí la regla de la inoponibilidad, es decir, el contrato lesivo es inoponible frente al acreedor perjudicado, *“que puede conducirse como si aquel no se hubiera realizado y por ello ejecutar los bienes y derechos que fueren su objeto allá donde estén (siempre que su poseedor actual sea la contraparte o un tercero no protegido) y también con los frutos o rentas que deriven del objeto del contrato lesivo, en la medida del perjuicio sufrido*⁷⁷. Ocurrirá de ese modo el llamado *efecto repristinatorio*⁷⁸ o, dicho de otro modo, la recuperación de la afección al pago de la deuda de los bienes objeto del contrato lesivo.

Es decir, el peculiar y principal efecto del ejercicio de la acción es que el acto fraudulento queda sin efecto de modo parcial, es decir, que se considera como si las cosas enajenadas no hubieran salido del patrimonio del deudor (como si no se hubieran transmitido) a fin de restablecer la garantía de los acreedores para que éstos puedan ejecutarlas, y solo en la parte en que sea necesaria para que el acreedor pueda hacer efectivo su crédito, subsistiendo la enajenación en todo lo demás. Y solo afecta al acreedor perjudicado ejercitante (puesto que lo hace en nombre personal y exclusivo interés), es decir, que el acto no deviene eficaz de manera absoluta, sino solo en lo que haya perjuicio para dicho acreedor (para el resto de acreedores el bien ha salido definitivamente del patrimonio del deudor).

⁷⁵ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R, *Comentarios al Código Civil...*, op., cit., p. 9225.

⁷⁶ A pesar de no situarse en este lado de la doctrina, Díez Picazo sí que hace referencia a ese posible problema, en tanto en cuanto señala que supondría conceder un privilegio al resto de acreedores y que, al retornar el bien al patrimonio del deudor, ello constituiría la garantía de todos los acreedores (y ello aunque estos no ejerciten la acción pauliana), por lo que el privilegiado, aunque no la haya ejercitado, podrá cobrarse con preferencia sobre el resto. DIEZ PICAZO, L. y GULLON, A, *Sistema de Derecho civil...*, op., cit., p. 222.

⁷⁷ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R, *Comentarios al Código Civil...*, op., cit., p. 9224.

⁷⁸ Llamado así por Fernández Campos tomando la expresión de la doctrina italiana.

Es esto lo que muestra el efecto revocatorio de la acción pauliana: se remueve la situación creada por el negocio lesivo, se decreta su ineficacia, volviéndose a la situación anterior a la realización de dicho negocio. De ese modo, el acreedor vuelve a disfrutar de la posibilidad de satisfacer su derecho de crédito. En resumen, dicho negocio se considera como no efectuado respecto del acreedor ejercitante de la acción, no respecto al resto, para los cuales el negocio sigue siendo plenamente eficaz. Los acreedores que no la ejerciten no pueden aprovecharse de las consecuencias y efectos que deriven del ejercicio de dicha acción.

Hay que señalar que el acto se rescinde en los límites del interés del acreedor (el valor de su crédito), es decir, que los bienes que no son necesarios para satisfacer dicho interés pertenecen al adquirente (de ahí que se admita la revocación parcial)⁷⁹. Es decir, que se mantiene la eficacia de lo transmitido cuando el valor económico de los bienes objeto del negocio sean superiores al perjuicio sufrido⁸⁰.

Sin embargo, los mencionados efectos no se detienen ahí. Es decir, puede ser que ese tercero adquirente transmita los bienes a su vez a otro, llamado subadquirente. En este punto hay que tener en cuenta dos cosas: la primera, que la acción se da contra el subadquirente de mala fe a título oneroso y el subadquirente a título gratuito (art. 37 LH); la segunda, que en caso de estar ante un subadquirente a título oneroso de buena fe, dicha acción se transforma en una especie de acción de indemnización de daños y perjuicios (la cual se exigiría del deudor y del tercero adquirente que no reúna las condiciones señaladas en este párrafo, es decir, que no esté protegido). Estas conclusiones se pueden desprender de la lectura del art. 1295 párrafo 2º y 3º, que señala que *“Tampoco tendrá lugar la rescisión cuando las cosas, objeto del contrato, se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe. En este caso podrá reclamarse la indemnización de perjuicios al causante de la lesión”*^{81 82}. Es el llamado *“efecto cascada”*, en tanto en cuanto la acción se extiende a todos los negocios en que haya un subadquirente de los mencionados, de modo que solo se interrumpe el curso de la acción cuando estemos ante un subadquirente de buena fe y

⁷⁹ PINAGLIA-VILLALON Y GAVIRA, J.I, *Perfiles de la acción de rescisión...*, op., cit., p. 273.

⁸⁰ ORDUÑA MORENO, F.J, *La acción rescisoria por fraude...*, op., cit., p. 108.

⁸¹ DIEZ PICACO, L. y GULLON, A, *Sistema de Derecho civil...*, op., cit., p. 222.

⁸² En este punto Juan Ignacio Pinaglia considera que no es del todo exacto servirse del art.1295, sino mas bien del art 1297, debido a que el primero se refiere a contratos onerosos, por lo que habría dificultades de trasladar los efectos de la acción a los adquirentes a título gratuito.

a título oneroso (y en este último caso se procedería a la correspondiente indemnización).⁸³

Señalar también que esas condiciones no solo son exigible respecto de los subadquirentes, sino también de los primeros adquirentes, por lo que, en caso de estar ante un primer adquirente de buena fe y a título oneroso, ahí ya se interrumpe el curso de la acción, se detendría ahí la acción.

Por último, el art. 1298 CC hace referencia al supuesto en que no sea posible devolver las cosas. Dice dicho artículo que “*el que hubiese adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de acreedores, deberá indemnizar a éstos de los daños y perjuicios que la enajenación les hubiese ocasionado, siempre que por cualquier causa le fuere imposible devolverlas*”. De aquí se deduce que se extiende tanto a los adquirentes como subadquirentes (que sean de mala fe, es decir, que no gocen de protección), y que dentro de la expresión “por cualquier causa” se incluye también la pérdida de la cosa (aunque sea fortuitamente). De acuerdo con lo preceptuado, la indemnización no se extiende al adquirente de buena fe a título oneroso (en las adquisiciones a título oneroso la mala fe sería requisito tanto del efecto principal o revocatorio como del efecto indemnizatorio o subsidiario). La doctrina entiende en este punto que la indemnización tampoco se extiende al adquirente de buena fe a título gratuito, y ello porque la mala fe en estos casos (de adquisiciones a título gratuito) solo es requisito de dicho efecto indemnizatorio (no del principal), puesto que del que lo sea de buena fe siempre se podrá obtener el efecto principal o revocatorio (como se ha dicho ya), pero no la responsabilidad indemnizatoria del art 1298 CC, precisamente por su buena fe⁸⁴. Aun así, en el supuesto de que el acreedor ejercitante no pueda obtener el efecto principal y nos encontremos ante un adquirente de buena fe a título gratuito (del que se ha dicho que no se puede obtener indemnización con fundamento en el art. 1298 CC), dicho tercero de “mala fe no probada” deberá dar resarcir al acreedor perjudicado únicamente hasta el límite máximo de la cifra del enriquecimiento de dicho tercero⁸⁵.

⁸³ JEREZ DELGADO, C, *Los actos jurídicos...*, op., cit., p. 136.

⁸⁴ JORDANO FRAGA, F, *La acción revocatoria o pauliana...*, op., cit., p. 352.

⁸⁵ JORDANO FRAGA, F, *La acción revocatoria o pauliana...*, op., cit., p. 371. Esta opinión también es defendida por autores como Jerez Delgado, la cual señala que se deberán restituir esos enriquecimientos.

Opera dicho artículo en aquellos casos en que no sea posible dirigirse contra los bienes objeto del negocio lesivo y la cuantía de la indemnización será la del crédito insatisfecho o perjudicado⁸⁶. La necesidad de esta indemnización deriva de que el acreedor no vea insatisfecho su derecho de crédito.

Hay que señalar que la obligación de indemnizar se puede calificar como “subsidiaria”, en tanto en cuanto lo recogido en el mencionado precepto solo opera cuando no sea posible volver a la situación anterior a la celebración del negocio, es decir, cuando no se pueda dirigir el acreedor contra los bienes. En este punto es evidente su concordancia con el artículo 1295 CC, por lo que esta obligación de indemnizar no se antepone al mencionado efecto principal de la acción pauliana⁸⁷.

También conviene señalar aquí que hay un régimen de responsabilidad solidaria del adquirente de mala fe con el causante del daño cuando proceda la mencionada indemnización, es decir, hay varios sujetos responsables. La razón, dice Orduña Moreno, “*deriva de la lógica imputación de esta misma obligación al deudor, y en el caso de que los hubiere, a los demás adquirentes de mala fe implicados en el fraude*”⁸⁸.

⁸⁶ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R, *Comentarios al Código Civil...*, op., cit., p. 9225.

⁸⁷ ORDUÑA MORENO, F.J, *La acción rescisoria por fraude...*, op., cit., p. 107.

⁸⁸ ORDUÑA MORENO, F.J, *La acción rescisoria por fraude...*, op., cit., p. 107.

7. CONCURRENCIA DE LA ACCIÓN DE RESCISIÓN POR FRAUDE DE ACREEDORES CON LAS ACCIONES DE NULIDAD POR CAUSA ILÍCITA Y POR SIMULACIÓN.

En efecto, cuando se habla de la concurrencia de la acción de nulidad por causa ilícita, de nulidad por simulación y de la acción pauliana, es evidente que todas ellas comparten en cierto modo el mismo fundamento: el fraude de acreedores (si bien esto hay que matizarlo respecto a la acción pauliana como ha venido haciendo recientemente la jurisprudencia). La cuestión en este punto es ver si dicho fraude puede ser esgrimido como fundamento de las mencionadas acciones.

En este sentido todas tienen al fraude de acreedores como elemento común, si bien todas tienen su propia configuración y presupuestos. De ese modo se puede señalar que son totalmente diferenciables, pero ello no es obstáculo para su posible concurrencia. Así, tal y como señala la STS de 3 de noviembre de 2015⁸⁹, *“el fraude de acreedores no limita su virtualidad a servir de fundamento de la acción rescisoria, cuando se trata de un negocio efectivamente celebrado pero con la finalidad de defraudar a los acreedores de alguno de los contratantes, o a fundar la acción de nulidad por simulación contractual, cuando solo hay una apariencia de negocio jurídico destinada a defraudar a los acreedores. También puede fundamentar la acción de nulidad por causa ilícita”*.

Así, respecto de la simulación, el negocio simulado que se lleve a cabo es radicalmente nulo por falta de uno de los requisitos esenciales del contrato, como es la causa (art 1261 CC)⁹⁰. La simulación se dice que es la declaración de una voluntad no verdadera que se hace para que nazca la apariencia de un negocio jurídico. Es decir, mediante ella las partes van a intentar encubrir, con la celebración ficticia del negocio, la persistencia de la situación anteriormente existente. Cuando alguna de las partes lo que pretende es llevar a cabo dicha simulación para evitar la posible ejecución por parte de los acreedores, en dicho caso, es posible que éstos ejerciten la acción de simulación. De ese modo, la simulación sería ilícita en tanto en cuanto su propósito sería el de

⁸⁹ STS de 3 de noviembre de 2015 la cual hace referencia a esta cuestión en tanto en cuanto el TS se pronuncia sobre si el fraude de acreedores puede servir como fundamento de la acción de nulidad por simulación, de nulidad por causa ilícita, y de la acción rescisoria o pauliana. La conclusión del TS en este punto es que sí puede servir de fundamento de dichas acciones.

⁹⁰ Normalmente en estos casos se tratará de un negocio traslativo, en cuyo caso no se producirá (ni habrá propósito de producir) la traslación patrimonial correspondiente ni la realización de la contraprestación. En ese caso, será una simulación absoluta.

defraudar a los acreedores llevando a cabo ese vaciamiento patrimonial.

Como se puede observar, el fraude también se vincula con los supuestos de simulación absoluta. En este sentido cabe decir que en estos supuestos de simulación en los que, además del elemento subjetivo del fraude (es decir, el intento fraudatorio, la constatación o existencia del fraude), hay otras circunstancias como la inexistencia de causa o de precio, en dichos casos, no hay contrato.

Pese a la distinta naturaleza y configuración de las mencionadas acciones, ello no es obstáculo para que ambas se ejerciten en la misma demanda (es decir, se permite su ejercicio conjunto), si bien lo conveniente es su ejercicio alternativo: una con carácter principal y otra, conforme a su naturaleza, de manera subsidiaria (art 1294 CC)⁹¹.

En tales casos, es evidente que el fraude es un elemento determinante que permite ejercitar dicha acción, es decir, legítima para el ejercicio de la acción de simulación. Ostenta un interés legítimo, en tanto en cuanto ha sido defraudado mediante la simulación del negocio jurídico que le impidió hacer efectivo su derecho de crédito, es decir, llevar a cabo la ejecución de los bienes. Ello conllevaría la nulidad del contrato tanto por la inexistencia de causa como por el fraude. De ese modo, señala la STS de 3 de noviembre de 2015, “*se refuerza la justificación del régimen de nulidad contractual*”.

Pero no solo nos podemos encontrar con la simulación, sino que también es posible que se celebre el negocio jurídico (como digo sin apariencia negocial pues las obligaciones de las partes así como su voluntad de contraerlas son reales) pero con el propósito de defraudar a los acreedores. En este sentido nuestra jurisprudencia señala que uno de los supuestos en que la causa es ilícita y nula es el relativo al fraude de acreedores. La mencionada STS de 3 de noviembre de 2015 señala que “*el propósito ilícito buscado por ambas partes ha sido elevado por la jurisprudencia a la categoría de causa ilícita determinante de la nulidad del contrato conforme al art.1275 CC cuando venga perseguido por ambas partes (o buscado por una y aceptado por la otra)*”. Es decir, el móvil ilícito es común a ambos, y en estos casos en que el propósito

⁹¹ En este sentido se pronuncia Antonio Montserrat Valero que señala que se permite el “*ejercicio conjunto de las acciones si una se pretende con carácter subsidiario respecto de la otra. Es comprensible y prudente que se ejerciten ambas acciones conjuntamente y que sea el juez el que decida si estamos ante un caso u otro*”. MONTSERRAT VALERO, A, “Comentario a la STS 14 diciembre de 1993”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1994, p. 239-240.

de celebrar el contrato es perjudicar a los acreedores (propósito ilícito) conlleva la ineficacia por nulidad absoluta. Hay causa, pero ésta resulta viciada. Todo ello nos lleva a la posibilidad de ejercitar la acción de nulidad del mencionado negocio.

De lo anterior hay una conclusión evidente, que no es otra que el elemento intencional de dañar o perjudicar a los acreedores, es decir, el fraude. Y ello a diferencia de lo que ocurre en la acción pauliana, la cual se ha ido objetivando progresivamente, pasando del mencionado elemento intencional de defraudar al elemento objetivo del perjuicio para los acreedores. Ahí es donde radica la diferencia fundamental entre esta acción y las dos anteriores: no es necesaria la intención de defraudar o dañar, sino que es suficiente para el ejercicio de la acción pauliana el perjuicio a los acreedores. El propósito defraudatorio (*consilium fraudis*) se ha flexibilizado, siendo suficiente la mera conciencia de que se puede dañar al acreedor. Lo que importa es el daño, en tanto en cuanto supone la frustración del derecho de crédito porque el acreedor no va a poder realizar lo que se le debe por la disminución de la solvencia del deudor.

La diferencia como ya se ha señalado es que en la acción pauliana el fraude se caracteriza por el daño que el deudor produce a sus acreedores. En la causa ilícita y en la simulación adquiere relevancia el móvil ilícito perseguido por las partes⁹².

Aprueba adecuadamente la jurisprudencia del TS que, debido a la dificultad de probar ese elemento intencional de defraudar a los acreedores, la acción pauliana se convierte en un medio realmente útil para proteger a los mismos (siempre teniendo en cuenta las peculiaridades de la misma, como por ejemplo el plazo o la subsidiaridad). Así, la STS de 3 de noviembre de 2015 señala que *“es admisible que el ejercicio de estas acciones se realice acumuladamente, siendo lo habitual que se ejercite con carácter principal la acción de nulidad y, de forma subsidiaria, la acción rescisoria, para el caso de que no resultara suficientemente acreditada la concurrencia de los requisitos más estrictos exigidos en la acción de nulidad (bien por simulación, bien causa ilícita) respecto de los exigidos en la acción rescisoria.”*

⁹² PINAGLIA-VILLALON Y GAVIRA, J.I, *Perfiles de la acción de rescisión...*, op., cit., p. 247.

8. CONCLUSIONES.

- I. La acción de rescisión por fraude de acreedores supone uno de los medios de tutela que recoge el CC para proteger a los acreedores, más concretamente a los intereses de éstos, es decir, a la satisfacción de su derecho de crédito. Se configura así como un poder que permite a los acreedores impugnar los actos del deudor realizados en fraude de su derecho. La podemos calificar como “protectora” de dicho derecho de crédito.
- II. Básicamente se trata de una acción, como se ha podido apreciar a lo largo del trabajo, de evidente creación tanto doctrinal como jurisprudencial. Más específicamente, y así lo señala la propia jurisprudencia, la regulación del régimen de dicha acción es resultado eminentemente de una práctica jurisprudencial abundante.
- III. Fruto de esa abundante jurisprudencia se ha ido estableciendo y matizando, a su vez, una progresiva objetivación de la acción pauliana y, en concreto, del concepto de fraude, lo cual se traduce en el cambio de preponderancia que han experimentado dos de los principales presupuestos de ejercicio de la acción: el *eventus damni* y el *consilium fraudis*. Se ha pasado, pues, de una notable importancia del criterio subjetivo de la acción (el *consilium fraudis*) a uno objetivo (el *eventus damni*) como elemento impulsor de dicha acción.
- IV. En suma, dicha acción presenta especificidades tanto en su legitimación, plazo y efectos, así como en su relación y concurrencia con otras acciones con distinta naturaleza y régimen jurídico como pueden ser la acción de nulidad por causa ilícita y la acción de simulación.
- V. Por todo lo anterior, se puede extraer fácilmente la “piedra angular” o “postulado central” sobre el que gira dicha acción, que no es otro que la protección y reforzamiento del derecho de crédito, y no únicamente respecto al acreedor titular del mismo, sino también en cuanto su incidencia respecto al sistema económico.

BIBLIOGRAFÍA.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, RODRIGO, *Comentarios al Código Civil. Tomo VII (arts. 1265 a 1484)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

CASTAN TOBEÑAS, JOSE, *Derecho Civil Español, común y foral*, Reus S.A, Madrid, 1989.

DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, “La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los arts. 1911 y 1111 del Código Civil”, *Revista de Derecho Privado*, 1932.

DIEZ PICAZO, LUIS Y GULLON, ANTONIO, *Sistema de derecho civil. El contrato en general. La relación obligatoria*. Tecnos. Madrid, 2015.

FERNANDEZ CAMPOS, JUAN ANTONIO: *El fraude de acreedores: la acción pauliana*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998.

JEREZ DELGADO, CARMEN, *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos (la acción de rescisión por fraude de acreedores)*. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1999.

JORDANO FRAGA, FRANCISCO, *La acción revocatoria o pauliana. Algunos aspectos esenciales de su régimen en el derecho vigente*. Editorial Comares, 2001.

MONTSERRAT VALERO, ANTONIO, “Comentario a la STS 14 diciembre de 1993”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1994.

ORDUÑA MORENO, FRANCISCO JAVIER, *La acción rescisoria por fraude de acreedores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Análisis de su concepto y de los presupuestos y requisitos para el ejercicio de la acción*. JB (José María Bosch Editor, S.A). Barcelona, 1992.

PINGLIA-VILLALON Y GAVIRA, JUAN IGNACIO, *Perfiles de la acción de rescisión por fraude de acreedores en el Código Civil español*. Universidad de Sevilla, 2001.

ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, CARMEN, “Comentario a la STS de 7 de septiembre de 2012”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2013.

**JURISPRUDENCIA. SENTENCIAS Y RESOLUCIONES
MENCIONADAS.**

STS de 16 de febrero de 1993.	Nº 141/1993	RJ/1993/774
STS de 10 de abril de 1995.	Nº 322/1995	RJ/1995/3254
STS de 4 de septiembre de 1995.	Nº 794/1995	RJ/1995/6490
STS de 3 de octubre de 1995.	Nº 845/1995	RJ/1995/7178
STS de 21 de octubre de 1998.	Nº 970/1998	RJ/1998/8230
STS de 31 de enero de 2006.	Nº 46/2006	RJ/2006/363
STS de 25 de junio de 2010.	Nº 406/2010	RJ/2010/5413.
STS de 5 de julio de 2010.	Nº 422/ 2010	RJ/2010/5703
STS de 23 de marzo de 2011.	Nº 216/2011	RJ/2011/3004
STS de 12 de Julio de 2011.	Nº 562/2011	RJ/2011/7376
STS de 7 de septiembre de 2012.	Nº 510/2012	RJ/2013/2265
STS de 26 de octubre de 2012.	Nº 638/2012	RJ/2012/10414
STS de 18 de abril de 2013.	Nº 245/2013	RJ/2013/4939
STS de 5 de noviembre de 2013.	Nº 643/2013	RJ/2013/8429
STS de 28 de noviembre de 2013.	Nº 737/2013	RJ/2013/7875
STS de 18 de junio de 2014.	Nº 328/2014	RJ/2014/4376
STS de 3 de noviembre de 2015.	Nº 575/2015	RJ/2015/4939
STS de 10 de octubre de 2016.	Nº 619/2016	RJ/2016/4896.
STS de 21 de diciembre de 2016.	Nº 735/2016	RJ/2016/5993