

Algunas consideraciones sobre la acción revocatoria en el Derecho italiano¹

JUAN A. FERNÁNDEZ CAMPOS

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho civil
Universidad de Murcia

SUMARIO: I. *Introducción*. 1. Denominación y evolución. 2. Función de la acción revocatoria ordinaria como medida de tutela del crédito. 3. Efectos de la acción revocatoria. II. *Eventus damni: elemento esencial de la acción revocatoria*. 4. Evolución de la configuración del *eventus damni*. 5. *Eventus damni* como peligro de daño, o como lesión de la garantía patrimonial. 6. Contenido del *eventus damni* en la acción revocatoria ordinaria. 7. Interpretación de la locución legal *pregiudizio alle ragioni del creditore*. III. *Influencia del eventus damni en los otros elementos de la acción revocatoria*. 8. La importancia del perjuicio se proyecta sobre el elemento subjetivo. 8.1 Evolución del fraude como elemento subjetivo de la acción. 8.2 Configuración actual del elemento subjetivo. 9. Influjo de la ampliación del ámbito del *eventus damni* sobre el nexo causal. 9.1 Elemento objetivo de la acción revocatoria: acto de disposición y resultado de perjuicio. 9.2 Problemas en sede de nexo causal. 9.3 Momento de determinación del perjuicio y nexo causal. 10. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente estudio acerca de la acción revocatoria en el código civil italiano es poner de manifiesto las singularidades de dicho régimen, y explicar el contexto en el cual se incardinan. Ello nos permitiría conocer mejor (por contraste con un sistema distinto) la disciplina de nuestra acción pauliana y apreciar las distintas funciones, presupuestos y efectos que una misma institución ofrece en ordenamientos jurídicos diversos. Teniendo en cuenta que la acción pauliana cuenta en Italia con una regulación legal más moderna (procede del *Codice Civile* de 1942), enriquecida con las valiosas aportaciones de la doctrina y la jurisprudencia anteriores, y aquilatada por la elaboración dogmática de la doctrina italiana posterior.

¹ Trabajo realizado a partir de la tesis doctoral que bajo la dirección del Prof. Galgano defendimos en la Universidad de Bolonia en 1993, con el título de «*L'eventus damni nell'azione revocatoria*». Quiero aprovechar la ocasión para agradecer la inestimable colaboración recibida del Dr. Verdera Server.

1. DENOMINACIÓN Y EVOLUCIÓN

La acción revocatoria es el medio que ofrece el ordenamiento jurídico para tutela de los acreedores contra los actos fraudulentos del deudor² que disminuyen o alteran la composición del patrimonio sujeto a responsabilidad de modo que frustran la expectativa del acreedor en orden a la realización coactiva de su crédito³.

La denominación de «acción revocatoria», tradicional tanto en la doctrina como en la jurisprudencia italianas (y en el otros ordenamientos latinos) no es correcta porque nuestra acción no supone una revocación del acto en sentido técnico: con la acción pauliana no se deja sin efecto una declaración de voluntad anterior, sino que se impugna la eficacia de un acto jurídico para evitar que perjudique al acreedor, merecedor de protección por parte del ordenamiento⁴.

En nuestro Derecho llamamos a la acción para impugnar los actos del deudor realizados en fraude de sus acreedores, acción pauliana⁵ o revocatoria. Ello se debe a que nuestra doctrina y jurisprudencia siguieron los pasos de la doctrina francesa e italiana, las cuales asimilaban la pauliana a una acción de nulidad o una revocación que deshacía los efectos del acto jurídico fraudulento. En cambio, en el Proyecto de Código Civil de 1851 aparece recogido el fraude de acreedores como causa para la rescisión de los contratos, junto a la categoría tradicional de rescisión por lesión, dotando así a la acción pauliana de un cuerpo orgánico de regulación, especialmente respecto a sus presupuestos y sus efectos. El Código Civil de 1889 ha recogido esta sistematización; por tanto, para

² Los actos fraudulentos suelen ser enajenaciones, aunque también son impugnables otros actos dispositivo sobre elementos del patrimonio, e incluso otros actos como determinados pagos, constitución de privilegios, etc. *Vid. infra* nota 108.

³ Aunque algunos autores sostienen que si el acreedor no ha protegido su crédito mediante la constitución de una garantía real que sujete alguno de los bienes del deudor, está admitiendo correr el riesgo de que dicho patrimonio resulte, al momento de su eventual ejecución, insolvente (PACIFICI-MAZZONI, *Codice Civile Italiano Commentato*, Vol. XIV, 4.ª ed., Florencia, 1908, p. 26: «resulta que todo acreedor se ha expuesto a sufrir respecto a dicha garantía todas las vicisitudes a que el patrimonio del deudor puede quedar sujeto»; BAUDRY-LACANTINERIE/BARDE, *Traité théorique et pratique de Droit Civil (Des Obligations)*, tomo I, Sirey, París, 1906, p. 655).

⁴ Como apunta la doctrina: «en contra del significado del término, no se revoca el acto, sino que se permite que el bien de un tercero queda sujeto a ejecución» (SANDULLI, *Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare*, Jovene, Nápoles, 1976, p. 348); «si la revocatoria deshiciera el acto, no se podría hablar de un bien del tercero, por cuanto el bien no podría considerarse transmitido» (SANDULLI, *Gratuità... cit.*, p. 349).

⁵ De la unificación de los remedios que el Derecho romano clásico conocía contra el fraude a acreedores resultó una acción única a la que un compilador bizantino denominó «acción pauliana» (KIPP, *Impugnación de los actos in fraudem creditorum en Derecho romano y en el moderno Derecho alemán*, en *Revista de Derecho Privado*, 1924, p. 5, siguiendo la opinión de COLLINET, *L'origine byzantine du nom de la paulienne*, en *Nouvelle Revue Historique du Droit Français et Étranger*, 19191, pp. 187 ss). En cambio, SOLAZZI (*La revoca degli atti fraudolenti nel diritto Romano*, 3.ª ed., Jovene, Nápoles, 1945, pp. 84 ss) sostiene que la denominación es fruto de una interpolación prejustiniana.

nuestro Derecho la acción pauliana será, en todo caso, una acción rescisoria por fraude de acreedores.

En cuanto a la evolución de nuestra institución, el problema del perjuicio que los acreedores pueden sufrir por los actos de disposición que el deudor realiza sobre los bienes de su patrimonio sólo podía nacer cuando se estableció la sujeción del patrimonio del deudor a responsabilidad por incumplimiento de sus obligaciones, como garantía genérica del acreedor, es decir, cuando se comenzó a generalizar como objeto de la ejecución forzosa el patrimonio del deudor. La responsabilidad patrimonial necesita de un complemento que impida que el deudor frustre su operatividad al disminuir su propio patrimonio en perjuicio de sus acreedores.

La estructura de la acción revocatoria en los ordenamientos latinos tiene su primer precedente importante en la compilación de Justiniano cuando fueron unificados los remedios del derecho romano clásico contra los actos fraudulentos del deudor ⁶: un *interdictum fraudatorium*, una *restitutio in integrum ob fraudem*, y, acaso, también una *actio in factum* de carácter sancionador ⁷. Sobre el esquema del interdicto (que contaba con dos elementos: uno objetivo, el *eventus damni*, y otro subjetivo) se construyó esta acción única, poniendo el acento en el elemento subjetivo (*consilium fraudis*). Esta unificación presentó a los juristas medievales grandes problemas de interpretación, referidos principalmente a determinar la naturaleza real o personal de la acción, y su carácter restitutorio o indemnizatorio ⁸. La confusión se debe tanto a las distintas figuras de que traía origen como a las interpolaciones realizadas en los textos romanos, de modo que la acción revocatoria actual es un precipitado histórico formado por sedimentación de distintos remedios contra el fraude de acreedores ⁹.

La configuración de la revocatoria bajo el signo del fraude se conservó en las codificaciones decimonónicas siguiendo el modelo del *Code Civil* ¹⁰. Pero la realidad económica y social, y la jurisprudencia, siempre cercana a

⁶ «Cuáles fueran con exactitud las semejanzas y diferencias, las relaciones, los respectivos ámbitos de aplicación y los respectivos presupuestos de estos medios revocatorios del derecho clásico es una materia que sigue siendo difícil a pesar de los vivaces y atentos estudios a que ha dado lugar» (IMPALLOMENI, voz *Azione revocatoria (Diritto Romano)*, en *Novissimo Digesto Italiano*, II, UTET, Turín, 1958, p. 148).

⁷ En cambio, según BETTI (*Teoria generale delle Obbligazioni*, IV, Giuffrè, Milán, 1955, p. 181) «la *actio pauliana* en el derecho clásico era una simple *actio poenalis* que admitía la posibilidad de una *restitutio* en sede de *arbitratus* pero que no tenía una finalidad principal restitutoria sino una finalidad de reparación».

⁸ Sobre la acción pauliana durante la edad media, vid. PIANO MORTARI, *L'azione revocatoria nella giurisprudenza medievale*, Giuffrè, Milán, 1962; y SANTARELLI, voz *Azione revocatoria nel diritto medievale e moderno*, en *Digesto IV, Discipline civilistiche*, II, UTET, Turín, 1988.

⁹ En opinión de EULA (*Commentario al codice civile*, dirigido por D'AMELIO, Barbera, Florencia, 1943, p. 840) «la evolución ultramilenaria de su compleja elaboración ha supuesto más que una evolución de conceptos sustanciales, una adaptación funcional evolutiva a elementos extrínsecos». Como afirmaban COLIN/CAPITANT (*Traité de Droit Civil*, tomo II, París, 1959, p. 784) su configuración secular le han conferido una fisonomía particular que ha oscurecido y dificultado el estudio de su naturaleza jurídica.

¹⁰ Debido a la parquedad del artículo 1167 del *Code Civil* y el artículo 1235 del *Codice Civile* de 1865, para completar su régimen jurídico, acudieron a la tradición, a las fuentes romanas (justinia-

estas exigencias, reclamaban una transformación de la acción para cumplir la función de tutela del crédito que el nuevo ordenamiento jurídico italiano le confiaba. La acción pauliana necesitaba otros presupuestos y otros efectos. El perjuicio, bajo la denominación tradicional de *eventus damni*, debía convertirse en el elemento esencial de la nueva medida de tutela del crédito¹¹. La revocatoria dejó de ser concebida como una sanción al fraude del deudor para transformarse en un medio de tutela del acreedor.

Este nuevo enfoque venía obstaculizado por la letra del Código italiano de 1865 basado en el fraude. Se entendía por la doctrina y la jurisprudencia que el acto que se iba a impugnar era fraudulento en el sentido de que el deudor lo había utilizado para dañar al acreedor: debía ser anulado para restablecer el patrimonio del deudor a su situación anterior mediante la restitución, por el tercero adquirente, del bien enajenado.

Las novedades introducidas en el Código Civil de 1942 (cambiando sustancialmente la orientación y función de la acción revocatoria) habían sido apuntadas por la doctrina y la jurisprudencia italianas de los últimos años del siglo XIX y sobre todo primer tercio siglo XX. El *Codice* de 1865 no era sino una versión del *Code* francés, una continuidad clara con el Derecho romano en versión justineana. En cambio el *Codice* de 1942 recibe la influencia alemana (la *Anfechtungsgesetz*)¹² que a su vez había conocido, por medio de los romanistas, los presupuestos y efectos de los remedios contra el fraude de acreedores en el Derecho romano clásico.

El Código de 1942 dedica más artículos a la acción revocatoria, incluida en el capítulo V (de los medios de conservación de la garantía patrimonial) del título III (de la responsabilidad patrimonial) del libro VI. Entre las principales novedades cabe destacar que se permite el ejercicio de la acción a los acreedores sujetos a término o condición (ampliando el círculo de acreedores legitimados); mediante la acción revocatoria el acreedor solicita del tribunal la «declaración de ineficacia respecto a él» del acto dispositivo en lugar de pedir la nulidad del mismo; finalmente, el presupuesto fundamental de la acción revocatoria es el *pregiudizio alle ragioni del creditore*, que desbanca al elemento subjetivo; llegando,

neas) para encontrar allí lo que los códigos no ofrecían. Lo ponen de manifiesto LAURENT (*Principes de Droit Civil Français*, tomo XVI, Durand-Bruylante, Paris-Bruselas, 1875, p. 497): «el legislador se ha limitado a consagrar el principio en tres líneas, lo cual no puede explicarse sino considerando que se ha remitido a la tradición»; o LUCCHINI (*L'azione revocatoria ordinaria*, en *La (nuova) Giurisprudencia Civile Commentata*, 1991, II, p. 321): «el código de 1865 se limitaba a reproducir el artículo 1167 del Código civil francés, el cual, a su vez, se limitó a una simple mención de la acción pauliana como para advertir que ésta seguía subsistiendo en el derecho actual».

¹¹ «No solo se trata del elemento por excelencia del sistema revocatorio sino que el daño constituye además el límite del sistema mismo en el sentido de que no es admisible el ejercicio de la acción revocatoria más allá del límite cuantitativo del daño sufrido» (PAJARDI, *Il sistema revocatorio (ordinario, fallimentare, penale, tra teoria e applicazioni)*, Giuffrè, Milán, 1990, p. 16).

¹² Esta *Anfechtungsgesetz* de 1879 regulaba la impugnación de los actos del deudor insolvente fuera del procedimiento de quiebra; era complementaria de la *Konkursordnung* (la Ley de Quiebras alemana de 1877) que también contenía un sistema de impugnaciones de actos para la reintegración del patrimonio del deudor quebrado (§§ 30-42). La *Anfechtungsgesetz* ha sido levemente reformada e incorporada a la *Einführungsgesetz sur Insolvenzordnung* (primera parte: *Neufassung des Anfechtungsgesetzes*) de 5 de octubre de 1994 que entrará en vigor el 1 de enero de 1999.

incluso, a desaparecer en el articulado la expresión «fraude», sustituida por «conocimiento del perjuicio»¹³.

En la nueva disciplina de la acción revocatoria, en la articulación de sus presupuestos, va a resultar decisiva la separación cronológica del ejercicio de la acción revocatoria respecto a la ejecución frustrada del patrimonio del deudor: daño no es propiamente la ejecución frustrada sino un evento anterior cronológicamente aunque conceptualmente dependiente: la lesión de la garantía patrimonial que impide la ejecución futura.

2. FUNCIÓN DE LA ACCIÓN REVOCATORIA ORDINARIA COMO MEDIDA DE TUTELA DEL CRÉDITO¹⁴

Sin la existencia de un mecanismo como la acción revocatoria, no sería efectiva la sujeción de los bienes del deudor a la ejecución del acreedor: el objetivo último es la protección de las expectativas del acreedor de realización coactiva de su crédito.

La acción revocatoria constituye un poder del acreedor para *impugnar* ciertos actos de disposición del deudor que resulten «perjudiciales» para la realización de su crédito¹⁵: un remedio que neutraliza el daño *a posteriori* a través de la declaración de ineficacia del acto en la medida necesaria para permitir al acreedor dirigir su acción, ejecutiva o conservativa, contra el bien enajenado¹⁶.

¹³ Como subraya EULA (*Commentario...* cit, p. 845): «el legislador ha cuidado, en la moderna reelaboración de un instituto tan antiguo, de trazar el perfil de modo más acabado, con explícita referencia a elemento y condiciones y a efectos antes sólo implícitos. Sobre todo, ha intentado resolver normativamente, algunas controversias e incertidumbres que en un pasado habían fatigado a la doctrina y la jurisprudencia».

¹⁴ Sobre la función de la acción revocatoria *fallimentare* es conocida la disputa entre los defensores de la teoría «anti-indemnitaria» (principalmente MAFFEI ALBERTI, *La funzione della revocatoria fallimentare*, en *Giurisprudenza Commentata*, 1976, I, pp. 362-388) que defienden que la acción revocatoria desempeña una función preventiva al formar en torno a los empresarios con dificultades económicas, una especie de cordón de seguridad que advierte al resto de sujetos del tráfico jurídico el riesgo que corren manteniendo relaciones con estos sujetos pues pueden sufrir después los efectos de la acción revocatoria concursal. Esta función preventiva impide la continuidad de la empresa en crisis e induce al empresario a solicitar, voluntariamente, un procedimiento de administración controlada (vía alternativa al proceso liquidatorio de la quiebra). En cambio los valedores de la teoría tradicional, no aceptan la impugnación de actos en sí mismos no perjudiciales (aunque hayan sido realizados durante los períodos legales), o que el sistema revocatorio no encuentre su límite en la reintegración del patrimonio del deudor quebrado hasta poder satisfacer los créditos pendientes insinuados en el pasivo (LIBERTINI, *Pagamento cambiario e revocatoria fallimentare*, Giuffrè, Milán, 1983; y *Sulla funzione della revocatoria fallimentare: una replica e un' autocritica*, en *Giurisprudenza Commentata*, 1977, I, pp. 84-116). Vid. nuestro trabajo *Líneas maestras de la regulación italiana de la acción revocatoria*, en *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, 1994, pp. 69-73.

¹⁵ Se trata, junto con la acción subrogatoria, de unos poderes «que consienten al acreedor interferir con éxito en la esfera jurídico-patrimonial del deudor, con el fin de neutralizar preventivamente, o remover a posteriori, los efectos de aquellos actos de los cuales de pueda derivar una disminución o perjuicio a la garantía patrimonial» (MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuali dell' azione surrogatoria. Contributo allo studio della responsabilità patrimoniale dal punto di vista dell' azione*, Giuffrè, Milán, 1975, p. 82).

El acreedor tendría total seguridad de poder ejecutar el patrimonio del deudor si la constitución de la obligación impidiera al deudor disponer de sus bienes. Pero lo que interesa al acreedor no es tanto la intangibilidad del patrimonio del deudor por privación de su facultad de disposición (insostenible por otra parte en un ordenamiento moderno que debe considerar los intereses de una economía dinámica) sino la subsistencia en el patrimonio del deudor de bienes suficientes para cubrir la realización del crédito.

Se ha sostenido en la doctrina italiana que el régimen de la acción revocatoria se traduce en una ineficacia originaria del acto de disposición, porque el deudor carece de legitimación para realizar actos que comporten perjuicio al acreedor¹⁷. No podemos compartir dicha afirmación: la acción revocatoria (y la impugnación que su ejercicio comporta) no se funda en un límite *a priori* de la disponibilidad que el deudor conserva sobre su patrimonio. Tampoco es consecuencia de un deber accesorio de no disponer de su patrimonio que pesa sobre el deudor¹⁸, sino más bien representa un remedio contra el daño derivado de algunos actos de disposición a los que el ordenamiento priva de eficacia en la medida en que con dichos actos se está lesionando el derecho de crédito.

Ya que el legislador italiano al configurar legalmente el *eventus damni* como presupuesto de la acción revocatoria habla en general de *pregiudizio*, cabe preguntarse si no sería posible utilizar la acción revocatoria para impugnar actos jurídicos que lesionan otros intereses o expectativas, y no sólo la garantía patrimonial. La función de conservación de la garantía patrimonial *genérica* es aceptada unánimemente por la doctrina italiana; pero se ha propuesto que la acción revocatoria sirva, además para tutelar la garantía *específica*, protegiendo al acreedor también en el plano de satisfacción de su interés primario a recibir la prestación debida¹⁹.

Esta función de la acción revocatoria se aproximaría a la nueva orientación que parte de la doctrina italiana da a la tutela aquiliana del crédito

¹⁶ En derecho italiano este régimen de ineficacia de los actos perjudiciales para los acreedores se utiliza también para los actos realizados por el deudor sobre los bienes sujetos a *pignoramento* del artículo 2913 del *Codice Civile*, o el propio artículo 2906 referido al secuestro conservativo: «no tendrá efecto, en perjuicio del acreedor que ha solicitado el secuestro conservativo, las enajenaciones y los otros actos referidos a la cosa secuestrada».

¹⁷ DE MARTINI, *L'eventus damni nella revocatoria fallimentare*, en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1958, pp. 244-262. Sobre la base de NICOLO, *Commentario del Codice Civile: Libro Sesto*, sub artículo 2901, dirigido por SCIALOJA/BRANCA, Zanichelli-Foro Italiano, Bologna-Roma, 1953, p. 196) para quien el fundamento de la acción revocatoria es una limitación al poder dispositivo del deudor, de modo que el acto perjudicial es originariamente ineficaz.

¹⁸ Sobre este deber del deudor de conservar la solvencia de su patrimonio se han manifestado EULA (*Commentario... cit.*, p. 839): «el deber violado del deudor -complementario respecto al deber principal de satisfacción del crédito- es no realizar actos de disposición que lleven a la imposibilidad económica de dicha satisfacción»; o BARBERO (*Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, II, 3.^a ed., UTET, Turín, 1951, p. 104) para quien «el deber de cumplir significa procurar y con mayor razón aún *conservar los medios para cumplir o hacer frente al menos a la responsabilidad por incumplimiento*; así como BETTI (*Teoria generale...*, p. 206).

¹⁹ CASTIGLIONE HUMANI (*Natura giuridica del negozio in frode ai creditori e limiti dell'azione revocatoria*, en *Annuario di Diritto Comparato*, 1946, pp. 117-150); y SARASSO (*La revocatoria ordinaria. Profili generali*, Giuffrè, Milán, 1970, pp. 89-90).

que pretende conseguir la declaración de ineficacia, respecto al primer acreedor, del acto sucesivo de su deudor con un tercero que lesiona su derecho²⁰. Aunque en la doctrina²¹ se ha afirmado expresamente que falta en el sistema jurídico italiano un principio general por el cual todo perjuicio ocasionado a un tercero mediante un acto de disposición merezca ser calificado como ineficaz como medio jurídico para procurar la inoponibilidad de los efectos perjudiciales a los sujetos protegidos; no debemos descartar que el ordenamiento pueda ofrecer esta protección al acreedor a través de la generalización del esquema de ineficacia parcial y relativa propio de la acción revocatoria como medio de tutela más específico y efectivo que el mero resarcimiento pecuniario.

La evolución próxima del derecho civil patrimonial debe ir dirigida a ampliar los medios de tutela del crédito (instrumento fundamental para la moderna economía). En dichos medios de tutela debe comprenderse no sólo aquellos que procuran el resarcimiento de los daños sino también estos otros que permiten la restitución, o el restablecimiento de la situación anterior mediante la declaración de ineficacia de algún acto jurídico lesivo del crédito²². La acción revocatoria dispone de una disciplina que se adecua al supuesto que regula, acto de disposición que lesiona la garantía patrimonial, utilizando el esquema de la ineficacia relativa y parcial, mecanismo jurídico efectivo para proteger a los acreedores y al tiempo respetuoso, en la medida de lo posible, para mantener parte de la eficacia del acto impugnado. Por eso podría utilizarse este mismo esquema de ineficacia para resolver otros conflictos de derechos.

²⁰ De modo que habría una reparación *in natura* mediante la ineficacia, y no solo una reparación pecuniaria. Sobre la dialéctica entre tutela resarcitoria y tutela repristinatoria, *vid.* DI MAJO (*La tutela civile dei diritti* (3), 2.ª ed., Giuffrè, Milán, 1993). Para BENACCHIO (*Alienazione successiva di uno stesso immobile e responsabilità del secondo acquirente*, en *Responsabilità civile e Previdenza*, 1982, p. 179) «cuando un juez, particularmente sensible a las exigencias de la equidad, sentía la necesidad de reprimir la conducta indudablemente deshonesto del segundo adquirente, era más propenso a conceder la revocatoria aunque no se verificaran todos los presupuestos».

²¹ LAZZARO, *Atti di disposizione lesivi della garanzia generica e concorso tra risoluzione ed azione revocatoria*, en *Giustizia Civile*, 1970, I, p. 1045; en la línea abierta por TABET, *Le locazioni dell'usufruttuario in frode del proprietario*, en *Foro italiano*, 1956, I, p. 1375. Ha subrayado TRIMARCHI (*Istituzioni di diritto privato*, 8.ª ed., Giuffrè, Milán, 1989, p. 626) que «la acción revocatoria no equivale a un principio de general oponibilidad de los derechos de crédito a los terceros. La acción revocatoria no puede imponer a los operadores económicos preocuparse constantemente de los eventuales vínculos preexistentes de la otra parte incompatible con el nuevo vínculo, sino sólo de proceder con cautela frente a una posible insolvencia. Y como la insolvencia se suele manifestar públicamente, esta regla no comporta excesiva carga para la rapidez y seguridad del tráfico jurídico».

²² La tutela del crédito merece todas las medidas que el ordenamiento pueda conceder; desde el siglo pasado y durante el presente, se puede observar un movimiento jurisprudencial y doctrinal (especialmente en el derecho anglosajón y en alguna medida en el germánico) dirigido a atribuir al acreedor una tutela más intensa que procura concederle, en la medida de lo posible, la satisfacción aunque sea coactiva de su interés. El *Codice Civile* de 1942 ha acogido algunas de estas manifestaciones (GIORGIANNI, *L'inadempimento*, 3.ª ed., Giuffrè, Milán, 1975, p. 11).

3. EFECTOS DE LA ACCIÓN REVOCATORIA

Los efectos de la acción revocatoria italiana están dirigidos a permitir que el acreedor pueda ejecutar el bien salido del patrimonio del deudor mediante el acto de disposición ahora impugnado (porque el supuesto más frecuente de acto dispositivo, tomado en consideración al establecer la regulación, consiste en una enajenación). Pero este bien ¿debe retomar al patrimonio del deudor, o sigue perteneciendo al tercero adquirente y frente a él debe el acreedor dirigir su acción ejecutiva?

El artículo 2902 del «Codice Civile» establece que *el acreedor, obtenida la declaración de ineficacia, puede promover frente al tercero adquirente, las acciones ejecutiva o conservativa sobre los bienes que fueron objeto del acto impugnado*. En el ordenamiento italiano, una vez ejercida la acción revocatoria, y una vez obtenida la sentencia favorable que declara la ineficacia del acto de disposición, el acreedor ejercita sus acciones sobre el bien frente al tercero adquirente. Lo establece también el *codice* al regular el objeto de la ejecución forzosa²³.

De este modo el bien enajenado no ha de retomar al patrimonio del deudor: no existe esta restitución porque no es necesaria: dicho bien puede ser objeto de ejecución en el propio patrimonio del tercero adquirente. Decir que por efecto de la acción revocatoria el bien retornaba al patrimonio del deudor sólo para permitir allí la ejecución del acreedor, no tenía mucho sentido²⁴. Se trataba, la del deudor, de una titularidad desprovista de facultades, pues su único fin era permitir la ejecución del acreedor²⁵. Si afirmamos que el bien debe volver al patrimonio del deudor ¿cómo podríamos negar a los otros acreedores que no participaron en el juicio revocatorio, legitimación para poder, ellos también, agredir dicho bien que se encuentra en el patrimonio del deudor común?²⁶.

En este punto los efectos de la acción subrogatoria difieren a los de la revocatoria; y es que, no lo olvidemos, la acción subrogatoria significa la legitimación excepcional de los acreedores para ejercer derechos y

²³ Artículo 2910: «el acreedor, para conseguir cuanto se le debe, puede embargar los bienes del deudor según las reglas establecidas por el código de procedimiento civil. Pueden ser embargados también los bienes de un tercero vinculados como garantía del crédito o cuando han sido objeto de un acto que ha sido revocado por haber sido realizado en perjuicio del acreedor».

²⁴ Así se advierte en la propia *Relazione ministeriale al Codice*, en su párrafo número 1182, se afirma que «los bienes enajenados no vuelven a entrar en el patrimonio del deudor, sino que la acción revocatoria se pronuncia solo para sujetar dichos bienes a las acciones del acreedor perjudicado» (PANDOLFELLI/SCARPELLO/STELLA RICHTER/DALLARI, *Codice civile, Libro della tutela dei diritti*, Giuffrè, Milán, 1941).

²⁵ Afirmaba AULETTA (*Revocatoria civile e fallimentare*, Giuffrè, Milán, 1939, p. 55): «el deudor se convierte de nuevo en titular sólo para permitir a los acreedores el ejercicio de la acción ejecutiva. El deudor recuperaría la titularidad sólo porque ésta sería presupuesto para la ejecución pero ninguna de las facultades que forman el contenido del derecho de propiedad le correspondería».

²⁶ Como afirma DE LISE/COSSU (*Mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, en Commentario teorico-pratico al codice civile*, dirigido por DE MARTINO, sub artículo 2901, Pem, Roma, 1975, p. 80): la acción revocatoria permite «privilegiar a aquel acreedor que con el ejercicio de la acción revocatoria se muestra más solícito en la defensa de sus intereses; en efecto, si una vez ejercida con éxito la acción revocatoria el bien retornara al patrimonio del deudor (o se considerara como si nunca hubiera salido de él) sería entonces necesario admitir el concurso de los otros acreedores del deudor».

acciones de su deudor; en tanto que la acción revocatoria comporta el ejercicio (en su propio nombre y en su exclusivo beneficio) de un poder que el ordenamiento le concede para poder realizar su crédito²⁷.

El bien que va a ser objeto, en la mayoría de las ocasiones, de una ejecución inmediata, se halla en una situación de destino²⁸ a disposición del acreedor. Para el acreedor resulta del todo indiferente actuar *in executivis* contra el deudor o contra el tercero; porque no es necesario que coincida la persona del deudor y el sujeto pasivo de la acción ejecutiva²⁹. Pero dicha titularidad determinará a quién va a parar el posible remanente que resulte, una vez ejecutado el bien, siguiendo las reglas generales de la ejecución, pertenecerá al propietario del bien ejecutado³⁰.

Para alguna doctrina, con la acción revocatoria se podía considerar que el bien no había salido nunca del patrimonio del deudor; creaba, por tanto, una ficción jurídica para permitir la posterior ejecución del bien³¹. Para otros el bien se halla vinculado a la función que el patrimonio del deudor desarrolla de garantía genérica del crédito: si el bien cuando se encuentra en el patrimonio del deudor está sujeto a la ejecución del acreedor como consecuencia de la responsabilidad patrimonial, el deudor, no puede transmitir el bien en mejores condiciones de las que se encontraba³². El tercero adquiere dicho bien cuando ya se halla desarrollando dicha función, que de alguna forma lo impregna, y se mantiene en situación de poder ser objeto de ejecución si se dan las condiciones de la acción revocatoria. El tercero sufre la ejecución de un bien que le pertenece sin ser él el deudor del acreedor porque existe una *responsabilità senza debito* a su cargo. En cambio para otros el tercero adquirente sufre la responsabilidad porque él mismo es también deudor en el

²⁷ Por todos GALGANO (*Diritto civile e commerciale*, tomo II, vol. 2, CEDAM, Padua, 1990, p. 410): «el acreedor que ejerce la acción revocatoria actúa en su propio beneficio; en cambio, quien ejercita la acción subrogatoria *reintegra el patrimonio del deudor* en beneficio de todos los acreedores; una vez que, como consecuencia de la acción subrogatoria ejercida por un acreedor, el bien entra en el patrimonio del deudor, cada uno de los otros acreedores puede concurrir sobre él siguiendo las reglas generales».

²⁸ Sugerido por MAZZARELLA (voz *Esecuzione forzata (diritto vigente)*, en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XV, Giuffrè, Milán, 1966, p. 457): «el bien parece encontrarse en un estado de destino que no necesita de una titularidad definida; basta encontrar un sujeto contra quien dirigir la acción ejecutiva o conservativa de que se trate».

²⁹ DE LISE/COSSU, *Mezzi di conservazione...*, p. 80.

³⁰ Ninguna duda le ofrece a RAVAZZONI (*Trattato di Diritto Privato*, dirigido por P. RESCIGNO, t. XIX, UTET, Turín, 1985, p. 78): «si del dinero obtenido en la venta, después de haber pagado a los acreedores, quedara una parte del precio, esta parte, obviamente, debe ser devuelta al tercero adquirente».

³¹ En opinión de BETTI (*Teoria.. cit.*, p. 193) la acción revocatoria «no hace que el bien vuelva a entrar en el patrimonio del deudor al modo en que sucede al ejercer la acción subrogatoria, sino que lo hace entrar de forma «ideal». Para AZZOLINA (*La revoca fallimentare*, en *Diritto Fallimentare*, 1951, I, p. 20) «la esencia peculiar de la ineficacia se manifiesta como exclusión, en el acto revocado, de su idoneidad para hacer salir el bien del patrimonio del deudor; no se trata por tanto de una ficción, sino de una verdadera realidad ontológica, que el bien continua en el patrimonio del deudor, del cual no ha salido nunca».

³² AULETTA (*Revocatoria...*, p. 96).

sentido de que ha participado activamente en la comisión de un daño del cual debe responder³³.

Otra doctrina explica el régimen legal afirmando que *erga omnes* el tercero adquirente era su verdadero propietario; pero frente al acreedor este acto de disposición no había desplegado todos sus efectos, o alguno de esos efectos (los perjudiciales) habían sido eliminados con la acción revocatoria. La adquisición del tercero se mantiene, el acto de disposición es válido (a diferencia del supuesto de simulación donde, en efecto, la transmisión es sólo aparente). Se trata de la «teoría del doble efecto del acto de disposición»: el primer efecto es transmitir la propiedad del bien del deudor al adquirente; y, como efecto reflejo, hace salir el bien de la acción ejecutiva de los acreedores³⁴. Con la acción revocatoria no se ataca el primer efecto del acto de disposición, sino sólo el segundo; una vez declarada la ineficacia el acreedor puede dirigirse contra el tercero y ejercer sobre dicho bien las medidas ejecutivas o conservativas que procedan.

En suma, como consecuencia del ejercicio de la acción revocatoria no surge a cargo del tercero vencido obligación de restituir el bien adquirido para que este vuelva al patrimonio del deudor. Tampoco se puede afirmar que el bien se debe considerar como si nunca hubiera salido del patrimonio del deudor³⁵ para que pueda ahora quedar sujeto a la ejecución, por las siguientes razones: 1) porque el acto es válido; 2) porque se trata de una ineficacia que pretende eliminar un perjuicio y por tanto sólo incide en los efectos perjudiciales de dicho acto; 3) porque para la satisfacción del crédito basta permitir la ejecución al acreedor; 4) porque expresamente el Código establece que el acreedor dirigirá sus acciones contra el tercero adquirente, en cuyo poder se encuentra el bien objeto del acto revocado. El acreedor no puede menos, pero tampoco puede pretender más, que pedir ser puesto en las mismas condiciones en que se encontraba antes de haberse concluido el acto dispositivo ahora impugnado.

En cualquier caso, los efectos de la acción revocatoria italiana favorecen sólo al acreedor actor y no a los otros acreedores del deudor disponente que no hayan participado en el juicio revocatorio, y por supuesto, tampoco al deudor mismo pues el acreedor actúa en nombre propio. Solo

³³ El acto que ha dado lugar a la lesión de la garantía patrimonial (RAGUSA MAGGIORE, *Contributo alla teoria unitaria della revocatoria*, Giuffrè, Milán, 1960, p. 91).

³⁴ «Cuando concurren las condiciones exigidas por el artículo 2901 el efecto secundario del acto traslativo no se produce, o mejor, no es oponible al acreedor» (NICOLÒ, *Commentario...* p. 189); DEL GIUDICE (*Azione surrogatoria e azione revocatoria (Rassegna di Giurisprudenza)*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1957, p. 839).

³⁵ En este sentido ZATTI/COLUSSI (*Lineamenti di diritto privato*, CEDAM, Padua, 1991, p. 333): «el acto es inoponible al acreedor, el cual puede hacer valer sus pretensiones como si el acto no hubiese sido realizado». En contra, la opinión más autorizada de NICOLÒ: «el acto revocado en realidad conserva no solo su validez intrínseca *inter partes*, sino también su eficacia *erga omnes* para producir la transmisión del derecho» (*Commentario...*, p. 186).

el acreedor agente en revocatoria está provisto del «título» suficiente para poder actuar contra los bienes que el deudor había enajenado³⁶.

La ineficacia parcial y relativa como régimen propio de la acción revocatoria fue apuntada por la doctrina italiana anterior al *Codice* de 1942 que estaba dividida entre partidarios de la «nulidad» y partidarios de la «ineficacia»³⁷. Con el actual Código la tesis que afirmaba la nulidad del acto dispositivo del deudor ha sido del todo abandonada. El legislador del *Codice* ha querido sólo reducir la eficacia del acto de disposición para permitir la ejecución. El acreedor no está interesado en la nulidad del acto, sino sólo en la eliminación del perjuicio que se le ocasiona.

El régimen legal italiano merece un juicio positivo, fundamentalmente por salvaguardar las expectativas del acreedor y al mismo tiempo, y en la medida posible, mantener los efectos no perjudiciales del acto³⁸: reconduce los efectos de la acción pauliana para que su función (tutela del crédito) pueda ser desarrollada en sus justos términos, con una solución que armonice los distintos intereses en juego, a saber: por una parte mantener la libertad de disposición del deudor sobre su patrimonio pese a la responsabilidad patrimonial; por otra parte, el ordenamiento no puede dejar indefenso al acreedor frente a los actos de disposición del deudor que lesionan la garantía patrimonial; y, por último, tutelar la confianza y seguridad del tráfico protegiendo a quien adquiere de buena fe y a título oneroso.

II. *EVENTUS DAMNI*: ELEMENTO ESENCIAL DE LA ACCIÓN REVOCATORIA

4. EVOLUCIÓN DE LA CONFIGURACIÓN DEL *EVENTUS DAMNI*

El *eventus damni* constituye el elemento fundamental de la acción revocatoria italiana³⁹. Su configuración viene determinada por la función que la acción revocatoria debe desarrollar: concebida ésta como un

³⁶ «Los otros acreedores menos diligentes no tendrán título, ni siquiera, para poder intervenir en el futuro proceso ejecutivo» (DE LISE/COSSU, *Mezzi di conservazione...*, p. 81).

³⁷ Entre los partidarios de la nulidad absoluta podemos enumerar a ALLARA (*Delle Obbligazioni*, UTET, Turín, 1939, pp. 290 ss); PACCHIONI (*Trattato delle obbligazioni*, Bocca, Turín, 1927, pp. 112 ss.); BUTERA (*Dell'azione pauliana o revocatoria*, UTET, Turín, 1934, p. 129). En cambio la ineficacia era defendida por COSATTINI (*La revoca degli atti fraudolenti*, CEDAM, Padua, 1939, pp. 231 ss); y MAIERINI (*Della revoca degli atti fraudolenti fatti dal debitore in pregiudizio dei creditori*, Florencia, 1898, pp. 130 ss).

³⁸ Para D'ERCOLE (*L'azione revocatoria*, en *Trattato di Diritto Privato*, dirigido por P. RESCIGNO, Vol. XX, UTET, Turín, 1985, p. 159) la propia ley es el fundamento de dicho régimen. Para NICOLÒ (*Commentario...*, p. 183) «hace falta ver sobre qué fundamento jurídico la ley establece esa ineficacia, no siendo suficiente afirmar pura y simplemente que dicha consecuencia se deriva de la propia ley».

³⁹ Para la reintegración de la quiebra existe en el ordenamiento italiano una acción revocatoria llamada *fallimentare*, regulada en los artículos 64-71 del RD 16 marzo 1942, n. 267 (la conocida *Legge Fallimentare*) que es ejercida en el seno del *fallimento* por el síndico, y que

medio de tutela del crédito, de cada crédito singularmente, el legislador debe configurar el *eventus damni* para que cumpla esa función; esa configuración determinará también la de otros presupuestos de la acción y el distinto alcance de los efectos⁴⁰.

El Código Civil de 1942 vino a dotar a la acción revocatoria de una regulación más orgánica y completa frente al insuficiente tratamiento que nuestra figura recibía en el viejo Codice de 1865 donde la acción revocatoria era prevista en el artículo 1235 que se limitaba a dar, de forma sucinta, alguna pincelada de su régimen (haciendo hincapié, sobre todo, en el elemento subjetivo)⁴¹.

Como en dicho artículo solo se hablaba de «fraude» pero no de «daño», algunos autores consideraron que el daño era un elemento implícito en la noción de fraude⁴², olvidando que el fraude de acreedores es ante todo un daño a su derecho de crédito. No se puede hablar de fraude de acreedores si no existe perjuicio⁴³; no hay acción revocatoria sin un daño que eliminar⁴⁴.

reintegra la masa activa de la quiebra en favor de todos los acreedores cuyos créditos hayan sido admitidos, formando la masa pasiva. Para facilitar su ejercicio la *legge fallimentare* contiene varias presunciones de conocimiento del perjuicio por parte del tercero; e incluso prescinde del elemento subjetivo como requisito para impugnar actos de disposición a título gratuito. Sobre el contenido del *eventus damni* de la acción revocatoria concursal *vid.* nota 64.

⁴⁰ Mediante la acción revocatoria el acreedor podrá impugnar los actos de disposición que impidan que el patrimonio del deudor cumpla la función de garantía frente al acreedor que el ordenamiento le tiene asignada. El *eventus damni* viene configurado legalmente como *pregiudizio alle ragioni del creditore*. El daño que la acción revocatoria viene a eliminar es una lesión directa a la garantía patrimonial, e indirecta al derecho de crédito: impedir su realización forzosa. Por ello defendemos que también para el derecho italiano no cabe recurrir a la acción revocatoria cuando, aunque el deudor ha realizado un acto de disposición que disminuye la consistencia de su patrimonio (hay lesión de la garantía patrimonial), no resulta perjudicado en última instancia el crédito porque el acreedor cuenta con otras posibilidades de satisfacción (como por ejemplo reclamar el pago a un fiador o a otros codeudores solidarios).

⁴¹ Dicho artículo 1235 afirmaba que «los acreedores pueden, también, impugnar en su propio nombre los actos que el deudor haya realizado en fraude de sus expectativas (*ragioni*)». En este sentido apuntaba NATOLI (voz *Azione revocatoria*, en *Enciclopedia del Diritto*, IV, Milán, 1959, p. 893) que «a diferencia de cuando sucedía con el viejo código que sobre el tema guardaba silencio, el artículo 2901 del código vigente ha tenido cuidado de especificar la necesidad de este presupuesto ya puesto en evidencia por la doctrina tradicional con la denominación de *eventus damni*».

⁴² MAIERINI, *Della revoca degli atti fraudolenti...* p. 156.

⁴³ Es significativo que, tras la promulgación del código de 1942, las monografías dedicadas a la acción pauliana dejan de titularse «de los actos fraudulentos», para referirse a «los actos perjudiciales» (como advirtió CORRADO, *La revoca degli atti in pregiudizio dei creditori*, en *Rivista di diritto commerciale*, 1947, p. 263).

⁴⁴ Referido al artículo 1167 del *code civil* pero también válido para el artículo 1235 del viejo *codice civile* se expresaba la doctrina francesa, entre ellos LAURENT (*Principes de Droit Civil Français...*, p. 498): «la ley parece exigir una sola condición, el fraude. Pero este requisito implica otros: ante todo, hace falta que el acto impugnado haya causado un perjuicio a los acreedores»; y BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE (*Traité théorique et pratique...* p. 658): «hace falta que el acto realizado por el deudor haya causado perjuicio a los acreedores. La ley no lo dice expresamente, porque solo habla de fraude; pero lo sobreentiende. La idea de perjuicio está contenida dentro de la de fraude». Entre los autores italianos, BUTERA (*Dell'azione pauliana...*, p. 279): sin perjuicio, falta interés en accionar; y GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, II, Florencia, 1891, p. 383.

En el artículo 1235 del *Codice* de 1865 sólo se habla de «fraude» sin incluir una definición de los requisitos o presupuestos de la acción revocatoria, de modo que la doctrina y la jurisprudencia consideraron que seguían siendo aplicables los presupuestos tradicionales elaborados sobre la base del Derecho romano justineano: el *eventus damni* y el *consilium fraudis*. Al *eventus damni* se le consideró como el daño que se producía para los acreedores como consecuencia de la insolvencia patrimonial del deudor ocasionada por el acto impugnado. El daño vino a referirse, en un primer momento, a la tradicional «insolvencia absoluta», es decir, la carencia de bienes en el patrimonio del deudor manifestada por la ejecución frustrada⁴⁵.

A falta de definición en el viejo Código de 1865, el *eventus damni* fue identificado con la insolvencia absoluta que exigía, como medio de prueba, la excusión previa del patrimonio del deudor, a no ser que tal insuficiencia patrimonial fuera patente por otros medios: la quiebra del deudor, su fuga, una previa excusión infructuosa a cargo de otros acreedores⁴⁶. Solo que la acción revocatoria decimonónica codificada es una nueva pauliana, distinta a la de los textos clásicos y justinianos, por ser individual tanto en cuanto a la legitimación singular del acreedor, como por sus efectos relativos al acreedor agente. Por eso para la conformación del *eventus damni* no cabía acudir a las fuentes del derecho intermedio, referidas a una pauliana colectiva en el seno de un procedimiento de ejecución total del deudor, sino que se acudió a la ley especial alemana, la ya referida *Anfechtungsgesetz*, prevista, precisamente, para los acreedores singulares.

De modo que los autores italianos atribuyen al *eventus damni*, elemento necesario en la estructura de la acción revocatoria, un contenido similar al que explícitamente preveía el parágrafo 2 de la *Anfechtungsgesetz* alemana sobre la base de que si el interés del acreedor consiste en la conservación de bienes en el patrimonio del deudor en la medida necesaria para asegurar la satisfacción coactiva del crédito, la noción alemana de *eventus damni* había también de servir para la acción revocatoria italiana⁴⁷. El § 2 de la ley alemana establece que el acreedor está autorizado a impugnar «cuando la ejecución forzosa en el patrimonio del deudor no haya conducido o sea previsible que no conducirá a una íntegra satis-

⁴⁵ La concepción tradicional de la insolvencia proviene del derecho romano, en concreto de la incardinación de la acción revocatoria dentro del proceso de ejecución. El *bonorum emptor* solo podía ejercitar la acción revocatoria después de que con la *bonorum venditio* se hubiera puesto de manifiesto la imposibilidad de satisfacer a los acreedores con el patrimonio del deudor. La previa liquidación del patrimonio del deudor evidenciaba la insolvencia del deudor y por tanto el perjuicio que sufrían los acreedores insatisfechos. En cambio la revocatoria ordinaria o civil tiene en el derecho italiano actual, zanjando una vieja discusión doctrinal, un carácter marcadamente preparatorio de una futura y eventual ejecución. Como puso de manifiesto EULA (*Commentario...*, p. 841).

⁴⁶ BREZZO, *La revoca degli atti fraudolenti compiuti a danno dei creditori*, UTET, Turín, 1892, p. 204.

⁴⁷ COSATTINI, *La revoca degli atti fraudolenti...*, p. 125.

facción del acreedor». Cambia la propia configuración del *eventus damni* a través de lo que se ha de probar en juicio para permitir la impugnación: no ya la insolvencia demostrada por una ejecución intentada y frustrada, sino la imposibilidad de una ejecución forzosa futura.

Se establece, así, una relación lógica entre imposibilidad de la ejecución del patrimonio del deudor y ejercicio de la acción revocatoria, pero con una fractura temporal que va a permitir al acreedor no tener que esperar hasta el momento de la ejecución para poder impugnar; se modifican el régimen probatorio⁴⁸ y la concepción misma del *eventus damni* como presupuesto de la acción revocatoria⁴⁹.

5. *EVENTUS DAMNI* COMO PELIGRO DE DAÑO, O COMO LESIÓN DE LA GARANTÍA PATRIMONIAL

En un principio, el acreedor podía ejercer el interdicto fraudatorio después de que la previa ejecución del patrimonio del deudor había puesto de manifiesto la concurrencia del *eventus damni*. En la ley alemana se ha evolucionado hacia la no necesidad en todo caso de la ejecución previa del patrimonio del deudor, conectando su ejercicio con la frustración de la ejecución o con la previsión de que por insuficiencia actual de bienes en el patrimonio del deudor susceptibles de ser embargados, dicha ejecución será infructuosa.

A partir de la *Anfechtungsgesetz*, se construye en la doctrina italiana el concepto de *pericolo di danno* basado en indicios de que la ejecución forzosa resultará frustrada; en consecuencia, la determinación del *eventus damni* no exige ya excusión previa del deudor. El perjuicio como peligro de daño y no como insolvencia manifiesta es, pues, propio de una acción pauliana o revocatoria civil individual, a diferencia de la histórica acción pauliana romana y del derecho común ligada a una ejecución colectiva del patrimonio del deudor, cuyo esquema se ha conservado, a través de los estatutos de las ciudades italianas medievales, en el derecho mercantil.

En el ordenamiento italiano la doctrina inmediatamente posterior al Código⁵⁰ ha recogido esta concepción que ha permitido ampliar el círculo de acreedores legitimados para ejercer la acción revocatoria⁵¹. Conce-

⁴⁸ En efecto, la insolvencia relativa, o peligro de daño, eximen de realizar una excusión previa del patrimonio del deudor: el *eventus damni* se determina en función de indicios o juicio probabilístico (LUCCHINI GUASTALLA, *Danno e frode nella revocatoria ordinaria*, Giuffrè, Milán, 1995, p. 68, nota 38).

⁴⁹ ARATO (*Operazioni bancarie in conto corrente e revocatoria fallimentare delle rimesse*, Giuffrè, Milán, 1991, p. 8) advierte que «quienes acentúan la relevancia del fraude (subjetivo) exigen una prueba rigurosa de la insolvencia, entendiéndolo que el acreedor, antes de ejercitar la revocatoria debe agredir el patrimonio del deudor; quienes ponen el acento en el perjuicio del acto han elaborado un concepto más blando de insolvencia, hablan de una «insolvencia relativa» que comprende toda dificultad para la satisfacción de las expectativas del acreedor».

⁵⁰ Especialmente NICOLÓ (*Commentario..* sub artículo 2901, p. 216); NATOLI (*Azione revocatoria...*, p. 893); DE MARTINI, voz *Azione revocatoria*, en *Novissimo Digesto Italiano*, II, UTET, Turín, 1958, p. 159.

⁵¹ Lo contempla expresamente el artículo 2901 del *Codice Civile*: «El acreedor, aunque el crédito esté sujeto a condición o a término, puede pedir...». Admitían, antes de la promulgación

bir *eventus damni* como peligro de daño significa que será suficiente motivo para ejercer la acción revocatoria la situación en la cual un acto de disposición del deudor haga que las expectativas del acreedor corran el riesgo de poder ser en todo o en parte frustradas⁵².

La jurisprudencia, en esta línea, ha construido un concepto amplio de *eventus damni* que abarca no sólo la imposibilidad, sino también la mayor dificultad o riesgo de realización del crédito a través de la ejecución forzosa del patrimonio del deudor⁵³.

El último estadio de esta evolución consiste en concebir el *eventus damni* como *lesión de la garantía patrimonial*. La insuficiencia del patrimonio del deudor para soportar una ejecución de parte del acreedor no significa un «peligro de daño», la frustración de la futura ejecución, sino que representa un «daño actual», la lesión de la garantía patrimonial⁵⁴. La lesión de la garantía patrimonial representa un daño al interés del acreedor (protegido por el ordenamiento) a contar con la solvencia del deudor como primera «garantía» para la satisfacción de su crédito⁵⁵.

del *codice* de 1942, la legitimación tanto para los acreedores a término como para los sujetos a condición, BUTERA, *Dell'azione pauliana... cit.*, p. 495; PACCHIONI, *Delle obbligazioni in generale*, en *Diritto civile italiano*, II, CEDAM, Padua, 1935, p. 97, argumentando éste que la incertidumbre de la condición afecta a la deuda, a la exigencia de la prestación debida, pero no a la responsabilidad, que nace desde la constitución de la obligación; además, el acreedor debe defenderse contra el deudor fraudulento sin tener que esperar al cumplimiento de la condición porque tampoco el deudor ha esperado a tal para realizar actos fraudulentos. Por su parte, admiten la legitimación para actuar con la revocatoria a los acreedores a término, pero no al condicional: BREZZO, *La revoca degli atti fraudolenti... cit.*, p. 137; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni... II, cit.*, p. 330, quien constata que la Corte de Casación fue atrevida y decidida en esta ampliación de la legitimación activa.

⁵² «El presupuesto del *eventus damni* concurre cada vez que el resultado útil de la sucesiva ejecución forzosa corra el riesgo de quedar parcialmente frustrado» (BIGLIAZZI GERI, *Commentario al codice civile a cura di docenti e magistrati, libro VI*, UTET, Turín, 1980, p. 126); «Ello porque al acreedor le interesa el mantenimiento de una situación de mayor *fruttuosità ed agevolezza* de la acción ejecutiva», NATOLI/BIGLIAZZI GERI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, Giuffrè, Milán, 1974, pp. 167 ss.

⁵³ La Corte de Casación italiana se viene expresando en estos términos: «para ejercer la acción revocatoria no es necesario el estado de insolvencia del deudor, sino que es sólo suficiente que el acto de disposición produzca a los acreedores peligro o incertidumbre en la realización de su derecho» (Cass. 6 junio 1987 núm. 4945). Porque «el *eventus damni* subsiste no sólo cuando el acto de disposición del deudor haga imposible, sino también cuando haga más difícil la satisfacción coactiva del crédito» (Cass. 1 diciembre 1987, núm. 8930); «el *eventus damni* concurre cuando se determina la pérdida, en todo o en parte, de la garantía patrimonial ofrecida por el deudor, o cuando se verifica una mayor dificultad, incertidumbre o dispendio en la realización coactiva del crédito» (Cass. 22 marzo 1990 núm. 2400). «Subsiste el *eventus damni* cada vez que, a causa del acto de disposición, la satisfacción coactiva del crédito viene impedida o incluso resulta más difícil disminuyendo la garantía patrimonial prevista por el artículo 2740 del Código Civil» (Cass. 8 noviembre 1985 núm. 5451; 17 enero 1984 núm. 402; 16 marzo 1982 núm. 1700; 21 junio 1979 núm. 3449). Una relación extensa de sentencias anteriores la ofrece ROSELLI (*I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, en *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, UTET, Turín, 1990, p. 198).

⁵⁴ MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, CEDAM, Padua, 1970, pp. 19 ss.

⁵⁵ «Desde el momento de la constitución de la obligación, puede el acreedor pretender que el deudor conserve en su patrimonio bienes suficientes para garantizar que, en caso de incumplimiento de la obligación misma, el acreedor podrá obtener coactivamente el equivalente pecuniario de la prestación» (MAFFEI ALBERTI, *Il danno...*, pp. 22).

Nos encontramos, pues, ante una nueva concepción, desarrollo de dos premisas: 1) la acción revocatoria no comporta una ejecución inmediata del patrimonio del deudor; 2) están legitimados para el ejercicio de la acción revocatoria los acreedores condicionales para quienes aún no ha habido incumplimiento ni posibilidad de ejecución forzosa⁵⁶. No hay que esperar a la futura ejecución infructuosa porque actualmente esa insuficiencia de bienes del deudor para hacer frente a la pretensión de realización coactiva del crédito representa el presupuesto para el ejercicio de la acción revocatoria⁵⁷.

En consecuencia, como la acción revocatoria no comporta directamente la ejecución del patrimonio, sino que sólo hace posible y mantiene las posibilidades de una futura y eventual ejecución⁵⁸, su presupuesto debe estar formado por la lesión de la garantía patrimonial, que determina la imposibilidad de aquélla⁵⁹.

⁵⁶ Así pues, «habrá que considerar como presupuesto de la acción revocatoria la lesión de dicha garantía y no la imposibilidad de la ejecución forzosa»; el daño es la lesión que el acto impugnado ha causado a la garantía que los bienes del deudor representan para el acreedor (en virtud del artículo 2740 del *codice*, verificado, por tanto, en el momento de realización del acto impugnado) (MAFFEI ALBERTI, *Il danno...*, p. 23).

⁵⁷ Esta configuración del *eventus damni* ha puesto en guardia a un sector de la doctrina italiana que ha querido que la ejecución forzosa siga siendo el punto de referencia «seguro» del ejercicio de la acción revocatoria, en concreto VASALLI, *Sulla revoca della vendita a giusto prezzo (Profili del danno e del nesso causale nella disciplina degli atti in frode ai creditori)*, en *Giurisprudenza Commerciale*, 1974, I, p. 289): de la «ejecución frustrada» deberíamos encontrar el acto de disposición causante de tal perjuicio para proceder a su impugnación; o BIGLIAZZI GERI, *Commentario...*, p. 129, para quien la actualidad de la lesión de la garantía patrimonial no significa la actualidad del daño; o NATOLI/BIGLIAZZI GERI, *I mezzi di conservazione... cit.*, p. 171, al contestar la propia existencia del deber autónomo de conservar la garantía genérica del crédito, porque *eventus damni* no ha de ser lesión de la garantía, sino lesión del crédito; retomando las palabras de NICOLÓ, *Commentario del codice civile: Tutela dei diritti*, a cargo de SCIALOJA/BRANCA, sub artículo 2740, Zanicheli-Foro Italiano, Bolonia-Roma, 1954, p. 4: «el comportamiento del deudor que enajena sus bienes no representa una lesión del derecho del acreedor a conseguir el bien debido, porque no puede excluirse que el deudor pueda cumplir espontáneamente la prestación debida o bien, tenga en el momento en que el acreedor inicia la ejecución forzosa, bienes suficientes para asegurar la realización coactiva del crédito». Últimamente, LUCCHINI GUASTALLA, *Danno e frode...*, p. 170, asegura que «resulta imposible prescindir del momento de la ejecución forzosa que continua (en justicia) teniendo relevancia como punto de referencia en el análisis dirigido a determinar la concurrencia del *eventus damni*».

⁵⁸ «La acción revocatoria deja de ser exclusivamente una acción estrechamente ligada a la ejecución para ser también un medio para tutela de modo preventivo, el derecho de crédito» (LUCCHINI GUASTALLA, *Danno e frode...*, p. 74). La consideración de la acción revocatoria como medida preventiva, instrumental respecto a una ulterior ejecución, se desarrolla con ANDRIOLI (*L'azione revocatoria*, Roma, 1935). Después CORRADO (*La revoca degli atti in pregiudizio dei creditori*, en *Rivista di diritto commerciale*, 1947, I, pp. 118 ss.) procura despojarla del marcado acento procesalista.

⁵⁹ Aunque en teoría la tesis de MAFFEI ALBERTI (lesión actual de la garantía patrimonial) es distinta a la tradicional (enunciada por NICOLÓ de peligro de daño = riesgo de que la ejecución futura y eventual resulte infructuosa) sobre el contenido del *eventus damni*, en el plano práctico el criterio para determinar si un determinado acto es impugnabile o no por producir perjuicio a las expectativas del acreedor, es el mismo. Por tanto, parecen diferencias más terminológicas que prácticas, aunque LUCCHINI GUASTALLA (*Danno e frode...*, pp. 162-165) considera más fundada la tesis de MAFFEI porque el artículo 2901 del *codice civile* habla de *pregiudizio* y no de *danno*. A juicio del autor, el «perjuicio» sería el «riesgo de no obtener en sede ejecutiva la

Es cierto que el acreedor provisto de título ejecutivo que vence en el juicio revocatorio, se le permite la ejecución inmediata de los bienes que se encuentran en poder del tercero adquirente. Pero la acción revocatoria es, en general, sólo preparatoria de la ejecución, en el sentido de que hace posible esa futura y eventual ejecución de los bienes objeto del acto de disposición fraudulento. La función inmediata de la acción revocatoria en derecho italiano es la conservación de la garantía patrimonial. Por eso el artículo 2902 establece la doble posibilidad para el acreedor, una vez haya obtenido la declaración de ineficacia, de promover contra el tercero adquirente acciones ejecutivas, o bien acciones conservativas.

El requisito de la ejecución previa del patrimonio del deudor pertenece a un estadio de la doctrina en la cual se identificaba *eventus damni* con la insolvencia patrimonial del deudor; de modo que cuando se ejercita la acción revocatoria, el deudor y el tercero, podían oponer que no se había practicado la previa excusión del patrimonio del deudor para que quedara claro que éste no contaba con otros bienes susceptibles de ser ejecutados por el acreedor actor. En cambio, actualmente, esta prueba no queda ahora circunscrita a la ejecución previa: el juez puede constatar que va a resultar inútil la ejecución futura y por tanto existe lesión de la garantía patrimonial, con otros medios de prueba distintos⁶⁰.

La excusión previa del patrimonio deudor será requisito necesario sólo para los acreedores provistos de garantía real pues, como indica el artículo 2911 del *Codice Civile*, dichos acreedores deberán ejecutar primero los bienes objeto de la garantía real de que gozan⁶¹. El sentido de esta excusión previa (no del patrimonio del deudor sino de los bienes objeto de su garantía) es, precisamente, demostrar la existencia de un perjuicio que justifique la revocatoria: teniendo en cuenta que dichos acreedores están provistos de una garantía real no basta probar que hay lesión de la garantía patrimonial⁶² pues aunque la hubiera ellos contarían con otras posibilidades de satisfacción que posponen el recurso a la

satisfacción del crédito». El daño (efectivo incumplimiento y ejecución frustrada) es posterior al perjuicio, pero es éste el que integra el elemento objetivo de la acción revocatoria.

⁶⁰ Como ha subrayado EULA: «no hay necesidad de acudir a medios específicos de prueba que la propia ley no exige y no indica; y por tanto, ni siquiera a una previa excusión del deudor» (*Commentario... cit.*, p. 855); y NATOLI (*Azione revocatoria...*, p. 894): «basta cualquier medio de prueba capaz de aportar al juez la seguridad de que una eventual acción ejecutiva tendrá un resultado total o parcialmente negativo».

⁶¹ La legitimación para que los acreedores provistos de garantía real puedan interponer la acción revocatoria ha sido admitida por la doctrina mayoritaria: CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Giuffrè, Milán, 1948, p. 48, basándolo en el carácter de acreedor ordinario que tiene el acreedor hipotecario cuando la hipoteca resulta insuficiente, y, precisamente, el daño no puede producirse sino más allá de este límite; NICOLÒ, *Commentario...* p. 219; NATOLI, *Azione revocatoria... cit.*, p. 894; BIGLIAZZI GERI, *Commentario...* p. 129.

⁶² Lo cual refuerza nuestra concepción del perjuicio: un acreedor hipotecario no podrá alegar para ejercitar la acción revocatoria la insolvencia patrimonial de su deudor si el bien hipotecado, aunque perteneciente a un tercero, sigue estando a su disposición para ser ejecutado. Como sostiene LUCCHINI, *L'azione revocatoria ordinaria...*, p. 346 «el acreedor no tendrá motivo para reclamar cuando no existe perjuicio a sus expectativas».

acción revocatoria⁶³. Lo cual nos permitirá, a continuación, proponer una concepción integradora del *eventus damni* que, superando el marco del epígrafe (la revocatoria como medio de conservación de la garantía patrimonial) recupere el presupuesto de la revocatoria tal como viene redactado el artículo 2901 que identifica el *eventus damni* con el *pregiudizio alle ragioni del creditore*.

6. CONTENIDO DEL *EVENTUS DAMNI* EN LA ACCIÓN REVOCATORIA ORDINARIA⁶⁴

Al hablar del presupuesto para el ejercicio de la acción revocatoria, no debemos olvidar que la revocatoria es un medio de tutela del crédito singular y no del conjunto de acreedores de un deudor. Es cierto que dicha situación de insolvencia que perjudica a uno de los acreedores debe también, generalmente, dañar al resto. Por eso se les permite a éstos participar en el proceso iniciado por la acción revocatoria instada por uno de ellos.

Pero si dicha participación no se produce, el perjuicio debe relacionarse con el montante del crédito del actor, y los efectos (la medida de la ineficacia) vendrán dados por dicho perjuicio⁶⁵. La insolvencia que da paso al ejercicio de la acción revocatoria no tiene por que ser absoluta (carecer de ningún bien) sino que basta aquella que no permite la realización íntegra del crédito con la ejecución del patrimonio del deudor. No puede, por tanto, ser concebida dicha situación como desequilibrio entre activo y pasivo en el patrimonio del deudor, o como carencia absoluta de

⁶³ «Sólo si tales bienes resultan insuficientes, estos acreedores hipotecarios podrán satisfacer su crédito con los otros bienes del deudor. Asimismo, sólo en tal caso, concurrirán las circunstancias del *eventus damni* a los efectos de la acción revocatoria» (DISTASO, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, en *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, UTET, Turín, 1974, p. 185).

⁶⁴ Por otra parte, el contenido del *eventus damni* de la acción revocatoria concursal italiana es tanto la lesión de la garantía patrimonial como la lesión de la *par condicio creditorum*. Ello permite la sujeción a la acción revocatoria concursal de los pagos de deudas, incluso vencidas y realizados con medios normales, que no respeten el orden legal de pago y la proporcionalidad, en caso de insuficiencia de medios para satisfacer a todos los acreedores. La concurrencia o no del *eventus damni* es la razón que determina la sujeción o no de algún acto a la acción revocatoria. El pago de una deuda vencida no supone lesión de la garantía patrimonial y por eso viene expresamente excluido por el legislador italiano del ámbito de actuación de la acción revocatoria ordinaria (y no porque el pago sea un acto debido que excluye la posibilidad de actuación fraudulenta del deudor, como sostiene la doctrina); pero como altera el orden legal de pago, queda sujeta a impugnación por el síndico en el seno del *fallimento*.

⁶⁵ DEL GIUDICE (*Azione surrogatoria e azione revocatoria...*, p. 847) señala esta concepción individual de la revocatoria ordinaria: «el acreedor que actúa ex artículo 2901 lo hace en defensa de un interés rigurosamente individual, y por tanto, la existencia y medida del daño han de hacerse con referencia exclusiva a la cuantía del crédito del acreedor actor, sin que tenga relevancia alguna el perjuicio que pudieran haber sufrido los otros acreedores no actores»; dicha concepción es seguida por la jurisprudencia como constatan FINOCCHIARO y STELLA RICHTER en *Rassegna di Giurisprudenza sul Codice Civile*, sub artículo 2901, Milán, 1972, p. 499: «no puede ser tomado en consideración el daño de los otros acreedores, teniendo en cuenta el carácter individual de la acción (Cass. 10 agosto 1945, núm 750; Cass. 20 octubre 1960 núm. 2853)».

bienes en el patrimonio del deudor. Porque el *eventus damni* de la acción revocatoria no es tanto la disminución del patrimonio cuanto la alteración o disminución de la garantía patrimonial.

Lo que debe valorarse para calcular las posibilidades de realización coactiva del crédito no es el valor contable de todos los bienes del patrimonio, sino el valor «in executivis» de los bienes que pueden ser agredidos por el acreedor. Los elementos patrimoniales no susceptibles de ejecución no cuentan en esta valoración⁶⁶. Habrá por tanto perjuicio cuando la composición cuantitativa o cualitativa del patrimonio del deudor resulta modificada de modo que la ejecución no pueda conducir a la satisfacción del crédito. El daño sufrido por el acreedor se mide comparando el valor del patrimonio del deudor a efectos de satisfacción del acreedor antes y después del acto de disposición.

Se trata, por consiguiente, de aquella alteración tanto de la entidad o cantidad de bienes del patrimonio, como de su cualidad y composición, siempre que se impida que dicho patrimonio siga funcionando como «garantía patrimonial» del acreedor⁶⁷.

Se pueden impugnar también actos que no implican salida de bien alguno del patrimonio del deudor⁶⁸, o actos que no comporte una disminución de valor «contable» de dicho patrimonio, pero que significan, con todo, una lesión de la garantía patrimonial: los supuestos que la doctrina italiana llama de *peggioramento qualitativo*, donde se modifica la composición del patrimonio de modo que, aunque no podemos afirmar que se ha originado para el acreedor una imposibilidad o mayor dificultad para poder embargar y ejecutar con provecho los nuevos elementos patrimoniales del deudor⁶⁹.

⁶⁶ Si el deudor dispone de un bien que no puede ejecutar el acreedor, dicho acto no podrá ser objeto de la acción revocatoria. Esto pasa, por ejemplo, con los actos del deudor referido a los bienes dotales en el régimen del *codice civile* anterior a la reforma sobre el derecho de familia del año 1975. Sobre este tema, hay interesante bibliografía italiana: BELMONTE, *Sulla revocabilità per frode ai creditori dell'alienazione di beni dotali*, en *Giurisprudenza complessiva de la Cassazione Civile*, 1954, II, pp. 354 ss; BIONDI, *Applicabilità dell'azione revocatoria all'alienazione dei beni dotali*, en *Foro Padano*, 1953, I, pp. 225 ss; y MINOLI, *Alienazione autorizzata di beni dotali e azione revocatoria*, en *Foro Padano*, 1953, pp. 1227 ss.

⁶⁷ Para INZITARI (*Il momento del sorgere del credito nel contratto di apertura di credito al fine dell'esercizio della revocatoria ordinaria*, en *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 1989, p. 473) señala que «el perjuicio es considerado sobre la base de una valoración comparativa entre las posibilidades de satisfacción con que habría podido contar el acreedor a través de la venta forzosa, y las menores o casi nulas posibilidades con las que cuenta ahora a consecuencia del acto de disposición». «El acto ha comportado un cambio en la composición del patrimonio del deudor tal que compromete la posibilidad de que los bienes sean efectivamente agredibles y disponibles para permitir la satisfacción coactiva del interés del acreedor» (LUCCHINI GUASTALLA, *Danno e frode...*, p. 157).

⁶⁸ La constitución de un derecho real de garantía sobre un bien del deudor en garantía de una deuda ajena. En el caso de una hipoteca, por ejemplo, el bien hipotecado no ha salido del patrimonio del deudor, pero qué duda cabe, que dicho acto ha comportado una disminución de las posibilidades de satisfacción del acreedor.

⁶⁹ Para MAFFEI ALBERTI (*Il danno...*, p. 45) cabría incluir en este apartado la aportación de un bien a una sociedad de capital, o la venta de un bien a justo precio, por cuanto comporta sustituir en el patrimonio del deudor un bien fácilmente agredible (un bien inmueble por ejemplo) con un bien fácilmente ocultable o susceptible de despido —como es el dinero; como ya había

Por tanto el *eventus damni* debe ser configurado no como empobrecimiento del patrimonio del deudor, sino como perjuicio en las posibilidades de satisfacción del acreedor. Con todo dicho perjuicio no puede ser equivalente a una mera dificultad en dicha ejecución sino que debe comportar una «razonable» imposibilidad⁷⁰.

De modo que la noción de *eventus damni* se ha ampliado de tal forma que admite la impugnación de todo acto realizado por el deudor que haga más difícil, incierta o gravosa, la ejecución⁷¹. Esta ampliación del contenido del *eventus damni* cuenta con precedentes tanto doctrinales como jurisprudenciales (unos favorables, otros contrarios) anteriores al *Codice Civile* de 1942⁷², y

constatado COSATTINI (*La revoca...*, p. 121) que «incluirla dentro del amplio concepto de insolencia [*eventus damni*] también los casos en que un bien que se puede ejecutar sin dificultad sea sustituido por un bien que por su naturaleza o por su posición, difícilmente podrá ser objeto de una venta judicial suficientemente ágil o provechosa», y hacia mención de la permuta de una casa por un jardín zoológico, o bien la permuta de una finca situada en Italia con otra finca situada en un estado extranjero.

⁷⁰ La mayor dificultad de la futura ejecución no justifica la impugnación del acto salvo que esa mayor dificultad, resulte una virtual imposibilidad. Ciertamente, la anticipación del momento de la determinación del perjuicio a la realización del acto y no a la propia ejecución, obligan a realizar este juicio anticipado, para lo cual habrá que valorar diversas circunstancias; cuántos bienes quedan en el patrimonio del deudor, en qué condiciones, dónde se encuentran, qué medios tiene el acreedor para poder ejecutarlos, cuándo. Estas circunstancias contingentes obligarán a una apreciación individualizada, caso por caso, de los tribunales de instancia.

⁷¹ Después de constatar en la doctrina y en la jurisprudencia la ampliación de la noción de *eventus damni* hasta comprender los actos que ocasionan una alteración *in peius* de las condiciones de la ejecución forzosa, LUCCHINI GUASTALLA (*Danno e frode...*, pp. 181 ss) analiza los tres calificativos que caracterizan la nueva situación de la eventual ejecución: más incierta, más difícil y más costosa, larga o dispendiosa. El autor admite la primera (*l'incertezza*) pero no las otras: *difficoltà e gravosità* y afirma que, pese a que aparentemente la Corte de Casación italiana admite esta orientación, un análisis exhaustivo de las resoluciones demuestran que nunca ha formado parte de las *rationes decidendi* dicha ampliación. «Fuera de los casos en que la mayor dificultad se traduce en el riesgo de no poder llevar a cabo la ejecución o de no poder obtener, con la ejecución forzosa, la satisfacción íntegra del crédito, habrá que rechazar el principio por el cual se puede revocar un acto porque este ha hecho más difícil la ejecución forzosa que el acreedor puede quedar obligado a promover (p. 185)». Teniendo en cuenta que los gastos de la ejecución forzosa (art. 95 del Código del Procedimiento civil) corren a cargo de los propios bienes del deudor, el mayor coste de la ejecución es irrelevante salvo que impida que el crédito sea totalmente satisfecho, es decir, cuando se transforme en una lesión cuantitativa del patrimonio del deudor (p. 186). El autor sostiene que no se puede reducir el patrimonio del deudor idóneo para garantizar la ejecución genérica del acreedor a bienes inmuebles: esta sería llevada hasta el extremo, la consecuencia de mantener una concepción del *eventus damni* como toda alteración de la garantía patrimonial que impide o dificulta la eventual ejecución forzosa del acreedor para procurar la realización coactiva de su crédito. Sería anticuado y contrario a los principios de la moderna economía capitalista, reducir la garantía a bienes inmuebles, en cantidad suficiente como para permitir una fácil y segura realización al acreedor para cubrir su crédito.

⁷² Estos autores parten de la siguiente premisa: cuando los bienes indicados por el deudor se encuentran en países lejanos, o se trata de bienes litigiosos, podemos decir que hay insolencia relativa, que dichos bienes no representan elementos serios y seguros de solvencia; el acreedor, en consecuencia, sufre perjuicio derivado de la dificultad de la ejecución de los mismos y de la incertidumbre de los resultados: MAIERINI, *Della revoca degli atti fraudolenti...* cit., p. 158; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni...* II., p. 388. Pero se oponen otros autores argumentando que no basta que la ejecución resulte más costosa o más larga y compleja (BREZZO, *La revoca degli atti fraudolenti compiuti a danno dei creditori...*, p. 121; o BUTERA, *Dell'azione pauliana...*, p. 282, argumentando que la revocatoria procede no por utilidad, comodidad o conveniencia del acreedor, sino por la necesidad del remedio, porque entre el daño verdadero

ha recibido el beneplácito de la doctrina mayoritaria⁷³; y ha sido consagrada en la jurisprudencia⁷⁴.

La configuración resultante del *eventus damni* obliga a un examen caso por caso de los efectos de los concretos actos de disposición que sean impugnados. El juez de instancia (la *giurisprudenza di merito* italiana) deberá determinar, no la idoneidad de tales actos por su naturaleza para lesionar la garantía patrimonial, sino si en dicho caso, habida cuenta de la consistencia resultante del patrimonio del deudor y los recursos concretos con que cuenta el acreedor, han resultado afectadas y perjudicadas sus «expectativas»⁷⁵. El juicio acerca de la concurrencia o no de dicho perjuicio en cada caso viene siendo considerado por el Tribunal Supremo italiano como una valoración no susceptible de revisión en el recurso de casación⁷⁶.

7. INTERPRETACIÓN DE LA LOCUCIÓN LEGAL *PREGIUDIZIO ALLE RAGIONI DEL CREDITORE*

¿Cuál es el «perjuicio revocatorio», cuál es el auténtico contenido del *eventus damni* como presupuesto para el ejercicio de la acción revocatoria? El término perjuicio puede tener distintos contenidos referidos a distintos aspectos de la protección del crédito. La acción revocatoria no es otra cosa que un medio de tutela del crédito; reacciona frente a la lesión de la garantía patrimonial como daño «indirecto» al mismo. En consecuencia, no habrá «perjuicio a las expectativas del acreedor» cuando, con independencia de que se haya producido lesión a la garantía patrimonial, el acreedor disponga de otros recursos para realizar su crédito.

En el *Codice Civile*, habiendo sido recogida la acción revocatoria dentro del capítulo de los medios de conservación de la garantía patrimonial, se olvida a veces que lo que importa es la realización del derecho de crédito, la satisfacción del interés del acreedor, y no tanto la conservación autónoma de la garantía patrimonial. Por tanto, entendemos que la acción revocatoria constituye un medio de conservación de la garantía patrimonial, como medida general para asegurar la satisfacción del acreedor. Si a pesar de la lesión de esta garantía el acreedor sigue disponiendo de otras posibilidades de satisfacción, no podremos decir que

que sufriría el tercero, y la simple incomodidad del acreedor al tener que dirigirse contra otros bienes, de ejecución más larga y difícil, en vez de dirigirse contra los bienes enajenados, debe prevalecer aquél sobre éste».

⁷³ Además de los autores reseñados en las notas 50-52, destaca los criterios apuntados por LUCCHINI GUASTALLA, *Danno e frode...*, pp. 177-181, quien, sistematiza los criterios seguidos por la doctrina y la jurisprudencia, relativos a la fructuosidad de la ejecución (criterio cuantitativo); y a la certeza de la misma, que a su vez, hace depender de la estabilidad del patrimonio (la ejecución de bienes inmuebles es más fácil que otros bienes que pueden sustituir a aquellos, y que resultan consumibles, distraíbles o ocultables).

⁷⁴ Vid. nota 53.

⁷⁵ DISTASO, *I mezzi di conservazione...*, p. 179.

⁷⁶ DISTASO, *I mezzi di conservazione...*, p. 183.

haya sufrido un perjuicio a sus expectativas; o, al menos, el «perjuicio» suficiente para poner en funcionamiento el complejo mecanismo de la acción revocatoria.

Esta vertiente de la acción revocatoria como última *ratio* para asegurar la realización coactiva del crédito se manifiesta en las obligaciones con deudores solidarios. Como es sabido la solidaridad (pasiva) comporta la existencia en el mismo crédito de una pluralidad de sujetos deudores, de modo que el acreedor puede exigir a cualquiera de ellos el cumplimiento de la prestación por entero. La solidaridad significa, también, la existencia de varios patrimonios sujetos a responsabilidad de modo que aumentan las posibilidades de satisfacción del acreedor. Los patrimonios de los distintos deudores solidarios, todos ellos sujetos a responsabilidad no son entes ajenos entre sí, precisamente porque la solidaridad comporta una unidad funcional entre todos ellos. A nuestro entender, no cabe ejercitar la acción revocatoria si pese a la insolvencia de uno de los deudores, el acreedor puede todavía dirigirse a otros deudores y realizar su crédito ejecutando sus respectivos patrimonios, porque en tal caso falta el perjuicio «pauliano».

En cambio, un sector de la doctrina⁷⁷ entiende que «el medio por el cual el ordenamiento asegura la realización de la función de la solidaridad es la constitución de una pluralidad de *autónomas* responsabilidades patrimoniales, es decir, de una *pluralidad de garantías genéricas* que gravan sin interdependencia la pluralidad del patrimonios de los codeudores». En consecuencia «todas las garantías deben subsistir contemporáneamente hasta el cumplimiento, cada una de ellas independientemente de la suficiencia de las otras»⁷⁸.

Asímismo la jurisprudencia, en una orientación que se ha mantenido constante, afirma que «cuando existen varios deudores solidarios frente un único acreedor se configura una pluralidad de relaciones jurídicas de crédito-deuda entre ellas distintas y autónomas de modo que el acreedor tiene la facultad de elegir el codeudor solidario a quien reclamar el cumplimiento íntegro, con la consecuencia de que la garantía patrimonial genérica prevista por el artículo 2740 del *Codice Civile* grava sobre el patrimonio de cada uno de los coobligados, *separadamente* y por el total del crédito»⁷⁹. De modo que la Corte de Casación resuelve el conflicto

⁷⁷ CICALA, *Sulla revoca dell'atto fraudolento del debitore solidale e in generale sulla conservazione delle garanzie nella solidarietà passiva*, en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1955, I, pp. 398 y ss.

⁷⁸ También para el caso de fianza: para QUATRARO (*La revocatoria ordinaria e fallimentare*, Ipsoa, Milán, 1989, p. 123) «el acreedor debe poder siempre contar dos o más patrimonios distintos y autónomos dispuestos para poder satisfacer su crédito, pudiendo así actuar en revocatoria contra los actos con los cuales el deudor y el fiador se vuelvan insolventes, aunque uno de los dos patrimonios siga siendo suficiente para satisfacer todo el crédito».

⁷⁹ En estos términos se expresa la Cass. 13 de marzo de 1987, núm. 2623, con un pronunciamiento recogido después literalmente por Cass. 21 de noviembre de 1990, núm. 11251; en su día Cass. 10 de agosto de 1945, núm. 750. Respecto a la fianza, señalemos: Cass. 22 de marzo de 1990, núm. 2400 donde afirma que «en el caso de la acción revocatoria en la fianza, el requisito

entre tutela de la garantía patrimonial (interés del acreedor) y principio de libre circulación de los bienes que forman parte del patrimonio sujeto a responsabilidad (interés del deudor y del adquirente), en un sentido «excesivamente desequilibrado en favor del acreedor»⁸⁰.

Sólo una parte de la doctrina (a nuestro entender, la más acertada) sostiene una posición distinta⁸¹: no es posible entender que el ordenamiento italiano (sin la base de un texto normativo preciso) establezca una tutela de la obligación solidaria pasiva tan intensa como para exigir que todos y cada uno de los distintos codeudores solidarios deban conservar hasta que el acreedor no queda satisfecho, bienes suficientes en su patrimonio como para cubrir el crédito⁸².

El debate acerca de la estructura de la solidaridad, no debe determinar el alcance de la acción revocatoria. Es más, la propia concurrencia de la solidaridad, que permite al acreedor poder ejecutar cualquiera de los patrimonios de los deudores solidarios, evita precisamente que la insolvencia de uno de ellos perjudique la realización de su crédito: es decir, la solidaridad evita al acreedor tener que acudir a la acción revocatoria, ante la insolvencia de alguno de sus codeudores.

La función de la revocatoria no es asegurar el funcionamiento de la solidaridad; la función de la revocatoria es asegurar al acreedor que su crédito será realizado sobre *alguno* de dichos patrimonios, y por eso solo podrá ejercer la acción revocatoria cuando haya verdadero perjuicio, es decir, cuando no sea posible ejecutar *ninguno* de tales patrimonios. Aunque existen varios deudores solidarios, el acreedor sólo puede obtener una vez por entero la prestación debida, por lo que no es necesario mantener todos los patrimonios de los deudores solidarios en condiciones de solvencia para soportar una ejecución del acreedor.

La insolvencia de uno de los deudores solidarios a quien verdaderamente perjudica no es al acreedor, sino al resto de deudores solidarios, especialmente el codeudor solidario que paga al acreedor y después se dirige contra el codeudor «insolvente»⁸³.

del *eventus damni* prescinde de toda valoración acerca de la situación patrimonial de dicho deudor garantizado y de su eventual solvencia»; y Cass. 27 de febrero de 1991, núm. 2115.

⁸⁰ En este sentido se lamenta BARBA (*In tema di azione revocatoria e solidarietà passiva*, en *Giurisprudenza italiana*, 1988, I, p. 91). Afirma PAJARDI (*Manuale di diritto fallimentare*, 4.ª ed., Giuffrè, Milán, 1993, p. 372) «una tutela incondicionada del acreedor sobre la base de la idoneidad del acto a dañar sus intereses constituiría una denegación absoluta y por tanto inicua de tutela de los otros sujetos afectados, es decir, del deudor y del tercero».

⁸¹ MAFFEI ALBERTI, *L'eventus damni nella revocatoria ordinaria*, en *Rivista di diritto civile*, I, 1969, p. 505: «una vez admitido que no toda disminución de la garantía patrimonial puede legitimar el ejercicio de la acción revocatoria, hay que establecer la razón por la cual los presupuestos de nuestra acción tienen que ser referidos a cada patrimonio de los codeudores individualmente, como si los otros patrimonios no existieran».

⁸² Para la fianza lo advirtió PICARO (*Revocatoria ordinaria e fallimento*, Taranto, 1946, p. 75): el *eventus damni* sólo se produce cuando resultan todos igualmente insolventes, porque el fiador, en cuanto obligado solidariamente con el deudor principal, excluiría con el propio patrimonio todo riesgo para el acreedor».

⁸³ Lo apunta MAFFEI ALBERTI (*L'eventus...* p. 507) cuando señala que «aquellos que pueden resultar efectivamente dañados son los otros codeudores, puesto que la insolvencia podría perju-

La subsidiariedad propia de nuestra acción pauliana no nos ofrece lugar a dudas en el ordenamiento español. La correcta configuración del *eventus damni* en el derecho italiano tampoco. Porque, en definitiva, tanto en uno como en otro ordenamiento lo que debe prevalecer es la configuración del *eventus damni* como perjuicio para el acreedor que, debido a la insolvencia patrimonial de su deudor y a no contar con otras posibilidades de satisfacción, ve impedida la realización de su crédito.

III. INFLUENCIA DEL *EVENTUS DAMNI* EN LOS OTROS ELEMENTOS DE LA ACCIÓN REVOCATORIA

8. LA IMPORTANCIA DEL PERJUICIO SE PROYECTA SOBRE EL ELEMENTO SUBJETIVO

En la elaboración del nuevo Código Civil el legislador italiano, siguiendo la experiencia aportada por la doctrina y la jurisprudencia, constató que no era oportuno construir la acción revocatoria sobre la base del «fraude». En efecto, el elemento subjetivo había constituido el hilo conductor de nuestra acción en su evolución histórica y denominador común en las distintas codificaciones nacionales. Conscientes de la conveniencia de no sobrevalorar la importancia de los elementos subjetivos de nuestra figura para una adecuada tutela del crédito, se inició en la doctrina una tendencia a centrar el análisis en el elemento objetivo de la revocatoria⁸⁴. De modo que la *frode* no podía seguir desempeñando el papel de fundamento de nuestro instituto, sino que debería ser un requisito más para su ejercicio, pero dotado de un contenido distinto⁸⁵.

dicar el éxito de la acción de reembolso». También éstos pueden interponer la acción revocatoria al extenderse a ellos la legitimación amplia prevista expresamente en el artículo 2901 del *Codice Civile*. La legitimación de estos acreedores eventuales, pero partes en una relación ya constituida, ha sido justificada en la doctrina (NICOLÓ, *Commentario...* sub artículo 2901, pp. 205-207; NATOLI/BIGLIAZZA GERI, *I mezzi di conservazione...*, p. 157) entendiéndose que estos acreedores no merecen menor protección que la deparada a los acreedores condicionales, sobre todo teniendo en cuenta de que son muchas las posibilidades de que los fiadores o los codeudores solidarios se conviertan en efectivos acreedores del deudor principal o resto de codeudores.

⁸⁴ Es posible la impugnación de actos perjudiciales con independencia del propósito del deudor de dañar a sus acreedores, en tanto que no es posible revocar un acto realizado con evidente intención «fraudulenta» pero que no causara perjuicio al acreedor. De modo que una vez excluido que el acto de disposición del deudor haya ocasionado daño al acreedor, resulta superfluo indagar acerca de la intención del deudor al realizar dicho acto. Como apuntaba BUTERA (*Dell'azione pauliana...*, p. 280) «la frode che non sia dannosa, non è frode».

⁸⁵ En efecto, no cabe prescindir en todo caso de este elemento subjetivo para decidir este conflicto de intereses. Es posible construir un remedio objetivo en caso de que la adquisición del tercero no sea merecedora de tutela (adquisición gratuita); en otras ocasiones cabe articular presunciones de fraude en favor del acreedor (adquisición onerosa con prestaciones desproporcionadas, o a personas cercanas al deudor); finalmente, otros actos jurídicos sólo merecen ser impugnados si han sido realizados con intención o conciencia de estar causando perjuicio a eventuales acreedores. En esta dirección vienen avanzando todos los ordenamientos vecinos, a través de reformas legislativas o mediante la orientación de sus respectivas jurisprudencias, guiadas por las aportaciones de la doctrina.

8.1 Evolución del fraude como elemento subjetivo de la acción

Remontándonos a los antecedentes de la acción pauliana en el derecho romano, para la concesión del *interdictum fraudatorium* había dos requisitos: el perjuicio ocasionado a los acreedores por la insolvencia patrimonial del deudor (el llamado *eventus damni*) y el conocimiento por parte del tercero de este perjuicio que podía ser ocasionado al acreedor con el acto de disposición (la llamada *scientia fraudis*). No era necesario probar el elemento subjetivo del deudor, el cual venía deducido a partir de la constatación del *eventus damni*⁸⁶. No constituía por tanto el *consilium fraudis* un elemento autónomo de prueba⁸⁷, ni se exigía una colusión entre deudor y tercero, sino sólo un conocimiento por parte de éste del perjuicio⁸⁸.

El fraude (en sentido subjetivo) ha constituido el eje sobre el cual se ha articulado la disciplina de la acción revocatoria en las codificaciones latinas, donde se concibe el fraude como el propósito del deudor y a veces, el acuerdo, la colusión de éste con el tercer adquirente, para provocar la insolvencia de su patrimonio. La acción pauliana se acercaba así a los supuestos de simulación (la confusión en la doctrina y en la jurisprudencia son notables) como mecanismos del deudor para frustrar las expectativas del acreedor haciendo salir de su patrimonio los bienes que dicho acreedor contaba con poder ejecutar.

La jurisprudencia italiana, consciente de la necesidad de transformación de nuestra institución, fueron vaciando de contenido el concepto de «fraude» como requisito subjetivo relevante para el ejercicio de la acción revocatoria hasta rebajarlo a simple conocimiento del perjuicio⁸⁹. Esta orientación quedó consagrada en el código de 1942 con la desaparición del término «frode», sustituido en el nuevo artículo 2901 por las expresiones «que el deudor *conoscesse* el perjuicio que el acto ocasionaba a las expectativas del acreedor»; o que «tratándose de un acto a título oneroso, el tercero *fosse consapevole* del perjuicio»⁹⁰.

⁸⁶ «No se carga al demandante con la prueba de un hecho tan subjetivo como el del *consilium* del deudor, tanto si se entiende por *consilium* la intención de defraudar a los acreedores como el simple conocimiento de la propia insolvencia» (X. D'ORS, *El interdicto fraudatorio en el Derecho romano clásico*, Roma, 1974, p. 137); «de la comprobación del *eventus damni* realmente causado a los acreedores, se deduce retroactivamente un *consilium fraudis* en el deudor, que consiste precisamente en una previsión conjetural de la ulterior insolvencia patrimonial ... Se trata, pues, de un concepto constructivo y no de un hecho positivo» (D'ORS, *El interdicto fraudatorio...* p. 138).

⁸⁷ Al respecto, vid. las conclusiones de D'ORS, *El interdicto fraudatorio...* pp. 150-151.

⁸⁸ Vid. también IMPALLOMENI, voz *Azione revocatoria (diritto romano)* en *Novissimo Digesto Italiano*, II, UTET, Turín, 1958, pp. 150 ss.; TALAMANCA, voz *Azione revocatoria (diritto romano)*, en *Enciclopedia del Diritto*, IV, Giuffrè, Milán, 1959, pp. 887 ss.; y SOLAZZI, *Per la storia dell' actio pauliana*, en *Archivio Giuridico Serafini*, 1901, pp. 533 ss.

⁸⁹ NICOLÒ, *Commentario...* sub artículo 2901, p. 183.

⁹⁰ En cambio LUCCHINI GUASTALLA (*Danno e frode...*, p. 218) propone recuperar el elemento subjetivo (la *frode*) como criterio para limitar el círculo de actos perjudiciales que pueden ser impugnados con la acción revocatoria: «La acción revocatoria, privada del presupuesto del fraude, que constituía una condición esencial para la revocación de un acto (rectius, un ele-

8.2 Configuración actual del elemento subjetivo

El elemento subjetivo de la acción revocatoria recibió, pues, una formulación mucho más pragmática en consonancia con la tutela más ágil y eficaz que se otorga al derecho de crédito en el nuevo Código civil de 1942, que se expresa como «conocimiento del perjuicio». Resulta más adecuado exigir para que el acreedor pueda ejercitar la acción revocatoria, el requisito del simple conocimiento por parte del deudor del perjuicio (que puede probarse a través de los elementos objetivos de posibilidad de conocer) y no caer en la difícil tarea probatoria de averiguar los conocimientos o sentimientos efectivos de los sujetos. En la doctrina se ha iniciado un debate para discernir si con esta expresión el legislador ha querido hacer referencia a un conocimiento efectivo, o si se trata solo de una posibilidad de conocimiento.

El estudio más afortunado lo ha realizado, en nuestra opinión, MAFFEI ALBERTI, al enfocar el problema con una perspectiva más general. Se trata de determinar la existencia en Derecho italiano de un principio general por el cual los sujetos que intervienen en la obligación, el deudor y el acreedor, estarían recíprocamente obligados a evitar, actuando con diligencia, aquellos eventos que pudieran conocer y perjudiquen a la otra parte; teniendo en cuenta que pesa sobre el deudor y sobre el acreedor, el deber de actuar conforme a la buena fe (arts. 1175 y 1176)⁹¹.

Será relevante discernir entre conocimiento efectivo y posibilidad de conocer, en general, sólo cuando motivos particulares induzcan al legislador a derogar el principio general; porque el evento dañoso es extraño a la esfera de los eventos que puede conocer el deudor con el uso de una diligencia normal, o porque el conocimiento efectivo se considera elemento presuntivo de una determinada voluntad de producir daño⁹².

Hay que determinar, precisamente, si el artículo 2901 recoge el principio general de deber del deudor de conocer y abstenerse de realizar actos perjudiciales al derecho de su acreedor o bien se trata de una manifestación particular de la necesidad de que el conocimiento sea efectivo por parte del deudor (o del tercero) para que proceda la ineficacia propia de la acción revocatoria⁹³.

mento cuya concurrencia servía para calificar el perjuicio sufrido por el acreedor como daño relevante, es decir, como *eventus damni*) viene siendo caracterizada con unos límites tan amplios que imponen al deudor conservar su patrimonio de modo que le impide gestionarlo con ese mínimo de libertad que no parece oportuno negarle». Esta idea la expone el autor para contrarrestar la amplia noción de *eventus damni* que ha venido configurando la doctrina y la Corte de Casación, por la que los actos que dificulten la futura y eventual ejecución del acreedor, son impugnables por perjudicar sus expectativas. Una configuración tan objetivo de elemento subjetivo (*conoscenza anziché frode*) y tan amplia del *eventus damni*, garantizan una tutela ágil para el acreedor, pero acaso desproporcionada, al penalizar en exceso al deudor (*Danno e frode...*, p. 268).

⁹¹ MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria...* pp. 112 y 116.

⁹² MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria...*, p. 113.

⁹³ MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria...*, p. 117.

Si hay deber de buena fe por parte del deudor de conocer los eventos perjudiciales para el acreedor y de evitarlos, no puede ser excusable la ignorancia debida a su negligencia⁹⁴. Es cierto que dicha negligencia ocasiona una ignorancia efectiva pero no puede ser operativa por ser contraria al principio de buena fe (que impone una actuación diligente). Por tanto, no basta probar la ignorancia, pues la debida a culpa (aunque sea ignorancia efectiva) es contraria a la buena fe⁹⁵.

Esta discusión doctrinal viene atenuada en la jurisprudencia al acudir ésta al recurso de las presunciones para poder probar el «conocimiento efectivo»: es decir, cabe suministrar la prueba de dicho conocimiento mediante presunciones, que según la jurisprudencia han de ser «graves, precisas y concordantes»⁹⁶. De modo que a la hora de la verdad lo que constituye el objeto de la prueba será la posibilidad de conocer el perjuicio a partir de la constatación de eventos o elementos suficientes que puedan revelarlo⁹⁷.

Porque la jurisprudencia no ha querido entrar en el debate doctrinal, ha huido de la dogmatización. No dice expresamente que la prueba de la existencia del perjuicio sea presunción de su conocimiento por parte del deudor pero en cambio, no existe ni una sola resolución donde, una vez verificado la existencia del presupuesto objetivo, haya sido rechazada la acción porque no haya sido vertida prueba suficiente del conocimiento por parte del deudor de dicho perjuicio⁹⁸. Esta actitud de la Casación italiana contrasta con la orientación de nuestro Tribunal Supremo que ha rechazado, en multitud de ocasiones, demandas de acción revocatoria cuando no se ha probado un *consilium fraudis* con un contenido muy severo⁹⁹.

⁹⁴ MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria...*, p. 118.

⁹⁵ Para MAFFEI ALBERTI no cabe sostener que la culpa excluya siempre la buena fe, pero sí la excluye como principio general, y salvo que el legislador disponga otra cosa, en las relaciones entre los sujetos que intervienen en la obligación (*Il danno...*, p. 111, nota 203). Como sostenía GÓMEZ ACEBO (*La buena y la mala fe*, en *Revista de Derecho Privado*, 1952, p. 125), la buena fe para que «produzca su efecto de exención de responsabilidad, es preciso que no concurra la culpa».

⁹⁶ «El *consilium fraudis* se compone del simple conocimiento del deudor y del tercero, del perjuicio ocasionado al acreedor. La prueba de dicho elemento puede alcanzarse en base a presunciones» (Cass. 17 de enero de 1984, núm. 402). ¿En qué consiste dicho conocimiento? «No es necesaria la intención de dañar a los acreedores, sino que es suficiente el conocimiento» (Cass. 1 de diciembre de 1987, núm. 8930); «en los supuestos de actos de disposición a título gratuito no es necesario que el perjuicio ocasionado al acreedor sea conocido por el tercero adquirente» (Cass. 21 octubre 1980, núm. 5632). «Prescindiendo por tanto del conocimiento específico del crédito para cuya defensa se ejercita la acción revocatoria, siendo suficiente que el conocimiento se refiera a la reducción de la consistencia del patrimonio del deudor en perjuicio de los acreedores considerados en conjunto» (Cass. 20 de febrero de 1989, núm. 987; y 12 de febrero de 1990, núm. 1007 que consagran una línea ya apuntada por Cass. 10 de marzo de 1961, núm. 528; y Cass. 14 de enero de 1962, núm. 121).

⁹⁷ «La distinción entre conocimiento efectivo y mera posibilidad de conocer viene anulada cuando la prueba del primero debe deducirse presuntivamente del grado de previsión del resultado que producirá el acto ahora impugnado en las circunstancias en que ha sido realizado» (NATOLI/BIGLIAZZI GERI, *I mezzi di conservazione...*, p. 161).

⁹⁸ MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria...*, pp. 119-120.

⁹⁹ Como denunciaba ORDUÑA MORENO (*Notas acerca de la acción rescisoria por fraude de acreedores a propósito de la última jurisprudencia*, en *Revista General de Derecho*, 1988, p. 75)

Pero también la actitud del tercero en los actos a título oneroso se configura como requisito para el ejercicio de la acción revocatoria. A estos efectos el artículo 2901 del *Codice Civile* considera necesario que el tercero sea *consapevole* de dicho perjuicio. Cuando el acto que va a ser impugnado es a título oneroso, hace falta que el tercero adquirente o beneficiario del acto de disposición, no sea de buena fe¹⁰⁰. Porque el ordenamiento depara protección al tercero cuando su adquisición onerosa y de buena fe le sitúa en condiciones de paridad frente al acreedor.

La doctrina italiana, sobre la base de una abundante jurisprudencia, ha ido perfilando las condiciones de ese tercero que no va a poder oponerse al ejercicio de la acción revocatoria: se trata de un tercero que sabe que el acto de disposición disminuye la garantía patrimonial de su deudor; que sabe que su causante estaba vinculado con otros sujetos. No se exige que medie colusión entre el tercero y el deudor, ni que tenga el tercero intención de dañar a los acreedores, ni importa tampoco a título de qué conocía el perjuicio¹⁰¹.

Con todo, la jurisprudencia italiana no es del todo pacífica respecto a si se requiere del tercero un mero conocimiento genérico sobre la existencia de créditos que vinculan al deudor causante, o que haga falta un conocimiento específico sobre créditos concretos que van a resultar perjudicados con el acto de disposición¹⁰².

Por último, se repite el debate respecto a si la *scientia fraudis* del tercero se trata de un conocimiento efectivo, o de una mera posibilidad de conocer¹⁰³; o, planteado en otros términos, saber si cabe equiparar cono-

«la aplicación de la acción rescisoria se ve en numerosas ocasiones comprometida, pese a la constatación de que el deudor conocía su estado de insolvencia, por la necesidad de probar su intención de perjudicar».

¹⁰⁰ Porque el tercero «aunque se haya aprovechado del acto del deudor, ha sufrido un sacrificio por la necesidad de una prestación equivalente», NICOLÓ, *Commentario...* sub artículo 2901, p. 214. Como afirma DISTASO (*I mezzi di conservazione...*, p. 174) «no existe ninguna razón por la cual preferir el uno al otro, es decir, volcar el daño del acreedor sobre el tercero; en tal hipótesis será decisiva la consideración de la buena o mala fe del tercero».

¹⁰¹ NICOLÓ, *Commentario...* sub artículo 2901, *cit.*, p. 214. Cass. de 9 de marzo de 1979, núm. 1468 donde se afirma que «el requisito de la *scientia fraudis* no exige la existencia de dolo, ni siquiera de conocimiento efectivo de la realización del perjuicio, sino que sería suficiente incluso la existencia en el tercero adquirente de un comportamiento culpable, representado por la posibilidad de haber conocido dicha situación fraudulenta a través de circunstancias objetivas según el criterio del *id quod plerumque accidit*»; sentencia subrayada por BREGOLI, *Commentario al codice civile, Libro sexto: La Tutela dei Diritti*, dirigido por CENDON UTET, Turín, 1991, p. 547.

¹⁰² No hace falta tener noticia precisa de los créditos que puedan resultar perjudicados, entre otras, para Cass. 12 febrero 1990 núm. 1007, Cass. 20 febrero 1989 núm. 987, Cass. 29 noviembre 1985 núm. 5451, Cass. 21 enero 1982 núm. 298; en cambio sostiene que es necesario que el tercero conociese la existencia del crédito específico tutelado: Cass. 24 enero 1962, núm. 121.

¹⁰³ La jurisprudencia italiana admite la prueba de la *scientia damni* del tercero sobre la base de presunciones: Cass. 16 noviembre 1976, núm. 4278; Cass. 16 julio 1973, núm. 2060. ROSELLI, *I mezzi di conservazione...*, p. 229, apunta los indicios que pueden revelar dicho conocimiento. Por su parte LUCCHINI GUASTALLA (*Danno e frode...*, p. 376) entiende que la Corte de Casación viene exigiendo, de hecho, no el conocimiento del perjuicio, sino ignorar el propósito fraudulento del deudor.

cimiento efectivo con ignorancia por negligencia, a los efectos de negar la protección al tercero beneficiario del acto de disposición¹⁰⁴.

9. INFLUJO DE LA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DEL EVENTUS DAMNI SOBRE EL NEXO CAUSAL

El tema del nexo causal no ha recibido en la doctrina italiana, en general, un adecuado tratamiento; al contrario sólo ha suscitado breves referencias al tratar del *eventus damni* y de la necesaria relación entre el acto de disposición y el perjuicio ocasionado al acreedor en el sentido de que el *eventus damni* debía ser consecuencia directa e inmediata de aquel determinado acto que ahora se trata de impugnar, y no consecuencia de un acto anterior o sucesivo¹⁰⁵. Pero, a nuestro entender, el nexo causal es la sede oportuna para el tratamiento de algunas cuestiones de la acción pauliana que revelan su desenvolvimiento dogmático y resuelve problemas prácticos.

No podemos prescindir del elemento del nexo causal porque la propia mecánica de la acción revocatoria, que es un remedio que actúa *a posteriori*, necesita que una vez detectado el perjuicio identifiquemos qué acto del deudor ha de ser impugnado para eliminar el perjuicio¹⁰⁶. La función del nexo causal es «identificar» dicho acto, que en ocasiones será fácil cuando se compruebe que un acto, por su entidad o características, es el causante de la insuficiencia. Pero en otros casos la identificación exigirá un nexo causal con una estructura más compleja.

Tradicionalmente se ha entendido que no procederá la acción revocatoria cuando el perjuicio ocasionado no haya sido consecuencia directa del acto que se ha impugnado sino consecuencia de otros actos de disposición, aunque este acto haya comportado también una disminución efectiva del patrimonio del deudor. En cambio si concebimos dicho estado de insuficiencia del patrimonio (o desde la perspectiva del acreedor, de imposibilidad de realización del crédito) como un daño producido por maduración de una insolvencia, entonces no podemos ignorar que a dicha insolvencia han contribuido no un solo acto, sino que es fruto de una serie de actos todos ellos «perjudiciales».

¹⁰⁴ Sobre este punto DISTASO, *I mezzi di conservazione...*, p. 175 comienza afirmando que «la *scientia damni* debe ser efectiva, y no basta mera previsión ni tampoco la ignorancia culposa, no resultando de la ley un deber de conocer el eventual perjuicio» pero a continuación admite que «al conocimiento debe ser equiparada la ignorancia debida a culpa grave, pues *quae dolo equiparatur*».

¹⁰⁵ Al respecto vid. NICOLÓ, *Commentario...*, p. 218; BETTI, *Teoria generale...*, pp. 205 ss, considerando aplicables vía analógica al nexo causal en sede de revocatoria los mismos principios y normas que rigen en la responsabilidad por incumplimiento; MAFFEI ALBERTI, *Il danno...*, pp. 32 ss.; NATOLI/BIGLIAZZI GERI, *I mezzi di conservazione...*, p. 169; D'ERCOLE, *L'azione revocatoria*, en *Trattato di Diritto Privato*, dirigido por RESCIGNO, Vol. XX, UTET, Turín, 1985, pp. 141 ss.

¹⁰⁶ VASALLI (*Sulla revoca.*, p. 293 ss) prefiere enfocar el perjuicio como constatación de una ejecución frustrada y entonces retroceder, con el nexo causal, para encontrar el acto de disposición que sea causa suficiente, jurídicamente, de este perjuicio.

9.1 Elemento objetivo de la acción revocatoria: acto de disposición y resultado de perjuicio

El presupuesto objetivo de la acción revocatoria, tal y como viene redactado el nuevo artículo 2901 del Codice Civile está integrado por los actos de disposición con los cuales el deudor ocasiona perjuicio a las expectativas del acreedor; o sea, el acto de disposición, y el resultado perjudicial al acreedor; entre aquel acto y este perjuicio debe mediar un nexo causal.

El término «acto de disposición» utilizado por el legislador italiano en el artículo 2901 debe ser entendido en sentido amplio; referido a una categoría legal nueva, o a un nuevo significado y extensión de la tradicional categoría doctrinal de actos de disposición, que comprendería todos aquellos actos que pueden ocasionar perjuicio a las expectativas del acreedor a través de una alteración de su patrimonio¹⁰⁷ al dificultar la ejecución del acreedor¹⁰⁸.

En consecuencia, los actos que pueden ser impugnados con la acción revocatoria serán sólo los que afectan a bienes del patrimonio que puedan ser ejecutados. Resultan, por tanto, excluidos los actos relativos a bienes sustraídos a la ejecución, porque suponen lesión de la garantía patrimonial.

Cierto debate se ha suscitado en la doctrina italiana acerca de si están sujetos a la acción revocatoria los actos tradicionalmente catalogados como actos de *administración*. Los autores que optan por la respuesta negativa se fundan en calificar a dichos actos como actos conservativos¹⁰⁹. Pero en nuestra opinión, la acción revocatoria no ataca una categoría apriorística de actos: en consecuencia, serán objeto de impugnación los actos que ocasionen perjuicio al acreedor; y si los actos de administración comportan dicho perjuicio, estarán sujetos a revocatoria, precisamente porque son perjudiciales, al comportar una disminución del valor económico del patrimonio del deudor de cara a su eventual ejecución¹¹⁰.

¹⁰⁷ Para NICOLÓ (*Commentario...* sub art. 2901, p. 226) «en abstracto son susceptibles de quedar sujetos a la acción revocatoria todos los actos del deudor que comportan una modificación sustancial, jurídico o económica, de sus bienes».

¹⁰⁸ Se trata de una categoría comprensiva no sólo de los actos traslativos (enajenaciones) sino que también se incluirían en el ámbito de impugnación de la acción revocatoria otros actos tales como las renunciaciones, la constitución de derechos reales sobre bienes propios en favor de terceros, la constitución de privilegios, la asunción de obligaciones, arrendamientos a precio vil, constitución de hipoteca en garantía de deuda ajena...

¹⁰⁹ D'ERCOLE (*L'azione revocatoria...*, p. 152) y BIGLIAZZI GERI (*Commentario...*, p. 140) consideran que quedan sujetos a la acción revocatoria sólo los actos de disposición, no los actos de administración y ni siquiera los actos de extraordinaria administración.

¹¹⁰ Por eso la jurisprudencia italiana ha permitido la impugnación de actos de constitución de arrendamiento sobre determinados bienes: Cass. 22 de enero de 1970, núm. 138: «los contratos de arrendamiento de más de nueve años tienen una intrínseca actitud para producir modificaciones sustanciales, jurídicas y económicas, de la situación patrimonial del deudor». «Porque este acto, al ser oponible al eventual adquirente, disminuye el valor de la finca y determina ofertas más bajas en la subasta» (LAZZARO, *Atti di disposizione lesivi della garanzia generica e concorso tra risoluzione ed azione revocatoria*, en *Giustizia Civile*, 1970, I, p. 1048).

9.2 Problemas en sede de nexo causal

Para agilizar el ejercicio de la acción revocatoria, el *eventus damni* ha adquirido una más vasta extensión fruto de las exigencias prácticas impuestas por la jurisprudencia que se enfrentaba con una casuística que el concepto tradicional de insolvencia no estaba en condiciones de resolver equitativamente y a la falta de aplicación de una correcta configuración dogmática del principio de causalidad.

Tradicionalmente se entendía que el acto que iba a ser revocado era precisamente el que había producido la insolvencia absoluta que impedía al acreedor la ejecución del patrimonio del deudor. La doctrina subrayaba esta «inmediatez temporal», esta relación directa entre acto impugnado y perjuicio ocasionado.

Pero esta inmediatez temporal no es exigencia necesaria de la causalidad jurídica; el ser efecto respecto a una determinada causa no implica, en absoluto, que el efecto deba manifestarse inmediatamente después que se ha realizado la causa¹¹¹. Lo cual nos permite jugar con un mayor campo de acción para que el nexo causal opere y pueda resolver algunos problemas que se han planteado a los tribunales. Porque la jurisprudencia italiana ha mostrado en sede de nexo de causalidad, oscilaciones debidas a las distintas tesis que defiende la doctrina, y a su enfoque casuístico y contingente.

Generalmente la Corte de Casación italiana rechaza que pueda ser objeto de acción revocatoria un acto cuando la insolvencia no haya sido consecuencia directa del acto impugnado (aunque éste haya comportado una efectiva disminución patrimonial del deudor) sino que depende de hechos o actos sucesivos. En cambio, otras veces la Corte de Casación considera el *eventus damni* como el madurar de una insolvencia sobrevenida del deudor no limitando la averiguación del estado patrimonial del deudor al momento inmediatamente después de haber sido realizado el acto, sino buscando si dicho acto ha sido más o menos determinante del perjuicio sufrido por el acreedor¹¹². Lo afirma la sentencia de la Corte de Casación de 29 noviembre 1977, núm. 5178, donde en un supuesto de una sucesión de actos dispositivos del deudor se afirma que el acreedor actor «no está obligado a impugnar el último acto cronológicamente, determinante directo de la insolvencia, sino que puede pedir la ineficacia de uno de esos actos que si no vinieran seguidos de los otros no habría provocado por sí mismo el perjuicio al acreedor»¹¹³.

¹¹¹ COSTANZA, *Atto di disposizione, eventus damni, nesso di causalità*, en *Giustizia Civile*, 1983, I, p. 1181.

¹¹² BREGOLI (*Commentario...*, p. 535) recoge esta distinta orientación de la jurisprudencia.

¹¹³ Para COSTANZA (*Atto di disposizione...*, p. 1181) acudiendo al principio de la *conditio sine qua non* podríamos afirmar que muchos actos de disposición han contribuido a la insolvencia, a la insuficiencia sucesiva del patrimonio del deudor, aunque no la hayan ocasionado directamente.

Porque entre el acto de disposición y el ejercicio de la acción revocatoria puede pasar un cierto tiempo, más o menos largo, que permite valorar la evolución del patrimonio del deudor y establecer qué aspectos de tal evolución se deben considerar relevantes o no para determinar el perjuicio del acreedor. Hace falta, por tanto, una valoración en sede de causalidad jurídica para determinar la subsistencia o no de un nexo *relevante* entre acto de disposición y perjuicio.

a) EL PROBLEMA DE LOS ACTOS FRAUDULENTOS CONTEMPORÁNEOS

En ocasiones la insuficiencia del patrimonio del deudor que perjudica al acreedor puede ser consecuencia de la realización, prácticamente contemporánea, de una serie de actos de disposición. En tal caso «en presencia de varios actos de disposición, realizados uno tras otro en un breve periodo de tiempo, con el propósito de volverse insolvente, el acreedor que quiere ejercitar la acción revocatoria no estará obligado a observar un orden inverso de sucesión en el tiempo a la hora de probar el daño e impugnar, por eso, el último o los últimos actos de disposición con los cuales se consuma la total destrucción de la garantía de su crédito, sino que podrá dirigir su impugnación *contra cualquiera de los actos, según su propio interés*, y por tanto, eventualmente podrá dirigirse contra aquel acto de mayor importancia económica o aquel donde sea más fácil demostrar los elementos relevantes de la acción revocatoria»¹¹⁴. Esta orientación de la jurisprudencia fue propiciada por una autorizada doctrina¹¹⁵.

Según la doctrina jurisprudencial debemos entender que no es necesario que el perjuicio sea efecto temporalmente inmediato al acto de disposición que ha de impugnarse; que el acreedor, por tanto, no debe estar obligado a probar la existencia de dicho perjuicio en el momento mismo de realización del acto, sino que será suficiente demostrar que el perjuicio está causalmente relacionado con el acto de disposición sobre la base de los criterios de la causalidad jurídica, y que no haya intervenido a continuación ninguna concausa idónea para interrumpir dicho nexo causal¹¹⁶.

¹¹⁴ Se trata de la sentencia de la Corte de Casación de 9 de abril de 1965, núm. 624. En este sentido también Cass. 28 julio 1977, núm. 3356; Cass. 10 octubre 1977, núm. 4677.

¹¹⁵ NICOLÓ (*Commentario...* sub art. 2901, p. 218) al definir los límites del nexo de causalidad dice que el perjuicio debe depender del acto impugnado, no siendo suficiente que este haya comportado una disminución efectiva del patrimonio del deudor si dicha disminución no significa un perjuicio al acreedor, pues el crédito habrá sido perjudicado por hechos o actos sucesivos; a menos que estos últimos estén directamente conectados con el acto impugnado y que el *consilium fraudis* no se extienda también a ellos. Incluso anteriormente para COSATTINI (*La revoca...*, p. 129) tal acto, aunque por sí mismo no ocasiona la insuficiencia del patrimonio, será impugnabile si dicha insuficiencia ha sido ocasionada por actos sucesivos que escapan a la acción revocatoria. Haría falta demostrar en estos casos un fraude especial, el conocimiento por parte del deudor y del tercero de que se iban a producir dichos eventos sucesivos; y salvo que el acreedor haya actuado con negligencia a la hora de satisfacer su derecho porque en tal caso dicha negligencia «vale para romper el nexo de causalidad entre acto fraudulento y perjuicio». También NATOLI/BIGLIAZZI GERI, *I mezzi di conservazione...*, p. 169; BIANCA, *Diritto civile, V. La responsabilità*, Giuffrè, Milán, 1994, p. 442.

¹¹⁶ Con la calificación de «concausas excepcionales» podremos identificar otros actos que pueden sujetarse a la acción revocatoria y rompen el nexo de causalidad entre el acto que se

El nexos causal entendido en términos estrictos comporta que los primeros actos no determinaron inmediatamente la insolvencia; pero está claro que todos ellos compartían un fin común, y que todos ellos contribuyeron a hacer insuficiente el patrimonio del deudor¹¹⁷.

En este supuesto, si todos los actos han sido realizados con propósito de perjudicar, dicho propósito no puede sustituir al perjuicio, no pueden impugnarse todos los actos; como la función de la acción revocatoria es sólo eliminar el perjuicio para permitir la satisfacción del crédito, solo se revocarán los actos necesarios para dicho fin; sólo que esos actos no tendrán que ser los últimos cronológicamente, porque el propósito viene a modular el nexos causal¹¹⁸.

b) ¿LA SOLVENCIA TEMPORAL INTERMEDIA ROMPE EL NEXO DE CAUSALIDAD?

Supongamos que un acto de disposición ha provocado la situación de insuficiencia del patrimonio del deudor pero después le sucede un período de solvencia y nuevamente una segunda situación de insuficiencia. En tal caso, la solvencia intermedia ¿rompe el nexos de causalidad entre el acto de disposición anterior a la primera insolvencia y la insuficiencia final?; ¿son revocables, en su caso, sólo los actos de disposición posteriores al período de solvencia intermedia?¹¹⁹. Una concepción amplia del

quería impugnar y el perjuicio constatado. Y es que sería posible que después de haberse realizado el acto de disposición quedara en el patrimonio algún bien pero que este bien desapareciera por un evento que escape a la acción revocatoria (por ejemplo, por destrucción material fortuita).

¹¹⁷ Para LUCCHINI (*L'azione revocatoria ordinaria...*, p. 345) «para declarar ineficaz cualquiera de los actos (y no solo aquel que efectivamente ha dañado la garantía patrimonial) es necesario demostrar que esos actos han sido realizados por el deudor siguiendo un «plan» dirigido a perjudicar las expectativas del acreedor».

¹¹⁸ Para LUCCHINI GUASTALLA (*Danno e frode...*, pp. 271-279) se trataría de una clara prueba de que no cabe objetivar la acción revocatoria y basarla sólo en el perjuicio, prescindiendo de la *frode*. También alega la necesidad de *frode* para la impugnación de determinados actos como la venta a justo precio de un inmueble (convertido ahora en dinero, que sustituye dicho bien en el patrimonio del deudor) o la aportación de inmuebles a sociedades, recibiendo a cambio el deudor unas acciones o participaciones (*Danno e frode...* pp. 187-218 y 286-313). «La actual disciplina de la acción revocatoria ordinaria parece, pues, privada de un elemento que realice la función de *qualificar el perjuicio a los acreedores* constituyendo así un *efectivo límite al área* (como ya se ha apuntado, demasiado extensa) *del daño relevante* al objeto de la revocación de un acto llevado a cabo por el deudor» (*Danno e frode...*, p. 268: la cursiva es del propio autor). «El acreedor puede sufrir, como consecuencia del acto realizado por el deudor, un daño no ignorable, pero este daño asume relevancia, al objeto de la revoca del acto, solo cuando quede conectado a una conducta del deudor dirigida a sustraer *fraudulentamente* a los acreedores la garantía patrimonial sobre la cual estos habían puesto su confianza» (pp. 377-378).

¹¹⁹ Antes del código de 1942 se había afirmado que el acto de disposición que ocasionó la primera insolvencia era también impugnable porque se entiende que dicho acto continuaba siendo causa de la insolvencia final resultante (BUTERA, *Dell'azione pauliana...*, p. 285). También BREZZO (*La revoca degli atti fraudolenti...*, p. 122) afirmaba que «la acción pauliana todavía les compete, teniendo en cuenta la equidad que es su fundamento, y la insolvencia como efecto, aunque no inmediato, del acto que se impugna». EULA (*Commentario...*, p. 854) también lo admite si los incrementos que restablecieron la situación patrimonial del deudor tenían eficacia transitoria.

nexo de causalidad nos permitiría considerar, en determinadas circunstancias ¹²⁰, a los actos realizados antes de la primera insolvencia como causantes también del perjuicio, y no rechazar de plano tal posibilidad, por ejemplo, si los actos posteriores no pueden ser impugnados.

Porque si dicho acto de disposición no se hubiera realizado, los acreedores podrían seguir contando, en el patrimonio del deudor, con bienes suficientes como para satisfacer sus créditos; por tanto dicho acto de disposición ha contribuido a producir este daño a los acreedores. De esta manera se podría permitir al acreedor pedir, en función del importe de su crédito, la impugnación tanto del acto último que ha provocado la segunda insolvencia, como el acto anterior que produjo la primera insolvencia y que sigue siendo causa de la segunda ¹²¹.

La solución a esta controversia depende de la concepción que se tenga del perjuicio, y del fundamento de la acción revocatoria. Aquellos que consideran que el acto perjudicial es originariamente ineficaz por un defecto de legitimación del deudor para realizar actos que lesionen la garantía patrimonial, consideran que la posterior no existencia de perjuicio en el momento de interponer la acción determina la falta de *interesse ad agire* para impugnarlo, pero no afecta a la legitimación sustancial, de modo que dicho acto, perjudicial en el momento de ser realizado, podrá ser impugnado sucesivamente en un momento de nueva insolvencia ¹²². En cambio, otros autores estiman que para revocar un acto hace falta que el daño producido al momento de su realización sea el mismo que perdura cuando la acción se ejercita, porque el *interesse ad agire* no existe como cosa distinta del interés sustancial tutelable ¹²³. Estos son los problemas de la determinación anticipada de la concurrencia del perjuicio al momento de realización del acto que después se impugna (que trataremos a continuación). En cualquier caso, estos autores entienden que en primer lugar habrá de impugnarse el último acto realizado verdadero causante de la segunda insolvencia, pero, excepcionalmente, podrá también impugnarse actos anteriores cuando los posteriores, por alguna razón, escapan a la revocatoria ¹²⁴.

9.3 Momento de determinación del perjuicio y nexos causal

En relación con el problema últimamente tratado, hemos visto que su solución depende de la concepción que se defiende acerca del fundamen-

¹²⁰ Principalmente, determinar si pudo el acreedor haber embargado esos bienes que llegaron al patrimonio del deudor. Esta valoración de la conducta del acreedor debe tener en cuenta la duración de ese periodo de solvencia, la eventual concurrencia de otros acreedores (que pudieran también haber ejecutado dichos bienes) y la posibilidad de haber participado en dicha ejecución.

¹²¹ Como recoge MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria...*, p. 47.

¹²² Vid. infra nota 125.

¹²³ MAFFEI ALBERTI, *Il danno...*, pp. 37-39; BIANCA, *Diritto civile...*, p. 441; LUCCHINI GUASTALLA, *Danno e frode...*, pp. 88-91.

¹²⁴ MAFFEI ALBERTI, *Il danno...*, p. 47; LUCCHINI GUASTALLA, *Danno e frode...*, p. 91: «en tal caso, para la revocación de este acto deberá procederse a la determinación de la subsistencia de una relación causa-efecto entre el acto más lejano y el reciente perjuicio».

to de la acción revocatoria. En este sentido, algún autor¹²⁵ ha sostenido que el régimen de la acción revocatoria se traduce en una ineficacia originaria del acto de disposición. El fundamento de la acción revocatoria se identifica con un defecto de legitimación del deudor para realizar actos que perjudiquen el funcionamiento de la responsabilidad patrimonial. La legitimación del deudor para realizar actos de disposición sobre su patrimonio depende de que dichos actos puedan comportar o no un perjuicio a los acreedores.

Esta concepción se basa en identificar dos momentos en la formación del *eventus damni* como fenómenos diferenciados: un primer momento representado por el perjuicio en el momento de realización del acto; y un segundo momento que significa la permanencia de dicho perjuicio cuando los acreedores pretenden la ejecución del patrimonio o el ejercicio de la acción.

Según este enfoque, entre el perjuicio que el acto de disposición ocasionó en el momento de su realización y la insuficiencia actual del patrimonio ante la ejecución de los acreedores, puede haber una continuidad; pero puede haber ocurrido que después del acto de disposición el patrimonio del deudor haya recuperado su solvencia. O que la insuficiencia actual no pueda ser considerada como continuación o consecuencia del perjuicio precedente, sino como una situación nueva producida por circunstancias distintas posteriores. O bien que aunque el acto de disposición no ocasionó perjuicio, porque en el momento de su realización seguían existiendo bienes en el patrimonio del deudor suficientes para cubrir los créditos, sobrevenga después una insolvencia que determina la actual imposibilidad de la ejecución¹²⁶.

Para DE MARTINI el nexo causal significa solamente que el acto de disposición ocasionó en el momento de su realización, un daño; pero no media relación de causalidad entre acto de disposición y situación patrimonial del deudor en el momento de ejercicio de la acción. Dicha situación patrimonial tiene relevancia en el ejercicio de la acción revocatoria a través de otro cauce: del «interés para accionar» (*interesse ad agere*)¹²⁷, es decir, no incide en los presupuestos sustanciales de la ineficacia, sino en el plano de las condiciones procesales para ejercitar la acción.

¹²⁵ DE MARTINI, en *L'eventus damni nella revocatoria fallimentare*, en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1958, p. 248 ss.

¹²⁶ Para CORSI (*La revocatoria ordinaria nel fallimento*, Morano, Nápoles, 1965, p. 92) el daño debe subsistir al momento de realización del acto y al momento en que la acción es interpuesta; «si en el entretiem po la insolvencia del deudor se sana, cesará también el efecto perjudicial del acto de modo que no podrá ya ser atacado por la acción revocatoria».

¹²⁷ Sobre la noción de *interesse ad agere* prevista en el artículo 100 del Código del procedimiento civil italiano, concebido como «la necesidad de tutela jurisdiccional que emerge de la afirmación de los hechos constitutivos y de los hechos lesivos del derecho» (MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, vol. 1, UTET, Turín, 1993, p. 50) y su distinción del interés sustancial, vid. LUCCHINI GUASTALLA, *Danno e frode...*, pp. 76-85, que llevado a nuestra acción revocatoria distinguiría entre «condiciones procesales de la acción» y «presupuestos sustanciales».

De modo que en esta línea habría que admitir la acción revocatoria para el caso en que el *eventus damni* hubiera sido superado por una sucesiva solvencia del deudor si después sobreviene nuevamente una situación de insuficiencia patrimonial; la acción revocatoria puede ser ejercida porque valorando separadamente *eventus damni e interesse ad agere*, el uno y el otro existen en sus respectivos momentos ¹²⁸.

En el momento de realización del acto de disposición no hay todavía una ejecución frustrada, pero se dan las condiciones de dicho perjuicio, pues no existen en el patrimonio del deudor los elementos necesarios para permitir la realización coactiva del crédito. Dicho acto de disposición es perjudicial; pero el perjuicio debe seguir existiendo y confirmarse en una ejecución frustrada ¹²⁹. De modo que el nexo causal actuaría en dos momentos: un primer nexo entre acto de disposición y perjuicio (entendido como lesión de la garantía patrimonial); y una segunda fase del nexo causal que relacionaría dicho perjuicio (lesión de la garantía patrimonial) con el perjuicio final de ejecución frustrada.

10. CONCLUSIONES

Finalmente nos parece útil recapitular y destacar a modo de conclusiones, los principales aspectos en los que difieren la regulación española e italiana de la acción pauliana.

1) En el *Codice Civile* la acción revocatoria recibe una ubicación sistemática más adecuada. Forma parte del libro VI del *Codice*, dedicado en general a los medios de tutela de los derechos. En concreto, la acción revocatoria, junto a la acción subrogatoria y al secuestro conservativo, se hallan ubicadas dentro del capítulo V, titulado *De los medios de conservación de la garantía patrimonial*, perteneciente al título III titulado *De la responsabilidad patrimonial, de las causas de prelación y de la conservación de la garantía patrimonial*.

En cambio en nuestro Código Civil la acción revocatoria viene enunciada en el artículo 1111 (en el mismo que la acción subrogatoria, separadas por un punto y coma que da lugar a interpretaciones dispares); completándose su régimen por remisión a los preceptos dedicados a la rescisión de los contratos (arts. 1290-1299) como nueva categoría de ineficacia distinta a la tradicional nulidad. Pero separada, por tanto, del artículo 1911 del mismo código que enuncia el principio de «responsabili-

¹²⁸ «Se podrá decir que el *eventus damni* haya sido superado por un paréntesis de solvencia, pero ello no quita que el daño que dicho acto de disposición significaba comporte un defecto de legitimación del deudor para su realización, que el paréntesis posterior de solvencia no ha cancelado, de modo que los acreedores, si demuestran un interés actual (y lo haran al demostrar la insuficiencia actual) puedan hacer valer mediante la acción revocatoria dicho defecto de legitimación» (MAFFEI ALBERTI, *L'eventus damni...* p. 258).

¹²⁹ Para MAFFEI ALBERTI (*Il danno...*, p. 45): «el daño nace en el momento de realización del acto. Pero una vez que surge, vive, puede modificarse o extinguirse. En el momento en que se ejercita la acción revocatoria el daño debe continuar en vida».

dad patrimonial universal», quedando oscurecida la natural conexión entre responsabilidad patrimonial y acción pauliana ¹³⁰.

2) Esa ubicación sistemática de la acción revocatoria en el *codice* como un medio más de conservación de la garantía patrimonial es decisiva para comprender su función, su naturaleza y la configuración de sus presupuestos y de sus efectos.

La función de la acción revocatoria es la de conservar la garantía patrimonial, es decir, conservar las posibilidades de satisfacción del crédito a través de la ejecución forzosa del patrimonio sujeto a responsabilidad. Se supera así la vieja discusión doctrinal acerca de la función conservativa o ejecutiva de la acción revocatoria. Está claro que la acción revocatoria no es directamente ejecutiva; no implica, en ningún caso, que los bienes objeto del acto de disposición impugnado pasen al propio acreedor. La acción revocatoria es, en todo caso, un paso previo que permite, en su caso, la posterior ejecución de los bienes objeto del acto ahora impugnado. Pero tales bienes podrán ser ejecutados por el acreedor, después de ejercida la acción revocatoria, sólo si el acreedor que impugnó está provisto de título ejecutivo.

3) No hace falta, como hemos puesto de manifiesto, predicar de la acción revocatoria efectos restitutorios para que ésta pueda cumplir la función que le ha sido encomendada porque dicha ejecución la llevará a cabo el acreedor dirigiéndose contra el propio adquirente de los bienes, beneficiado por el acto de disposición. Porque el tercero adquirente sigue siendo, después de la impugnación, propietario de los bienes enajenados en fraude. En ello se manifiesta el régimen de ineficacia parcial y relativa de nuestra acción: el acto impugnado es válido y sigue desplegando sus efectos, entre las partes y frente a todos. Con la acción revocatoria el acreedor lo que pide al juez es la declaración de ineficacia respecto a él del acto de disposición, de modo que el bien, aunque haya pasado a formar parte del patrimonio del tercero, sigue, después de ejercer con éxito la acción revocatoria, estando sujeto a responsabilidad porque ha quedado restablecida la garantía patrimonial (los bienes sujetos a responsabilidad necesarios para cubrir el importe del crédito). La acción revocatoria es, no lo olvidemos, un medio de conservación de esta garantía patrimonial.

Con el Código italiano de 1942 ya no hay lugar a la controversia entre los autores que, bajo el vigor del antiguo código de 1865, sostenían que la acción revocatoria daba lugar a la nulidad del acto, frente a aquellos otros que, con mejor criterio, iban propugnando que como consecuencia de la acción revocatoria se sancionaba la ineficacia (relativa, respecto a los sujetos beneficiados y parcial respecto a la extensión de la ineficacia) del acto impugnado.

¹³⁰ Advertida por DE CASTRO, en su excepcional trabajo *La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial universal. Estudio de los artículos 1111 y 1911 del Código Civil*, en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 1932, p. 193.

4) Por eso en la nueva disciplina italiana están legitimados para ejercer la acción revocatoria (lo dice expresamente el propio código) los acreedores condicionales o a término. Ya que la función de la acción revocatoria no es directamente permitir la ejecución del bien, sino conservar la garantía patrimonial, si quien ejercita la acción revocatoria no puede después ejecutar el bien, podrá ejercer a continuación otras medidas conservativas.

De este modo, al no ser requisito de legitimación estar provisto de título ejecutivo ni haber intentado una persecución previa de bienes del deudor que pusieran de manifiesto su insolvencia, queda claro que la acción revocatoria significa una fase de actuación de la responsabilidad patrimonial anterior y distinta, pero instrumental, respecto a la fase que consiste en la ejecución forzosa de los bienes sujetos a responsabilidad.

5) El presupuesto objetivo de la acción revocatoria, conocido tanto en la doctrina como en la jurisprudencia con la denominación clásica de *eventus damni*, cambia de configuración con el código de 1942. Ya no hace falta una previa persecución de los bienes del deudor, ni demostrar la insolvencia en un proceso previo. Se trata de demostrar el peligro de insatisfacción del crédito del acreedor en una eventual y ulterior ejecución forzosa del patrimonio del deudor. Porque en dicho patrimonio no hay bienes suficientes, libres y embargables, cuyo valor de realización permita cubrir el importe del crédito. Se trata de lo que la primera doctrina y la jurisprudencia posterior al *codice* llamaron *pericolo di danno*. Expresión que se fue afianzando en la doctrina hasta que MAFFEI ALBERTI vino a poner de manifiesto que ese riesgo de que la futura ejecución del patrimonio del deudor quedara frustrada no comportaba un peligro de daño, sino un daño presente, una lesión actual de la garantía patrimonial. Se trataba de desarrollar lo que ya venía anunciado por el propio *codice* en el epígrafe del capítulo V al catalogar la acción revocatoria como un «medio de conservación de la garantía patrimonial»¹³¹.

6) El *eventus damni* se convierte ahora en el eje de la regulación de la acción revocatoria italiana, desplazando en el papel de protagonista al elemento subjetivo, tradicionalmente conocido como *consilium fraudis* e identificado en otro tiempo por la generalidad de la doctrina como el ánimo o propósito del deudor de dañar al acreedor, de defraudar sus expectativas de realización del crédito; o, cuando el acto era a título oneroso, el concierto entre el deudor disponente y el tercero adquirente de provocar dicha frustración.

En el Código de 1942, fruto de una constante evolución jurisprudencial que ha ido vaciando de contenido el elemento subjetivo de la acción revocatoria, ha desaparecido la locución «fraude» y al elemento subjeti-

¹³¹ En efecto, concebir el *eventus damni* no como peligro de daño, es decir, riesgo de que la futura y eventual ejecución resulte frustrada, sino como lesión actual de la garantía patrimonial, significa convertir la acción revocatoria en una institución que se presenta como «útil instrumento para hacer más probable y fructuosa una futura ejecución» (MAFFEI ALBERTI, *Il danno...*, p. 20).

vo se le ha dado otra configuración más adecuada para que la acción revocatoria pueda desempeñar su función de medio eficaz de tutela del crédito.

Ahora el Código italiano exige que el deudor conociera el perjuicio que con su acto podía ocasionar a las expectativas del acreedor; y para el caso de que el acto de disposición fuera oneroso, que el tercero conociera también dicho perjuicio. Se ha suscitado en la doctrina la discusión acerca de si, bajo las expresiones utilizadas por el legislador italiano («que el deudor *conoscesse il pregiudizio* ... o que tratándose de un acto a título oneroso el tercero *fosse consapevole* del perjuicio») se configura la exigencia de un conocimiento efectivo por parte del deudor o si, por el contrario, basta que dicho deudor haya tenido la posibilidad de haberse procurado tal conocimiento.

Discusión que en la práctica pierde parte del interés ante la actitud de la jurisprudencia de, sin entrar en el debate doctrinal, admitir que el conocimiento que se exige al deudor pueda ser probado por medio de presunciones; es decir, que objeto de prueba será no el conocimiento efectivo, sino los elementos o indicios que indican la posibilidad de un conocimiento, valorado conforme a la regla de *id quod plerumque accidit*.

7) El verdadero contenido del *eventus damni*, el perjuicio que legitima el recurso a la acción revocatoria (siempre *ultima ratio* en la defensa del crédito) viene configurado expresamente por el legislador italiano como *pregiudizio alle ragioni del creditore*. De modo que, la lesión de la garantía patrimonial da paso a la acción revocatoria cuando el acreedor no cuenta con otros medios para poder realizar su crédito; es decir, sólo en tal caso hay *eventus damni*. Por tanto, en caso de existencia de una pluralidad de deudores solidarios, la insolvencia patrimonial de uno de ellos no legitima al acreedor a ejercer la acción revocatoria mientras conserve la posibilidad de dirigirse contra otro codeudor o de realizar su crédito ejecutando alguno de los patrimonios sujetos a responsabilidad.

