

La subsidiariedad en la acción pauliana

PEDRO ROBLES LATORRE

Profesor Asociado
Universidad de Granada

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Los requisitos para el ejercicio de la acción pauliana.*—III. *La subsidiariedad como requisito.*—IV. *Los efectos de la acción pauliana y su relación con el requisito de la subsidiariedad.*—V. *Los efectos de la acción pauliana y su relación de la subsidiariedad.*—VI. *Distintos supuestos en los que se podría apreciar el juego de la subsidiariedad de la acción rescisoria:* 1. La pluralidad de patrimonios garantes de una deuda. 2. La existencia de mecanismos jurídicos alternativos que evitan el perjuicio.—VII. *El fundamento de la subsidiariedad de la acción rescisoria.*

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 1294 del CC afirma claramente: «La acción de rescisión es subsidiaria». Esta afirmación tajante ha hecho posible que tanto la doctrina como la jurisprudencia aludan a la subsidiariedad como un requisito más a la hora de poder rescindir un negocio por fraude de acreedores. Tradicionalmente se ha entendido este requisito en el sentido de que existiendo otro medio legal o jurídico que permitiese solventar el perjuicio que la realización de un negocio ha provocado en el deudor, éste tendría vedada la utilización de la acción rescisoria contra dicho negocio.

Sin embargo, el requisito de la subsidiariedad plantea muchas dudas, seguramente por su íntima relación con el resto de requisitos. En multitud de ocasiones se utiliza el calificativo de subsidiario, respecto de la acción rescisoria de una manera absolutamente retórica, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. ¿Qué se quiere decir exactamente cuando se habla de subsidiariedad? ¿Qué entendemos por otros medios jurídicos capaces de solventar el perjuicio? ¿Qué perjuicio es necesario para que pueda utilizarse la acción pauliana? Todas estas son cuestiones que al no estar absolutamente

resueltas oscurecen de manera importante el concepto de subsidiariedad en el ámbito de la aplicación de la acción rescisoria.

Pongamos algunos ejemplos de lo que queremos decir. Imaginemos un deudor desesperado realizando un negocio fraudulento con un amigo con el ánimo de defraudar las expectativas de cobro de su acreedor. La única razón por la que se ha realizado el negocio ha sido la de evitar la ejecución de los bienes del deudor, y ello es perfectamente conocido y asumido por su amigo. Parece un caso típico de fraude de acreedores y por tanto un negocio rescindible. Sin embargo, también, desde otro punto de vista se puede mantener que dicho negocio es nulo por causa ilícita, pues la razón de su existencia es precisamente la de lesionar al acreedor en sus posibilidades de cobro. ¿Y no es la nulidad otro remedio jurídico diferente de la rescisión? ¿Y no implicaría ello, en virtud del principio de subsidiariedad la imposibilidad de utilizar la acción rescisoria? O por ejemplo, imaginemos un acreedor con la posibilidad de dirigirse solidariamente a varios deudores. Cuando intenta hacer efectivo su crédito contra uno de ellos, éste es insolvente, insolvencia provocada fraudulentamente por la realización de negocios destinados a buscar la falta de patrimonio del deudor. Por tanto también hay negocio realizado en fraude de los derechos de un acreedor. ¿Podrá rescindir el contrato realizado fraudulentamente o por el contrario deberá dirigirse contra el resto de codeudores solidarios? Atendiendo al requisito de la subsidiariedad tampoco podrá atacar el negocio realizado por su deudor.

Lo que intenta buscar este trabajo es una respuesta a cuál es la función y el fin del requisito de la subsidiariedad en el ámbito de la acción rescisoria por fraude de acreedores. Pero para ello nos parece imprescindible reflexionar previamente -y aunque sea mínimamente- sobre los requisitos necesarios para poder rescindir un negocio así como sobre los efectos que sobre dicho negocio produce la rescisión del mismo.

II. LOS REQUISITOS PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PAULIANA

Cuando comenzamos a hablar de la acción rescisoria por fraude de acreedores o de la Acción Pauliana ¹, automáticamente se nos representa en la mente un mecanismo que el ordenamiento concede a un acreedor burlado en su derecho de crédito, un medio de

¹ Una reciente y magnífica monografía sobre esta acción ha sido realizada por FERNÁNDEZ CAMPOS, *El fraude de acreedores: la acción pauliana*, Bolonia, 1998.

reparación del perjuicio que un acto fraudulento, realizado por el deudor y un tercero, le ha causado al acreedor o, como afirma Lalaguna², «la facultad que el ordenamiento jurídico concede a todo acreedor para proceder por derecho propio a impugnar los actos válidamente celebrados por el deudor que, por su carácter fraudulento, produzcan un perjuicio al acreedor y éste no pueda cobrar de otro modo lo que se le deba».

Sabemos que para que este mecanismo esté a disposición del acreedor es necesario que se produzca una serie de requisitos que, en principio, deben ser probados por el propio acreedor. Estos requisitos han sido puestos de relieve por la jurisprudencia³, que los ha extraído de la regulación que se contiene de la Acción Pauliana en el Código Civil. No por repetidos y sabidos dejan de ser objeto de análisis⁴. El que ahora realizamos nosotros no tiene otra pretensión que la de situar al lector dentro del ámbito en el que se mueve la rescisión del acto fraudulento.

1. La primera condición que es requerida para poder emplear la Acción Pauliana es *la existencia de un crédito*. Este crédito en favor del demandante de la rescisión debe ser un crédito cierto, no discutido. Cualquier duda sobre la existencia del crédito será un impedimento infranqueable para el éxito de la rescisión⁵. Pero no basta con que no haya duda alguna de la existencia del crédito. En principio, es requisito

² LALAGUNA, E., «La acción revocatoria y la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *RGD*, 1993, núm. 582, p. 1259.

³ Por citar una sentencia reciente de las muchas que se pueden encontrar ver *Sentencia A.P. Badajoz de 4 de diciembre de 1995, Aranzadi Civil, ref. 2281* en la que se afirma: «Exigiendo la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo desde muy antiguo la concurrencia de los siguientes requisitos: a) existencia de un crédito; b) celebración por el deudor de un acto o contrato posterior que beneficia a tercero proporcionándole una ventaja patrimonial; c) realización del acto dispositivo por el deudor con ánimo de perjudicar al acreedor o sustraer los bienes a la acción del mismo y d) carencia de acreedor de obtener, por otro medio el cobro de su crédito». La *STS de 10 de abril de 1995, Aranzadi, ref. 3254* afirmaba: «Los requisitos que condicionan la viabilidad de la acción revocatoria o pauliana son los siguientes: la existencia de un crédito anterior en favor del accionante y en contra del que enajena la cosa; realización de un acto por virtud del cual salga el bien del patrimonio del que lo enajena; el propósito defraudatorio en perjuicio del acreedor; ausencia de todo otro medio que no sea la rescisión de la enajenación para obtener la reparación del perjuicio inferido al acreedor». Otras sentencias son *STS de 28 de noviembre de 1994, Aranzadi, ref. 8630*; *STS de 25-4-1996, 13-9-1995, 2-6-1994, Aranzadi, ref. 4575*; *6-4-1992, Aranzadi, ref. 6186*; *27-3-1992, Aranzadi, ref. 2337*; *13-2-1992, Aranzadi, ref. 844*; *7-2-1991, Aranzadi, ref. 1149*; *28-3-1988, Aranzadi, ref. 2479*; *14-10-1987, Aranzadi, ref. 7099*; *15-2-1986, Aranzadi, ref. 681*.

⁴ MARTÍN SANTISTEBAN, «Presupuestos y requisitos en la aplicación de la acción rescisoria por fraude de acreedores: su evolución en la doctrina jurisprudencial reciente del Tribunal Supremo. (Comentario a las Sentencias de 6 de abril de 1992 y 28 de octubre de 1993)». *RGD*, 1994, pp. 9143 y ss.

⁵ Así lo ha puesto de manifiesto la *STS de 15 de noviembre de 1995, Aranzadi, ref. 9203*, en la que se deniega la rescisión de un contrato porque el demandante no consiguió acreditar la existencia de un crédito a su favor, pues su existencia pendía de una declaración judicial previa en otro procedimiento.

necesario que éste sea previo a la realización del contrato que pretende declararse ineficaz, aunque últimamente se viene entendiendo que es suficiente con que la existencia del crédito sea próxima y segura ⁶.

2. Igualmente se requiere que el negocio se haya realizado con una *actitud fraudulenta* ⁷ que debe predicarse no sólo del deudor, sino también de la persona que contrata con él, en virtud de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 1295 CC: «Tampoco tendrá lugar la rescisión cuando las cosas, objeto del contrato, se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe». Fraude que se presume por el artículo 1297 en los supuestos de enajenaciones de bienes a título gratuito y a título oneroso cuando se tratase de bienes embargados o de enajenaciones realizadas por personas contra las que hubiese una sentencia condenatoria. También se ha matizado qué es lo que debe entenderse por actitud fraudulenta, tanto del deudor como de la persona que contrata con él. Por lo que se refiere al deudor parece que ya no es necesario que exista un ánimo o propósito expreso, una intención clara de causar daño al acreedor ⁸, y que es suficiente, como afirma Albaladejo ⁹ la posibilidad de haber tenido conciencia o conoci-

⁶ LOHMANN LUCA DE TENA, «Apuntes para una distinta aproximación a la Acción Pauliana», *RGLJ*, 1984, mayo, p. 495: «En nada parece que repugne al espíritu de la acción pauliana la impugnación del acto doloso del deudor enfocado a evitar el cumplimiento de una obligación por asumir. Forzoso es admitir la ventaja de la acción pauliana sobre cualquier otra, que no sería sino la indemnización». En el mismo sentido *vid. STS de 28 de junio de 1994, Aranzadi, ref. 5990* cuando afirma: «Si bien la doctrina jurisprudencial exige que el crédito en que se funde la acción rescisoria sea anterior al acto rescindible, ello ha de entenderse en términos generales, siendo preciso que cada caso se estudie en concreto y con arreglo a las peculiaridades que presente, especialmente en aquellos supuestos en que la intención defraudatoria viene determinada por la próxima y segura existencia posterior del crédito [Sentencia de 11 noviembre 1993 (RJ 1993\8959)]». Igualmente, *STS de 27 de octubre de 1984, Aranzadi, ref. 6965 y 28 de marzo de 1988, Aranzadi, ref. 2479*. Es ésta una opinión que se ha ido generando a lo largo de los años y como consecuencia de la práctica de los Tribunales. Con anterioridad y desde una posición que teóricamente podría parecer correcta, la opinión era diferente. Así, TRAVIESAS, «La Acción Pauliana», *RGLJ*, 1920, tomo 137, p. 107 y ss., afirma: «Las garantías patrimoniales a favor del acreedor perjudicado por acto anterior a su crédito, no se alteran en nada: de aquí que no se admita, entonces, la pauliana, sin que esto sea obstáculo para que sean utilizables otras acciones que protejan contra el dolo o la culpa».

⁷ PUIG PEÑA, F., «Teoría de la Acción Pauliana», *RDP*, 1945, septiembre, p. 486. ORDUÑA MORENO, *Notas acerca de la acción de rescisión por fraude de acreedores a propósito de la última jurisprudencia*, *RGD*, 1988, pp. 61 y ss.

⁸ LOHMANN LUCA DE TENA, *op. cit.*, p. 491: «No se exige, pues, que el deudor tenga en mente la determinación resuelta y de mala fe, decisión de dañar en suma, mediante la ocultación de su patrimonio, escondiéndolo yo poniéndolo fuera del alcance del acreedor; no se requiere que el acto se haga "ex profeso" para perjudicar».

⁹ ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil Español*, tomo II, p. 120. Afirma este autor: «Por otro lado, cuando una persona de diligencia media se habría apercibido de que con la enajenación su patrimonio queda sin bienes para hacer frente al derecho del acreedor, no cabe tampoco admitir que, por el hecho de que, en el caso concreto, el deudor sea tan poco discreto que le haya pasado desapercibida dicha circunstancia, no le alcancen las mismas

miento del daño que se podría causar. Esta evolución, clara en la doctrina, parece que se va aceptando en la jurisprudencia aunque lentamente¹⁰. La persona que contrata con el deudor debe ser también partícipe en el fraude. Tradicionalmente se ha diferenciado la actitud que debe tener el contratante distinguiendo que haya participado en un acto gratuito u oneroso. Como se sabe, la actitud fraudulenta exigida es más predicable cuando se trata de rescindir un contrato a título oneroso que un contrato a título gratuito, pues el fundamento en que se basa la rescisión de uno y otro tipo de negocio es diferente¹¹. Mientras que si el fraude se comete realizando un acto gratuito existe una presunción *iuris et de iure* de que existió colaboración por parte del contratante no deudor, si el fraude se produce como consecuencia de un acto oneroso, habrá que probar la actitud irregular del contratante. ¿Qué grado de participación se exige para poder rescindir el negocio? Es evidente que no es necesario que la razón única y principal que ha llevado al tercero a contratar es causar un perjuicio al acreedor¹². De ser así, y adelantándonos a

consecuencias que si se hubiese percatado. Por el principio de responsabilidad, hay, pues, que afirmar que a la conciencia realmente tenida de que el acreedor no podrá ya cobrar, hay que equiparar el caso de que debiera haberse tenido. Lo contrario supondría un premio a la negligencia. Siendo así que ésta debe perjudicar al negligente, y no a los demás».

¹⁰ La STS de 6 de abril de 1992 Aranzadi, ref. 2942 afirmaba que: «el artículo 1111 del CC contiene una firme respuesta a las necesarias garantías que deben ser inherentes a las obligaciones, expresando un principio de justicia para la efectividad de su funcionalidad no sólo económica sino también decididamente social, que ha llevado, no obstante no darse la exigencia de "ánimus nocendi" o de perjudicar a los acreedores, a proyectar el requisito subjetivo del "consilium fraudis", bien entendido como actividad intencionada y directamente dolosa o bien como simple conciencia de causarlo y así lo ha declarado esta Sala, llegando a alcanzar cotas de cuasi-objetividad si el perjuicio se ocasiona por simple culpa civil o impremeditación». Sentencia citada por MARTÍN SANTISTEBAN, *op. cit.*, p. 9160, en cuya opinión es precipitado hablar de una nueva corriente jurisprudencial. Sentencias posteriores, como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 4 de diciembre de 1995, Aranzadi Civil, ref. 2281, afirman: «la acción pauliana, según la doctrina, tiene actualmente un carácter de cierta objetividad a pesar de exigir un requisito tan subjetivo como lo es el "consilium fraudis"...».

¹¹ Expone LALAGUNA, *op. cit.*, p. 1271, la diferencia existente entre actos onerosos y gratuitos de la siguiente forma:

«Los actos de disposición a título gratuito suponen una desigualdad objetiva entre el interés del acreedor de evitar un daño (damno vitando) en su patrimonio y el interés del tercero en obtener un enriquecimiento a costa del patrimonio ajeno. Esta desigualdad justifica la revocación del acto gratuito, que beneficia al tercero, para restablecer el perjuicio causado por dicho acto al acreedor.

En los actos de disposición a título oneroso hay una cierta equivalencia entre el interés del acreedor y el interés del tercero, cuyo patrimonio experimenta, como consecuencia de la adquisición no un enriquecimiento sino un cambio (vgr. La cosa que por título de venta ingresa en el patrimonio del comprador se adquiere a cambio de una cantidad de dinero que sale de ese mismo patrimonio para pago del precio). De modo que el interés del adquirente a título oneroso que actúa de buena fe es tan digno de protección como el del acreedor defraudado por el deudor, por lo que no hay razón para rescindir o revocar el acto de disposición del deudor válidamente celebrado con el tercero».

¹² Ya TRAVIESAS, *op. cit.*, p. 100, citando a BEDARRIDE (*Traité du dol et de la fraude...*, II, p. 200, 2.ª ed.), afirmaba:

uno de los supuestos en que más adelante estudiaremos, el ejercicio de la Acción Pauliana no sería posible, pues el acto debería ser declarado nulo por ilicitud de causa, dejando a la acción rescisoria sin ninguna posibilidad de aplicación. Basta pues, para rescindir el acto con que el tercero conozca la existencia del fraude, aunque no sea su intención el realizarlo. Incluso es defendible rescindir un contrato cuando el tercero, aun no conociendo el fraude producido, podría haberlo conocido utilizando una diligencia media ¹³.

3. Existiendo el crédito y habiéndose realizado un acto fraudulento es además necesario que el acreedor se vea imposibilitado de cobrar su crédito, lo que implica la inexistencia de bienes suficientes en el patrimonio del deudor, es decir *la insolvencia* del mismo. Al hablar de insolvencia no nos referimos a la ausencia total de bienes, sino a la carencia de bienes suficientes para hacer frente al pago de la deuda. La prueba de dicha insolvencia no debe ser exigida al demandante, quien tan sólo deberá acreditar que habiendo intentado el cobro de la deuda no ha encontrado bienes suficientes en el patrimonio del deudor que le permitiese satisfacer su crédito. Como afirma Cristóbal Montes, «si bien no es posible el ejercicio de la acción pauliana cuando en el patrimonio del deudor existan bienes suficientes para la cumplida realización del crédito, tampoco es posible restringir el ejercicio de la misma al supuesto de la insolvencia total y absoluta del deudor, ni siquiera al caso de que carezca efectivamente de bienes suficientes, sino que basta con que al acreedor le resulte desconocido que existen bienes distintos de los que constituyen el objeto del acto dispositivo impugnado, o que la búsqueda y consecución de los mismos le supongan un esfuerzo extraordinario» ¹⁴. Lalaguna ¹⁵, por su parte, basándose en

«la existencia de un perjuicio es el carácter esencial del fraude. Que el perjuicio haya sido preparado en el momento del contrato, que haya sido su causa determinante o que no sea más que la consecuencia de un pensamiento que la ejecución del contrato haya hecho surgir, poco importa. El fraude puede existir sin haber sido premeditado; se realiza por el hecho sólo de que haya perjuicio...»

Admitir lo contrario sería confundir el dolo y el fraude, sería exponerse a hacer imposible la represión de éste, aun en presencia del perjuicio más considerable».

¹³ ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 120: «El adquirente participa en la maquinación o tiene o debe tener conocimiento del perjuicio que su adquisición originará». En un sentido menos amplio de lo que debe entenderse por mala fe CRISTÓBAL MONTES, A., *La vía Pauliana*, Madrid, 1997, pp. 157 y ss., citando Sentencias del Tribunal Supremo y quien concluye afirmando que «la noción de fraude respecto al tercero adquirente no será distinta de la que se predica respecto al deudor y de la misma manera que en relación a éste es suficiente con que tenga conocimiento o conciencia del daño que irroga a sus acreedores con el acto dispositivo que realiza, bastará también con que aquél tenga ese mismo conocimiento o conciencia del daño».

¹⁴ CRISTÓBAL MONTES, *op. cit.*, p. 127.

¹⁵ LALAGUNA, *op. cit.*, p. 1267.

sentencias del Tribunal Supremo ¹⁶ obtiene los siguientes criterios en relación a la insolvencia:

Es innecesario obtener la declaración de insolvencia en juicio previo cuando por el conjunto de la prueba se estima que el contrato se otorgó en fraude de acreedores, quienes no podían cobrar de otro modo lo que se les debe.

La determinación de la concurrencia de los requisitos que conforman la acción pauliana corresponde a las Salas de Instancia por tratarse de cuestiones de hecho.

Basta que, aunque puedan existir otros bienes, no sean conocidos otros que los que han sido objeto del acto realizado en fraude de acreedores, es decir, que basta que el acreedor crea que el deudor es insolvente y así lo aduzca.

4. Habiéndose producido todas las circunstancias anteriormente expuestas –esquemáticamente presentadas–, lo normal será que se le haya causado un perjuicio al acreedor. Y digo que es lo normal pues podrá existir un crédito, podrá haberse realizado un acto fraudulento por parte del deudor, incluso con la participación del contratante, podrá haber provocado dicho acto la absoluta insolvencia del deudor, pero es posible que nada de ello importe al acreedor, pues si, por ejemplo, tiene asegurado su crédito con una garantía hipotecaria suficiente, nada de lo realizado por el deudor le habrá causado perjuicio o daño.

Es ésta la verdadera base sobre la que se asienta la Acción Pauliana. El ordenamiento reacciona ante el daño provocado por el deudor al acreedor. Si no hay perjuicio nunca se podrá utilizar la acción rescisoria. Y cuando hablamos de perjuicio nos referimos a la imposibilidad de cobro. En otros países, como en Francia ¹⁷, el perjuicio se refiere no sólo a la imposibilidad de cobro sino también a la excesiva dificultad en la realización de los bienes.

Y nos parece que éste es el lugar en donde el requisito de la subsidiariedad juega un papel importante. Subsidiariedad en un doble sentido. Primero: En el sentido de que realmente se haya producido un perjuicio. Tanto el deudor como el tercero que contrata con él pueden demostrar que el negocio realizado no daña el crédito del acreedor (existencia de garantías reales, patrimonios subsidiarios a los que dirigirse –fianzas–, codeudores responsables de la deuda –solidaridad–, posibilidad de ejercicio de una acción directa).

¹⁶ Aborda igualmente el tema desde un punto de vista claramente jurisprudencial ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, EDERSA, tomo XV, vol. 1.º, artículo 1111, pp. 957 y ss.

¹⁷ CHABAS, *Leçons de Droit Civil*, tome II, premier volume, pp. 1067 y ss.

Intentarán demostrar que el acreedor puede cobrar lo debido sin necesidad de rescindir un negocio que, por hipótesis, es válido. Pero además, utilizando el segundo sentido de la subsidiariedad, tanto el deudor como el tercero, pueden argumentar que, aunque el negocio realizado fraudulentamente haya causado perjuicio, existen otros mecanismos jurídicos diferentes que permitirían el cobro del crédito al acreedor (existencia de otros negocios realizados por el deudor que fuesen anulables, utilización inapropiada de la acción rescisoria pues el negocio impugnado adolece de alguna causa de nulidad –causa ilícita, simulación–, posibilidad de ejercitar acciones específicas que puedan resolver el fraude –acción de devastación–, art. 1317 CC).

III. LA SUBSIDIARIEDAD COMO REQUISITO

Que la acción pauliana es subsidiaria es una cuestión que, en principio, está fuera de toda duda. Este requisito es uno de los enumerados insistentemente en las Sentencias del Tribunal Supremo y en los muy variados estudios que sobre la acción rescisoria se han realizado. Pero de dónde nazca esta subsidiariedad y qué sea lo que significa es una cuestión más debatida.

El problema del origen normativo de la subsidiariedad es una vieja polémica. Tres son los preceptos del Código Civil de los que se puede desprender el carácter subsidiario de la Acción Pauliana. El primero de ellos es el artículo 1111:

«Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona; pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho».

El artículo 1111 recoge dos acciones diferentes. La acción subrogatoria, mediante la cual el acreedor, situándose en la posición jurídica del deudor puede utilizar todas las acciones de que éste dispusiese, salvo las personalísimas y en segundo lugar recoge la Acción Pauliana pues concede la posibilidad de impugnar los actos que el deudor realice en fraude de acreedores. El carácter subsidiario se desprende de la necesidad que impone el artículo de utilizar la acción, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor. Además de criticar la dicción literal del precepto, pues habrá bienes que estén en posesión del deudor y que no pertenezcan al patrimonio que según el artículo 1911 garantiza la obliga-

ción e, igualmente, haber bienes fuera de la posesión del deudor que sí que queden afectos a dicha garantía, el mayor problema que ha encontrado la doctrina para justificar la subsidiariedad respecto de la acción rescisoria en relación a este artículo ha sido que parece que dicha característica se predica respecto de la subrogación pero no respecto del fraude.

No es ésta la opinión de Orduña Moreno¹⁸ para quien el carácter subsidiario de la Acción Pauliana se desprende directamente del artículo 1111 del CC.

Por su parte, otro grupo de autores como Lacruz Berdejo¹⁹ y Lalaguna opinan que no se puede deducir del artículo 1111 que la acción rescisoria sea subsidiaria. Afirma el último autor: «El carácter subsidiario de la acción pauliana tiene su fundamento legal, como quedó apuntado, no en el artículo 1111 sino en el 1294, y en este sentido el Tribunal Supremo, últimamente, tiene en cuenta este segundo precepto para conceder o denegar la revocación. Así concretamente, la Sentencia de 25 de enero de 1989 declara haber lugar al recurso, desestimando la pretensión de la demanda porque la actora y recurrente tenía, con carácter previo al ejercicio de la acción, otro recurso legal: el de dirigir su acción ordinaria contra los demandados, «y al no haberlo hecho así, se ha incumplido la exigencia de la subsidiariedad de la acción rescisoria, que imponen los artículos 1291.3.º y 1294 del CC, que han sido infringidos»²⁰.

Efectivamente, el artículo 1294 del CC afirma: «La acción de rescisión es subsidiaria; no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio». El tenor literal del artículo no puede ser más expreso. De todos modos no faltan argumentos para poner en duda que de dicho precepto se desprenda el carácter subsidiario de la Acción Pauliana. Así, Fernández Campos²¹ afirma:

«Pero, siguiendo el proyecto de 1851, nuestro legislador de 1889 vino a remediar la parquedad normativa del artículo 1111. Considerando el fraude de acreedores como un supuesto más de rescisión de los contratos, junto con los supuestos de rescisión por lesión. La remisión venía apoyada en las siguientes razones: la necesidad de dotar a la pauliana de un régimen jurídico más completo; la

¹⁸ ORDUÑA MORENO, *La acción rescisoria por fraude de acreedores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1992, p. 79.

¹⁹ LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, II, p. 247.

²⁰ LALAGUNA, *op. cit.*, p. 1262

²¹ FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., «Subsidiariedad de la acción pauliana en las obligaciones solidarias. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1995», en *La Ley*, núm. 4060, junio de 1996.

asimilación entre lesión y fraude como dos manifestaciones del perjuicio que un contrato puede significar para quien no prestó su consentimiento; y por el antecedente común de ambas instituciones den la *restitutio in integrum* del Derecho romano.

La rescisión como forma de reparar la lesión era en el proyecto de 1851 (art. 1170) subsidiaria respecto a la reparación pecuniaria a cargo del propio tutor o representante que contrató. Cuando éstos no tuvieren bienes, entonces quedaba justificado reparar el perjuicio mediante la rescisión del contrato, ahora afectando al adquirente, y por eso sólo cuando éste fuera a título gratuito o de mala fe.

En cambio, la subsidiariedad pauliana procede del propio artículo 1291.3.º, y no tanto del artículo 1294 del CC, que es el correspondiente del artículo 1170 del proyecto de 1851 –ubicado sistemáticamente entre los artículos específicos de la rescisión por lesión; el legislador de 1889 suprimió muchos artículos del proyecto y la división por secciones, que ha originado la confusión en nuestra doctrina y jurisprudencia- previsto para la rescisión por lesión».

Parece pues que el artículo 1294, por razones históricas, se refiere no tanto a la acción rescisoria por fraude como a la rescisión por lesión. Dicho de otro modo. La subsidiariedad es predicable respecto a la acción rescisoria por lesión, pero no respecto de la acción rescisoria por fraude.

Acompañando al argumento de tipo histórico está el del Derecho Comparado. Ni en el Derecho francés ni en el Derecho italiano la Acción Pauliana tiene carácter subsidiario, sino que es un medio de defensa del crédito que el acreedor puede usar junto con (y no después de) los restantes que le son ofrecidos por su Ordenamiento ²². Es más, aunque mantengan que la acción pauliana

²² Hecho que es una novedad de nuestro Ordenamiento frente a Ordenamientos tan próximos como el francés, en donde ante una regulación normativa muy parca del remedio rescisorio ha sido la jurisprudencia la que ha ido perfilando los límites de ejercicio de esta acción, sin que ninguno de ellos sea el de la subsidiariedad. Por lo que respecta al Código Civil francés dice en el artículo 1167: «*Ils peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits*». Los principios básicos en los que se mueve la jurisprudencia son :

- Es necesario que exista un fraude y si la enajenación ha sido a título oneroso es necesario que el acreedor pruebe la complicidad del tercer adquirente. Si fuese a título gratuito no será necesaria la prueba de la complicidad.
- El fraude no debe entenderse como intención de causar daño. Basta el conocimiento, de que con la realización del negocio se deja al acreedor en una posición perjudicial. Esto es también lo pedido para el tercero que negocia con el deudor.
- La prueba del fraude se puede hacer de cualquier modo.
- Para interponer la Acción Pauliana es necesario que el deudor tenga una determinada situación patrimonial. No podrá interponerla si en el momento de interposición de la demanda el deudor tenía bienes suficientes para satisfacer el crédito. Por tanto, desde este punto de vista se puede hablar de necesidad de estado de insolvencia. (*Sentencias 31-mayo-1978, Bull. Civ. I, núm. 209; 27-junio-1992, Bull. Civ. I, núm.163 ; 6-enero-1987, Bull. Civ. I, núm.1; 1-diciembre-1987, Bull. Civ. I, núm. 318.*) En cualquier caso, a pesar de

tiene naturaleza rescisoria, cuando se habla de «la acción rescisoria» generalmente se refieren al remedio jurídico que pone fin a una lesión y no tanto a un fraude.

En cualquier caso, pienso que hay argumentos que identifican la necesidad de que la acción de rescisión, tanto en el caso de fraude como en el de lesión, estén presididas en su utilización por el matiz de la subsidiariedad. Se puede afirmar que la subsidiariedad tanto de la rescisión por lesión como de la rescisión por fraude nace o es consecuencia del principio de conservación del negocio. Negocio válidamente realizado. Negocio válido pero que causa un perjuicio el cual puede provenir tanto como consecuencia de una actitud fraudulenta como consecuencia de la existencia de lesión. La idea de la subsidiariedad está unida a mantener el negocio válidamente realizado. Lo válido hay que protegerlo. Sólo se rescindiré en último caso, cuando haya perjuicio, dando igual que dicho perjuicio sea una lesión o un fraude. El origen del perjuicio es indiferente.

E incluso, en el caso específico del fraude, se puede cimentar la necesidad de la subsidiariedad en la utilización de la acción en que una tercera persona, ajena a un negocio jurídico, pueda impugnarlo, excediéndose del ámbito que normalmente el derecho de obligaciones otorga a los acreedores en su poder de agresión del patrimonio del deudor.

Aun así nos queda el tercer artículo, el 1291.3.º que afirma que serán rescindibles «los contratos celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba». Por tanto, si pueden cobrar de otro modo, bien porque aun queden bienes garantes del crédito contra los que dirigirse (ausencia de perjuicio) bien porque se puedan recuperar algún bien garante utilizando un mecanismo jurídico diferente a la rescisión, no será posible utilizar la Acción Pauliana.

que el deudor en el momento de interponer la Acción Pauliana sea solvente, en determinados casos es posible que prospere, sobre todo cuando haya actos que imposibilite el ejercicio de determinados derechos por parte del acreedor (*Dalloz 1975, 777, comentando la sentencia de 10-diciembre-1974 por parte de Simon. Esta misma sentencia comentada por Pancqueel en Gazeta du Palais 1975, 1, 363*).

- En cuanto al tipo de deuda no parece necesario que sea ni líquida ni exigible.
- El acto fraudulento debe ser anterior a la deuda, salvo que se demuestre que se realizaron actos anteriores, igualmente fraudulentos.
- La revocación efecto de la Acción Pauliana solo tiene lugar en beneficio del acreedor y por la cuantía que le beneficie, es decir, que puede ser parcial.

La doctrina, igualmente, parece decantarse por el carácter no subsidiario de la acción pauliana. MESTRE, en sus comentarios a sentencias en la *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, tanto en el del año 1986, p. 601 como en el del año 1988, p. 545, parece defender la posibilidad de ejercitar la acción pauliana aun existiendo medios específicos que protegen la posición de determinados acreedores frente a sus deudores, excluyéndose de este modo el carácter subsidiario de la acción.

En mi opinión lo importante es estudiar porqué se mantiene la idea generalizada del carácter subsidiario de la acción pauliana, cuya consecuencia es dejar sin eficacia, al menos parcialmente, un negocio válidamente constituido. Lo cierto es que tanto las partes del proceso como el Juez que lo resuelve tienen claro que el ejercicio de esta acción debe ser el último remedio posible para evitar el perjuicio ocasionado por la actuación fraudulenta.

Planteada de este modo la cuestión nos parece que nuestro trabajo debe dirigirse a estudiar qué es lo que se quiere decir cuando se afirma tal carácter. De un estudio exhaustivo de los textos doctrinales y los jurisprudenciales podemos extraer algunas conclusiones. En multitud de supuestos la afirmación del carácter subsidiario de la acción es una afirmación vacía, una coletilla que se coloca al final de la enumeración de unos requisitos sabidos y que no añade nada relevante al carácter de la acción. En otro gran número de ocasiones se afirma el carácter subsidiario de la acción como argumento de apoyo a la existencia de insolvencia. Como no existen bienes en el patrimonio del deudor no hay más modo de cobrar lo debido que rescindiendo el negocio fraudulento. Subsidiariedad se identifica automáticamente con insolvencia. Tan sólo en un pequeño número de casos, en los que el supuesto de hecho permite el juego autónomo del requisito de la insolvencia y de la subsidiariedad, es posible apreciar la verdadera trascendencia de este requisito. Veamos esto más despacio.

Desde antiguo²³ se viene atribuyendo al requisito de la subsidiariedad un triple carácter. Se habla de subsidiariedad en sentido jurídico, en sentido económico y en sentido procesal. Moreno Quesada²⁴ explica este triple carácter. Desde el punto de vista jurídico la subsidiariedad significa la imposibilidad de utilizar otro remedio técnico que ofrezca el Ordenamiento para solucionar por una vía distinta a la rescisión el perjuicio que se ha ocasionado. Estos otros mecanismos pueden recaer sobre negocios distintos del que se pretendía resolver o sobre el mismo negocio²⁵. Desde un punto de vis-

²³ SCAEVOLA, *Código*, tomo XX, p. 959.

²⁴ MORENO QUESADA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, EDERSA, tomo XVII, vol. 2.º, pp. 184 y ss., y *Comentarios al Código Civil del Ministerio de Justicia*, artículo 1294, p. 531.

²⁵ Imaginemos el primer caso –actuación sobre negocios distintos al fraudulento– cuando el deudor, previamente a la realización del acto rescindible, hubiese realizado un acto anulable, o pudiese revocar alguna donación. En cualquier caso no es fácil que los Tribunales estén en disposición de apreciar de oficio esta circunstancia, que deberá ser puesta de manifiesto por las partes en el proceso. Como ejemplo la *STS de 28 de marzo de 1988, Aranzadi, ref. 2479*. En el supuesto un deudor había realizado una hipoteca de máximo en favor del «Banco de Bilbao», perjudicando los derechos crediticios del resto de acreedores, los cuales demandaron al deudor y a la entidad crediticia por fraude de acree-

ta económico, es decir, que haya ausencia de bienes sobre los que el acreedor pueda dirigirse para cobrar su deuda ²⁶. Desde un punto de vista procesal, como dice Moreno Quesada «en el sentido de que no procede el recurso a la misma sin que antes se hayan agotado las posibilidades de procedimientos iniciados con anterioridad (no agotar la vía de apremio, en la STS de 24 de noviembre de 1988), lo que no quiere decir (según la STS de 21 de noviembre de 1915) que para ejercitar esta acción resulte imprescindible haber deducido otra de antemano» ²⁷.

Estos tres matices de la subsidiariedad deben darse conjuntamente. Es decir, la acción es subsidiaria y si el perjuicio se puede solucionar desde el punto de vista jurídico, o el económico o el procesal, entonces, no procederá la rescisión del negocio fraudulento.

En mi opinión, podemos simplificar algo este triple punto de vista de la subsidiariedad. Lo importante es *que exista un perjuicio* (imposibilidad de cobro –lo que equivale a decir subsidiariedad desde el punto de vista económico–) y la *falta de otros remedios jurídicos para resarcirse de dicho perjuicio* (subsidiariedad jurídica y procesal).

Planteado de este modo el asunto quiero denunciar una práctica peligrosa, frecuente y cómoda que vengo observando en el estudio de la jurisprudencia y de los textos doctrinales. La tentación de equiparar insolvencia y subsidiariedad.

Cuando un asunto de fraude de acreedores llega a un juzgado, el Juez casi automáticamente analiza en el supuesto concreto si se dan los requisitos que son necesarios para aceptar la demanda.

dores. El «Banco de Bilbao» acudió a casación, alegando la posibilidad de que el deudor obtuviese bienes por medios diferentes a la rescisión de la hipoteca. El Tribunal Supremo afirma: «Frente a estas alegaciones debe afirmarse, en primer lugar, que no existe documento alguno en el proceso que, por su sola lectura, demuestre que el deudor tenía más bienes que el bien hipotecado, pues las dos fincas a las cuales se refiere, constan inscritas a favor de terceras personas y su recuperación, para el patrimonio del deudor, tendría que ir precedida del hipotético ejercicio de acciones tendientes a anular operaciones anteriores a la constitución de hipoteca». Razón por la que, atendiendo a la letra de la ley, sería suficiente para replantearse la aceptación de la Pauliana, pues anulando dichas operaciones es posible que aumentase el patrimonio, cosa que no hace el Alto Tribunal. El segundo caso es más frecuente. Realizado un negocio con causa ilícita o simulado con finalidad fraudulenta para los acreedores se pide la rescisión en vez de la ilicitud de causa o la simulación del negocio.

²⁶ Como trataremos de demostrar próximamente no debe hacerse coincidir este requisito con la insolvencia, sino con la existencia de perjuicio, lo que sí va íntimamente unido a la falta de bienes que garanticen la deuda.

²⁷ STS de 24 de noviembre de 1988 Aranzadi, ref. 8705, comentada en CCJC, núm. 481, por PASQUAU LIAÑO, y 27 de mayo de 1922, Aranzadi, ref. 4386, en las que se sienta la doctrina de que «al no agotarse la vía de apremio en el juicio ejecutivo promovido por... no es dable estimar como probada su imposibilidad para resarcirse del crédito».

Estos requisitos han sido puestos de manifiesto y perfilados en multitud de ocasiones por la jurisprudencia. Seguramente es por una cuestión de prueba, pero en la mayoría de las sentencias en las que se aborda el problema de la acción pauliana, el requisito en el que se suele centrar el estudio y de los que resultan más problemático es el tema de la existencia de insolvencia o no. Por ello, también, quizá ha sido el requisito que más ha sido perfilado por el Tribunal Supremo. Cuándo existe o no, en qué momento se debe apreciar, quién debe probarla ²⁸, etc., son temas que frecuentemente se encuentran resueltos en los considerandos de multitud de sentencias.

También se puede apreciar como, después de haber comprobado la insolvencia del deudor –así como la existencia de la deuda y otros extremos referentes al fraude– casi automáticamente se acepta la demanda y se rescinde el negocio realizado en perjuicio del acreedor. Igualmente se suele aludir a la subsidiariedad, pero o bien, como he apuntado antes como «coletilla de estilo», sin aportar nada sustancial al asunto, o íntimamente unido al requisito de la insolvencia ²⁹, como equiparando la existencia ambas, de modo que habiendo insolvencia siempre se dará el requisito de la subsidiariedad y si no la hubiese, no se podría predicar el segundo requisito. Esta idea de identidad entre insolvencia y subsidiariedad puede extraerse de la lectura de las sentencias del Tribunal Supremo ³⁰.

²⁸ Respecto a quién incumbe la prueba de la insolvencia es una doctrina consolidada la de que es el deudor quien debe señalar bienes sobre los que el acreedor pueda ejecutar un posible embargo. La STS de 30 de enero de 1986, Aranzadi, ref. 338 afirmaba: «Desde otro punto de vista, siendo el embargo diligencia ejecutiva de una deuda, es al deudor a quien incumbe el señalamiento de bienes en que hacer traba o la manifestación de que carece de ellos, no siendo la actora ejecutante quien tiene a este respecto que probar un hecho negativo (la inexistencia de bienes) sino el deudor el que para evitar una posible responsabilidad penal por ocultación de bienes ha de presentarlos a embargo y no situarse en una simulada insolvencia, y cuando no los aporta cabe la concreta suposición en su beneficio de que no los posee. Desde otro punto de vista, siendo el embargo diligencia ejecutiva de una deuda, es al deudor a quien incumbe el señalamiento de bienes en que hacer traba o la manifestación de que carece de ellos, no siendo la actora ejecutante quien tiene a este respecto que probar un hecho negativo (la inexistencia de bienes) sino el deudor el que para evitar una posible responsabilidad penal por ocultación de bienes ha de presentarlos a embargo y no situarse en una simulada insolvencia, y cuando no los aporta cabe la concreta suposición en su beneficio de que no los posee».

²⁹ STS de 31 de marzo de 1989, Aranzadi, ref. 2289, al hablar de los requisitos de la Acción Pauliana afirma: «Que el deudor carezca de bienes suficientes para atender al pago del crédito en cuestión, lo que, en definitiva, integra el llamado requisito de la subsidiariedad de esta acción, que establecen el citado artículo 1111 y, de manera más explícita, el artículo 1294 del mismo».

³⁰ STS 24 de julio de 1998, Aranzadi, ref. 6139; STS 15 de junio de 1988, Aranzadi, ref. 4897; STS 31 de diciembre de 1997, Aranzadi, ref. 9412; STS de 13 de septiembre de 1995, Aranzadi, ref. 2389; STS de 4 de septiembre de 1995, Aranzadi, ref. 6490, entre otras muchas.

Es cierto que en ninguna de ellas se habla de dicha identidad. También es cierto que para que se pueda hablar de subsidiariedad –entendida en el sentido de imposibilidad de cobro– es imprescindible que exista insolvencia. Por ello, lo que nos debemos preguntar no es si siempre que hay imposibilidad de cobro hay insolvencia. La pregunta acertada es sí siempre que hay insolvencia hay imposibilidad de cobro.

Para responder a esta pregunta debemos plantearnos qué significa imposibilidad de cobro. Es sabido que la obligación de pago de una deuda está garantizada con el patrimonio del deudor. Que del incumplimiento de la obligación surge la responsabilidad patrimonial del artículo 1911 y que desde este punto de vista la responsabilidad por el incumplimiento es un elemento más de la obligación. Toda obligación conlleva una garantía patrimonial universal. Por ello, sólo si hay insolvencia entendida como ausencia de bienes patrimoniales con los que responder de una obligación, podremos afirmar que hay imposibilidad de cobro.

Mediante este razonamiento podemos llegar a afirmar que si el patrimonio que garantiza una obligación es único e individual, la insolvencia del titular de dicho patrimonio supondrá la imposibilidad de cobro por parte del deudor. De modo que si dicha insolvencia se ha producido fraudulentamente el negocio que la provocó sería susceptible de ser impugnado. Dicho con otras palabras. En estos supuestos –salvando el problema del fraude y su prueba– siempre que hay insolvencia hay imposibilidad de cobro por otros medios³¹.

Sin embargo, la garantía patrimonial del artículo 1911 no es la única, aunque sí la mínima³², de la que puede gozar una obligación. La seguridad en el cumplimiento de la obligación puede ser reforzada con la adopción de garantías personales o reales que sean complementarias de la garantía universal. Citemos los casos de solidaridad pasiva, la fianza –solidaria o no–, la afección de bienes al pago de una deuda, etc. En todos estos supuestos la insolvencia o ausencia de bienes en el patrimonio del obligado no significa imposibilidad de cobro. Será posible, si se demostrase dicha insolvencia, dirigirse al patrimonio de los deudores solidarios, al patrimonio del fiador e incluso ejecutar el bien afecto, aunque sea propiedad de un tercero que nada tenga que ver con la relación obligatoria.

³¹ Salvo declaración de nulidad de un negocio previo o algún tipo de ineficacia, lo que estudiaremos más adelante.

³² Al menos legalmente, pues convencionalmente es posible disminuirla.

No parece correcto, pues, hablar de identidad de conceptos entre insolvencia e imposibilidad de cobro. Sí que son más próximas las ideas de imposibilidad de cobro y ausencia de garantía patrimonial³³ y por tanto existencia de perjuicio o daño³⁴.

Acreditada la existencia de perjuicio habremos salvado el «requisito de la subsidiariedad económica». Tendremos certeza de que utilizando cualquier mecanismo jurídico no encontraremos bienes presentes garantes del crédito. Pero a pesar de ello aun nos quedará, para poder ejercitar con éxito la acción, que no sea posible atraer al patri-

³³ MARTÍN PÉREZ, «Comentario a la STS de 3 de octubre de 1995», en *CCJC*, 40 núm.1077, pp. 163 y ss, afirmando: «Esa conexión entre subsidiariedad e insolvencia no es tan obvia en las obligaciones con pluralidad de deudores, como es el caso del crédito garantizado por una fianza u otra garantía a cargo de tercero, o cuando se trata de una deuda solidaria: el acreedor puede elegir un deudor y perseguir sus bienes hasta constatar su insolvencia, pero ello no significa necesariamente que carezca "de todo otro recurso legal" para obtener el cobro, desde el momento en que existen otro u otros obligados cuyos patrimonios quedaron igualmente afectos a responder de la misma deuda. La constatación de la insolvencia de uno de los coobligados no es suficiente para dejar expedita la vía rescisoria. Y ello no sólo porque no se haya respetado el requisito de la subsidiariedad, sino porque si el crédito está protegido por otros medios de cobro, mientras permanezca algún codeudor solvente, el negocio fraudulento no ha creado un perjuicio económico para el acreedor en el sentido de "imposibilidad para lograr la satisfacción de su crédito" (así lo define DE CASTRO, F. "La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial", *RDP*, 1932, p. 214)». En este mismo sentido, FERNÁNDEZ CAMPOS, *op. cit.*, según este autor: «En primer lugar, es posible que el deudor tenga bienes, y en este sentido no sea insolvente, pero que el acreedor resulte igualmente perjudicado, si esos bienes no cuentan para posibilitar la satisfacción coactiva del acreedor: bien porque se trata de bienes del deudor ocultos; o si son bienes de difícil o imposible ejecución, como los situados fuera de la jurisdicción nacional; o si están gravados o vinculados a otro acreedor con privilegio especial que se impondrá al acreedor ordinario si éste intenta ejecutarlos. Por otra parte, la insolvencia patrimonial del deudor no agota todo el contenido del *eventus damni* de la acción pauliana o, dicho de otro modo, no siempre comporta ese perjuicio último que justifica el recurso la impugnación del artículo 1111. Porque no sólo hace falta que el acreedor, antes de impugnar, haya perseguido todos los bienes de que esté en posesión el deudor (poniendo en evidencia que el deudor no dispone de bienes para ser ejecutados), sino que el acreedor legitimado para ejercer la acción pauliana es aquel que no puede de otro modo cobrar lo que se le debe (art. 1291.3.º). Es decir, que por expresa configuración de la acción pauliana en nuestro Ordenamiento (a diferencia de otros Ordenamientos vecinos), esta impugnación se configura como subsidiaria respecto a otros modos que permitan igualmente la satisfacción del acreedor. En consecuencia, no hay perjuicio, o, al menos, perjuicio pauliano, si, aunque el deudor sea insolvente, el acreedor puede cobrar su crédito ejecutando el patrimonio de otros sujetos distintos del deudor principal o del deudor ejecutado. ¿Cuáles son esos otros sujetos? Pues un fiador, u otros codeudores (en el caso de obligaciones solidarias); o bienes, si se ha reclamado y ejecutado a un cofiador, el propio deudor principal (acaso por haberse pactado la fianza como solidaria, el acreedor no había reclamado previamente, no estaba obligado, al deudor principal) u otros cofiadores solidarios».

³⁴ CRISTÓBAL MONTES, *op. cit.*, p. 74. «Quizá hasta ahora, al considerar la acción revocatoria, se haya hecho demasiado énfasis en la idea de insolvencia del deudor y poco en la de perjuicio del acreedor, cuando rectamente miradas las cosas parece que es esta última el factor desencadenante del mecanismo que nos ocupa. La acción pauliana no debe mirar tanto al estado de insolvencia patrimonial del deudor como al hecho de que el acto dispositivo fraudulento de éste ha provocado el perjuicio al acreedor de que ya no puede satisfacer cómoda y cumplidamente su derecho. Como dice Puig Brutau, la insolvencia se apoya en la carencia de bienes; la acción pauliana en la carencia de bienes conocidos o de dificultoso cobro».

monio del deudor bienes que hubiesen salido irregularmente o que, aun sin salir irregularmente, fuese posible recuperarlos o ingresarlos por primera vez mediante el ejercicio previo de la acción subrogatoria. Como dice Albaladejo: «Lo que sí tiene interés examinar es si para usar la revocatoria, no solamente no ha de tener bienes el deudor, sino tampoco derechos que pueda ejercitar el acreedor por subrogación, y así cobrar el acreedor, sin necesidad de revocatoria. Sería como decir que la revocatoria no cabe sino cuando no tiene bienes el deudor, y además no cabe la subrogatoria. Yo creo que presupuesto que la revocatoria exige es carecer de otro medio de satisfacer el crédito, hay que estimar que sólo procede después de la subrogatoria, o cuando esta no sea posible. Así se sigue de los artículos 1291.3.º y 1294, que acumulados al 1111, por lo que toca a la revocatoria, piden, para poder usar ésta, la falta de bienes que el dicho artículo 1111 exige para la subrogación, y, además, la falta de derechos ejercitables por subrogación. Añádase a ello que siempre parece más razonable para cobrarse ejercitar derechos del deudor que deshacer lo que éste haya hecho»³⁵. Pero esta utilización de la acción subrogatoria previamente a la acción rescisoria habría que verla con reserva, pues si bien es cierto que habiendo otro medio jurídico no se podrá ejercitar la acción pauliana, lo mismo podría decirse de la acción oblicua.

Igualmente podrían atraerse bienes al patrimonio del deudor a través de la declaración de nulidad de algún negocio realizado, bien porque lo haya simulado y por tanto nunca hubiesen salido realmente dichos bienes realmente de su patrimonio, bien porque aun habiéndolo hecho, la razón de dicho negocio fuese la de buscar la insolvencia del deudor. En estos casos, y también entendiendo de un modo rígido el requisito de la subsidiariedad, no sería posible utilizar la acción pauliana, pues sigue existiendo mecanismos jurídicos capaces de solventar el perjuicio sin necesidad de atacar un negocio válidamente realizado.

No siendo posible encontrar bienes en el patrimonio del deudor ni tampoco atraerlos sin tener que rescindir el negocio válidamente realizado, sólo entonces, podrá rescindirse el contrato fraudulento.

IV. LOS EFECTOS DE LA ACCIÓN PAULIANA Y SU RELACIÓN CON EL REQUISITO DE LA SUBSIDIARIEDAD

Para abordar con éxito el estudio de la subsidiariedad en la Acción Pauliana no podemos quedarnos en el simple análisis de los

³⁵ ALBALADEJO, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 953.

elementos fácticos que son necesarios para que podamos decir que esta acción es utilizable. Si queremos saber porqué la Acción Pauliana es subsidiaria consideramos conveniente estudiarla, igualmente, desde las consecuencias que de su aplicación se derivan.

Cuando se rescinde un contrato, ¿qué ocurre con él? Aparentemente, el problema está regulado en el artículo 1295 del CC: «La rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses; en consecuencia, sólo podrá llevarse a efecto cuando el que la haya pretendido pueda devolver aquello a que por su parte estuviese obligado». De la redacción de este artículo se desprende, claramente a nuestro entender, que habla de los efectos que provoca la rescisión por lesión, pero no la rescisión por fraude. Es evidente que el deudor defraudado es quien promueve la rescisión del negocio y que él no participa en el contrato rescindido y por tanto, nada tendrá que devolver. Él no quiere resolver su contrato, sino hacer efectivo su crédito a través de la ejecución forzosa cuando se haya solucionado el perjuicio que le han causado gracias a la rescisión del contrato fraudulento.

Tradicionalmente han sido dos las posiciones que se han mantenido respecto a los efectos de la Acción Pauliana.

Por un lado están quienes defiende la disolución absoluta del vínculo contractual. Rescisión equivale en este caso a desaparición de cualquier efecto que haya producido el contrato, salvando la tenencia de los bienes objeto del contrato en poder de terceras personas de buena fe. Esta visión supone una agresión total —en el caso de la Acción Pauliana— a un negocio que en principio reúne dos características que los situarían fuera de una posible impugnación por parte del deudor. Por un lado se trata de un negocio válidamente realizado y por otro de un contrato entre extraños y que, como todos sabemos, excede del ámbito normal de gestión del deudor. La mayor crítica que se le ha hecho a esta postura es que los efectos de la rescisión se equiparan a los de declarar el negocio nulo. Y si los efectos son los mismos, ¿para qué sirve la rescisión?

Por otro lado están quienes afirman que la rescisión del contrato se traduce, por la finalidad propia de la acción, en satisfacer el interés del deudor y que por tanto, solventado el perjuicio, el negocio rescindido debe seguir manteniéndose. Como afirma Cristóbal Montes ³⁶:

«En nuestro Derecho civil nunca ha habido dudas al respecto porque al ser la acción revocatoria una acción rescisoria, por impe-

³⁶ CRISTÓBAL MONTES, *op. cit.*, pp. 184 y ss.

rativo legal (art. 1291 CC) tiene que enfrentarse a un acto válido. El acto dispositivo fraudulento del deudor es un acto válido y eficaz que tan sólo sufrirá revocación en la medida que resulte imprescindible para satisfacer el interés del acreedor defraudado. Por tanto, la Acción Pauliana no importa anulación o declaración de ineficacia de dicho acto y tan sólo frente al acreedor que la insta. Como dice Messineo, se trata de hacer declarar una ineficacia relativa, por efecto de la cual el acto dispositivo se hace inoponible al acreedor que impugna y queda neutralizado respecto a él, constituyendo, además, un caso de ineficacia sobrevenida.

No siendo, por tanto, acción dirigida a la invalidez del acto dispositivo, el éxito de la acción revocatoria no perjudica los efectos del mismo, salvo la limitada consecuencia de su ineficacia relativa. Además, si el acto fuese nulo o anulable, resultaría superfluo impugnarlo con la revocatoria; bastaría la acción de nulidad o, respectivamente, de anulación.

La doctrina española (de Castro, Albaladejo, Díez Picazo, Lacruz) es unánime en considerar que la acción revocatoria triunfante provoca la ineficacia relativa del acto dispositivo, y aunque no con la misma claridad, pero participando de la misma concepción, también la jurisprudencia (SS de 10 de diciembre de 1904, 27 de junio de 1907, 26 de marzo de 1923, 14 de marzo de 1932, 14 de junio de 1958, etc.).

Semejante relatividad de la ineficacia que depara demuestra con total claridad que no se trata de una acción de nulidad. Como dice el profesor Lacruz, el Código Civil la coloca entre las rescisorias, que se trata de una rescisión *sui generis*, instada por un tercero y no por un contratante; sin alcance frente al deudor que enajenó los bienes a un tercero de buena fe (falta del *consilium fraudis*), limitada a lo preciso para que cobre el acreedor demandante, sin participación de los otros acreedores; y evitable mediante el pago de la deuda y los daños y perjuicios (Sentencia de 25 de junio de 1907). Todo lo cual aleja la acción igualmente del género de la nulidad; aparte de que cada acción puede transformarse en una de daños frente al adquirente de mala fe que no pueda restituir, por haber destruido la cosa o haberla vendido a un tercero.

Triunfante la acción revocatoria, la sentencia que pronuncie la ineficacia del acto dispositivo no hace entrar el bien en el patrimonio del deudor, ya que no se trata de una sentencia constitutiva con la finalidad de la readquisición del bien por parte del deudor. Éste no vuelve a ser propietario del bien enajenado, sino que tiene lugar una suerte de recomposición ficticia por la que figura como si dicho bien no hubiera llegado a salir del patrimonio del deudor y que se

reintegra al mismo tan sólo en relación al acreedor impugnante y en la medida del crédito defraudado.

Por lo que acierta Albaladejo al advertir que el efecto de la pauliana no es exactamente revocar el acto atacado, sino que éste no cuenta frente al acreedor que la ejercita. Trátase tan sólo de dotar al acreedor de un título que le permita sujetar el bien a sus ulteriores acciones y para que pueda promoverlas frente a los terceros adquirentes, ya que según establece el artículo 2902 del CC, «el acreedor, obtenida la declaración de ineficacia puede promover frente a los terceros adquirentes las acciones ejecutivas o conservativas sobre los bienes que constituyen objeto del acto impugnado».

La revocación del acto dispositivo del deudor simplemente produce una declaración de ineficacia del mismo, ineficacia que es del todo relativa, ya que el acto en cuestión, en cuanto válido, continúa teniendo la eficacia precedente y salvable tanto *inter partes* como *erga omnes onanes*, hasta el punto de que el propio acreedor accionante en vía revocatoria no puede desconocer la enajenación efectuada, salvo en la medida en que la misma colida y dañe su derecho de crédito. Como dice Nicoló, «a consecuencia de la revocación el acreedor persigue los bienes frente al tercero como si los mismos no hubieran salido del patrimonio del deudor, o, para ser más exactos, como si tuviese sobre ellos un derecho de persecución, cual el que tendría a su favor si los bienes se hallasen gravados por hipoteca».

Disculpándonos por esta larga cita, que creo suficientemente expresiva de la postura mayoritaria, podemos llegar a la conclusión de que la rescisión sería una especie de inoponibilidad (no tanto en su mecanismo ejecutivo como en las consecuencias prácticas a las que se llega con su utilización) del negocio realizado frente a aquellos a los que se les cause un perjuicio.

Es evidente, que ciñéndonos al carácter subsidiario de la Acción Pauliana, éste sería mucho más lógico, desde el primer punto de vista que desde el segundo. En el primero existiría una razón por la que restringir al máximo la utilización de la Acción Pauliana, como es mantener la parte del negocio que no causa perjuicio. Si observamos los efectos de la Acción desde la segunda posición, en la que tan sólo se declara la ineficacia de aquello que causa el perjuicio, ¿porqué además el ejercicio de la acción debe ser subsidiario? Quizá sería más lógico poner una mayor atención al hecho de si se produce el perjuicio y si éste ha sido motivado por la actitud fraudulenta de los contratantes. Pero una vez verificadas dichas circunstancias, la utilización del remedio, en la medida justa que sane el perjuicio, debería ser casi automática.

Ello nos lleva a pensar que cuando hablamos de subsidiariedad de la Acción Pauliana nos referimos a que hay que ser estrictos en su utilización y por tanto exigentes a la hora de probar que se dan los presupuestos de hecho que conllevan la rescisión de negocio –sobre todo la existencia de perjuicio económico entendido como falta de garantía– o que el requisito de la subsidiariedad es absurdo, pues en supuestos fronterizos entre la rescisión del negocio por fraude y la nulidad del mismo –como sería la existencia de una causa ilícita–, debido precisamente al juego de la subsidiariedad, se debería optar por la solución que menos mantiene el negocio realizado.

V. DISTINTOS SUPUESTOS EN LOS QUE SE PODRÍA APRECIAR EL JUEGO DE LA SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN RESCISORIA

1. LA PLURALIDAD DE PATRIMONIOS GARANTES DE UNA DEUDA

a) *La solidaridad*

Como es sabido, en las obligaciones solidarias todos los deudores son responsables del total de la deuda y que por tanto cada uno de sus patrimonios responden íntegramente del total de la obligación. Si el acreedor se dirige contra un deudor y éste no puede pagarle, sigue teniendo la posibilidad de dirigirse contra el resto de codeudores. La pregunta surge cuando la imposibilidad de pagar del deudor contra el que se ha dirigido es consecuencia de una actitud fraudulenta del propio deudor en colaboración con un tercero. ¿Puede entonces ejercitar la Acción Pauliana o por el contrario, previamente debe haberse cerciorado de la imposibilidad de cobrar al resto de codeudores?

Este problema se planteó en la STS de 3 de octubre de 1995 ³⁷. El Tribunal no concedió la rescisión de la compraventa del inmue-

³⁷ STS de 3 de octubre de 1995, Aranzadi, ref. 7178. Se trata de un caso en el que «Banco Pastor» hizo una póliza de crédito a favor de una sociedad de responsabilidad limitada llamada «Citola», la cual estaba garantizada con aval solidario por varias personas, entre ellas, María Dolores P. T. Se incumple con la obligación de devolver y el banco procede al embargo de un bien de la avalista solidaria. Al ir a anotar el embargo en el registro, se encuentra con que el bien ha sido vendido a una tía de la demandada llamada Carmen, justo un par de días después de realizado el embargo y dos días antes de que se procediera a la anotación preventiva de embargo, que por lo tanto se vio frustrada. El banco demandó a tía y sobrina, solicitando la rescisión por fraude de acreedores del negocio realizado. El Juez de 1ª instancia desestimó la demanda. La audiencia ratificó esta deci-

ble, pero no por la razón aducida por los Tribunales de Instancia —el no haber demostrado la insolvencia del resto de codeudores—. Declaró la eficacia del negocio al no haberse podido demostrar la complicidad de la tía en el fraude ideado por su sobrina al realizar la venta. Sin embargo, el alto Tribunal, de no haber sido por este detalle, hubiese declarado la rescisión por fraude, pues no conside-

sión. No indica la razón, pero de los considerandos de la sentencia se desprende que el «Banco Pastor» no fue capaz de demostrar la insolvencia del resto de codeudores, los cuales, por un fallo suyo, no fueron parte del proceso, pues no fueron demandados. Se interpuso recurso de casación.

El primer motivo se refiere a indefensión y mala aplicación de la ley procesal. El problema radica en que no se dejó al «Banco Pastor», en la instancia, hacer una nueva prueba. Esta prueba sería la de la insolvencia del resto de deudores, pues en el juicio de rescisión, a lo único a lo que se le dio traslado de un anterior procedimiento de embargo fue al mandamiento de embargo contra la demandada. Por lo tanto, nada se demostró de la insolvencia del resto de codeudores. Creo que esa fue la razón de la desestimación de la demanda en 1.ª y 2.ª instancia.

El TS no acepta este motivo pues dice que el traslado de dicho procedimiento de embargo fue una prueba para mejor proveer del Juez, por tanto, no solicitada por el Abogado del banco. Por ello, no hay indefensión en no completar la prueba en 2.ª instancia, pues no se pidió en ningún momento por la parte. De esto cabe preguntarse si cuando se demanda la rescisión de un contrato realizado en fraude de acreedores por uno solo de los codeudores solidarios es necesario demandar a todos los codeudores para atestiguar o demostrar su insolvencia. Parecería lógico, pues si no son insolventes, existiría otro modo de cobro, no se habría producido el perjuicio al acreedor, lo que impediría el ejercicio de la acción rescisoria por su carácter fraudulento.

Pero acepta el Tribunal Supremo que no es necesario demostrar la insolvencia del resto de deudores solidarios para ejercitar la acción de rescisión. Basta con la insolvencia del demandado. Dice concretamente que *«el carácter subsidiario de la acción rescisoria, no impone al acreedor la demostración de la insolvencia de los restantes deudores»*. En mi opinión esta doctrina es errónea, aunque puede que en este caso sea el único modo de solución justa ante el mal planeamiento por parte del abogado de la entidad demandante, pues realmente parece que existía insolvencia por parte del resto de codeudores, como se desprende de la sentencia al afirmar que *«la señora T. P. no pudo demostrar que ni el deudor principal, ni el resto de cofiadores poseían bienes»*.

Lo curioso es que después de todo no conceden la rescisión del contrato por no haberse probado la participación en el fraude de la compradora del piso, tía de la defraudadora.

También en la STS de 7 de diciembre de 1989, Aranzadi, ref. 8813, se planteó un caso similar. El acreedor se dirigió contra los avalistas solidarios solicitando la rescisión de una donación que había realizado en favor de un hijo, en vez de dirigirse contra el deudor directo de la entidad financiera. El afirma que *«ni tampoco, es admisible pretender que la posición de los avalistas sea subsidiaria respecto al deudor principal, pues cuando se pacta la solidaridad, el acreedor puede dirigirse indistintamente contra cualquiera de los firmantes de la obligación, lo contrario sería desconocer las prescripciones de los arts. 1137 1144 del Código. Lo así dicho, evidencia que la entidad actora podría accionar directamente contra el matrimonio codemandado y prescindir de la posible solvencia o insolvencia del deudor principal, su hijo José Luis, los que, por otro lado, bien pudieron señalar en el juicio ejecutivo bienes pertenecientes al hijo en cuantía suficiente como para haber intentado evitar el embargo recaído en bienes de los padres, y, también, es evidente que como la acción se dirige contra el matrimonio avalista, es la situación patrimonial de éstos, la que importa e interesa en punto a fijar la carencia del deudor de disponer de "otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio", sobre cuyo extremo ha quedado inalterado el antecedente fáctico recogido en el apartado d) del fundamento segundo de la sentencia impugnada»*.

ró argumento suficiente para impedirlo el hecho de que no se hubiese demostrado la insolvencia de los demás avalistas. Según su opinión, la imposibilidad de cobro de la deuda debe reducirse a comprobar la existencia de bienes en el patrimonio del avalista demandado, independientemente de la existencia de bienes suficientes en los patrimonios del resto de avalistas solidarios. Según el Tribunal Supremo, en los casos de deudas solidarias o garantizadas con aval solidario, quiebra el principio de la subsidiariedad³⁸. Como afirma Fernández Campos³⁹, no deja de ser curioso que justo en el supuesto en el que puede existir insolvencia sin que cause perjuicio en sentido pauliano, en el que la subsidiariedad se puede diferenciar de la insolvencia, el Tribunal Supremo piense que existe una excepción al principio general. El Tribunal no piensa en el juego del 1911 al ser la deuda solidaria. Se olvida de que la subsidiariedad está íntimamente unida a la garantía –y por tanto a la idea de perjuicio– y algo más alejada de la situación de insolvencia de uno sólo de los obligados.

Es posible pensar, como hace Martín Pérez, que esta argumentación esté fundamentada más en una razón de justicia material que en una aplicación técnica del Ordenamiento. Se puede defender que en determinados casos, como el presente, la investigación de la solvencia o insolvencia del resto de obligados se puede convertir en un inconveniente para el propio demandante⁴⁰.

³⁸ Afirma literalmente la sentencia: «La regla primordial, reconocida explícitamente en el artículo 1294 del Código, acerca de ostentar la acción rescisoria un carácter subsidiario y condicionada a los límites establecidos en dicho artículo y en el número 3.º del 1291, imposibilidad de cobrar del acreedor, de otro modo, la deuda, no admite discusión alguna, pero la misma no cabe entenderla cual un derecho absoluto y quiebra en los supuestos de concurrencia de solidaridad, puesto que, en tales casos, el acreedor puede dirigir su acción contra el deudor que estime más conveniente, como se desprende claramente de las disposiciones contenidas en los artículos 1111, 1137 y 1144 del referido texto legal, posibilidad la expresada que es extensiva para aquellos supuestos de fiadores solidarios, siendo éste, el presupuesto fáctico que caracteriza el tema litigioso, como se evidencia documentalmente por la cláusula adicional de la Póliza de Crédito suscrita entre el “Banco Pastor” y la Sociedad “Citola, S. L” y por expreso reconocimiento en la contestación a la demanda. En estos supuestos de solidaridad es la solvencia o insolvencia del deudor o fiador contra quien acciona el acreedor, la que debe ser tenida en cuenta, con independencia del derecho que tiene ese concreto fiador solidario para accionar, a su vez, contra el deudor principal y los demás cofiadores».

³⁹ FERNÁNDEZ CAMPOS, *op. cit.*, La Ley, núm. 4060.

⁴⁰ MARTÍN PÉREZ, «Comentario a la STS de 3 de octubre de 1995», en CCJC. «La protección del crédito, que es la finalidad última perseguida por la fianza y por la propia acción revocatoria, puede resultar frustrada si se crea la gravosa carga para el acreedor de exigirle que se dirija contra todos y cada uno de tales deudores e inicie procedimientos dilatorios, a menudo inútiles, y con elevados costes que tendrá de afrontar, además de contemplar cómo el transcurso del tiempo juega en favor de la dinámica del fraude. Al final, la solidaridad establecida para facilitar la satisfacción del crédito, acabará perjudicándole e incluso impidiendo el cobro».

Pero a pesar de ello nos parece criticable la opinión expresada en la sentencia ⁴¹. Nadie obliga a una persona a garantizar el crédito que tiene a su favor con una garantía o a hacer corresponsables de una deuda a otros patrimonios. Esto es sin duda una ventaja y una tranquilidad para el acreedor. Si se actúa correctamente a la hora de pedir una responsabilidad ante el incumplimiento, en la demanda se deberá citar a todos los interesados, pues en caso contrario lo que se hace es renunciar a parte de la garantía adquirida, por lo menos en ese procedimiento. Pero es más. Si no se demanda a todos los obligados, se corre el riesgo de que ante la imposibilidad de cobro por la insolvencia de los llamados, sea imposible el ejercicio de la Acción Pauliana por los actos fraudulentos que hayan cometido, pues existen remedios para intentar el cobro sin necesidad de deshacer un negocio válido. Pero esto no es un fallo del sistema. Es un fallo en la formulación correcta de la demanda.

Se podrá decir que es injusto dirigirse previamente al patrimonio de los codeudores antes de rescindir por fraude un negocio en el que se han puesto de acuerdo las partes para perjudicar a un tercero, obligando con ello a un nuevo procedimiento en el caso de no haber sido demandados todos previamente. Pero debemos recordar que el negocio rescindible es un negocio válido ⁴². Que, como afirma la jurisprudencia, no se requiere una colaboración consciente de quien participa en el negocio y no es deudor. Basta con que tenga conocimiento o haya podido tener conocimiento de la situación en la que la realización de dicho negocio deja a la otra parte en el contrato. Es más, en caso de que conociese y aceptase la situación provocada por

⁴¹ Coincidimos en esta opinión con ALBALADEJO, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 957: «Realmente, en principio, el acreedor puede escoger el deudor de quien cobra, y, a base de esa razón, cabría entender que la insolvencia del que escoja, le autoriza a pedir la revocación de los actos que éste hubiese otorgado en fraude de su crédito. Hasta aquí, bien, pero a la vista del artículo 1294 (según el cual la revocación “no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio”) parece que ha de admitirse que –siendo un recurso legal para satisfacer su crédito el obtener el cobro de éste de otro deudor solidario solvente– pudiendo cobrar de otro deudor solidario, no cabe pedir la revocación del acto fraudulento otorgado por aquel a quien se intentó cobrar primeramente».

⁴² Es fundamental a este respecto la diferencia entre la realización de un negocio simulado (ausencia de causa) con fin defraudatorio, un negocio con causa ilícita y la realización de un negocio perfecto con el mismo propósito. «Se distingue, netamente, de una serie de conceptos afines. En la simulación existe un tercero a quien se trata de perjudicar, pero, en cambio, el negocio no existe, o si existe (disimulado) se exorna de falsas apariencias. El la causa ilícita, el motivo, base jurídica del negocio entre las partes, está repudiado por completo, según la moral recibida en el derecho, el negocio es nulo, pues la causa está viciada de modo insanable; en el negocio fraudulento no existe una inmoralidad capaz de viciar el negocio entre las partes; como no puede manifestarse más que en relación a un tercero, sólo respecto de éste se declara el negocio ineficaz». DE CASTRO, «La acción Pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los arts. 1911 y 1111 del CC», en *RDJ*, 1932, p. 220.

el negocio fraudulento realizado y la provocación de dicha situación fuese la razón principal por la que ambas parte lo negociaron, podría ser dudoso que fuese aplicable la normativa sobre la rescisión de los contratos, pues, precisamente por su carácter subsidiario, habría de ceder en su aplicación frente a la posibilidad de declarar nulo el negocio por ilicitud de causa ⁴³.

Quizá por ello se pueda considerar abusivo –en el sentido jurídico de la palabra– el empeño del acreedor de rescindir un contrato válidamente celebrado cuando puede satisfacer su crédito con alguno de los bienes que originariamente estaban sujetos al cumplimiento de la obligación a través de la garantía universal patrimonial, sin necesidad de inmiscuir a un tercero ⁴⁴.

Una última cuestión a este respecto. Creo que será indiferente que el deudor que realiza el negocio fraudulento lo realice antes o después de que haya sido demandado por el acreedor, antes o después de que se haya decretado el embargo de los bienes. En este último caso –venta de bienes ya embargados– el negocio podría ser rescindido, además, por enajenación de bienes litigiosos.

b) *Subsidiariedad y garantía personal*

La garantía personal por excelencia es la fianza. Nos vamos a centrar en ella, a modo de ejemplo, para ver cómo puede afectar su presencia el ámbito de la Acción Pauliana. Imaginemos el siguiente supuesto. Un deudor principal y un acreedor. La obligación está garantizada mediante una fianza. Si el deudor principal, a través de procedimientos fraudulentos, consigue quedar en situación de insolvencia, ¿puede el acreedor utilizar la Acción Pauliana para rescindir dichos negocios fraudulentos o por el contrario deberá previamente dirigirse contra el avalista utilizando la garantía previamente pactada? ¿Y si fuese el avalista el que, ante el temor de tener que responder de las deudas del deudor principal, antes de que éste quedase insolvente, provocase su situación de insolvencia a fin de no poder responder ante el hipotético incumplimiento de la persona garantizada?

Hemos de comenzar poniendo de manifiesto la dificultad de encontrar una situación como la previamente descrita en la práctica. Sistemáticamente, en las sentencias consultadas, nos encontramos con fianzas solidarias, con renuncia del beneficio de excusión, división y orden. Por lo cual, a los efectos que este trabajo pretende desarrollar lo equiparan a una deuda solidaria, de la que previamente hemos hablado.

⁴³ A este respecto nos referiremos más adelante con especial atención.

⁴⁴ Vid. STS 15 de septiembre de 1997, Aranzadi, ref. 6452.

¿Puede el deudor rescindir el negocio fraudulento realizado por el deudor principal antes de utilizar la fianza que garantiza el crédito? ¿Puede el fiador, utilizando el beneficio de excusión, además de señalar bienes del deudor, obligar a utilizar al acreedor la Acción Pauliana contra el acto fraudulento del deudor? ¿Puede el deudor y el tercero contratante alegar la existencia de una fianza para evitar la rescisión del negocio fraudulento? Parece que aquí se puede producir una confrontación entre el beneficio de excusión del fiador y el carácter subsidiario de la acción rescisoria.

El artículo 1830 del CC habla de la posibilidad del garante de señalar bienes ⁴⁵ en el patrimonio del deudor. Si el deudor no tiene bienes, cualquiera que sea la razón, parece que el acreedor podrá hacer uso de la garantía pactada. Por tanto pienso que existiendo bienes suficientes en los patrimonios de las personas obligadas a responder de la deuda (entre las que evidentemente está el fiador), no debería permitírsele al deudor el ejercicio de la Acción Pauliana, pues no se produce perjuicio en el sentido de no existir otro medio de cobro ⁴⁶. Por el contrario, si el acto fraudulento causa la imposibilidad de cobro, éste tendrá la posibilidad de rescindir por fraude este negocio.

Ahora bien, si por un acto fraudulento el deudor queda insolvente y el acreedor se dirige contra el fiador, una vez que éste haya cumplido con su obligación de pago, podrá dirigirse contra el deudor y, en mi opinión, podrá utilizar la acción pauliana para rescindir el negocio fraudulento realizado por el afianzado pues, en este caso, sí que no existe otro medio de cobro para quien presta la garantía. Y esto a pesar de que se pueda pensar que el nacimiento de la deuda del fiador contra el afianzado es posterior a la realización del negocio fraudulento, si se piensa que la obligación surge ante el pago del avalista al acreedor del avalado ⁴⁷. El propio artículo 1839 afirma que «el fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor» y si bien es cierto que el deudor no podía utilizar la acción pauliana era precisamente por la presencia de la garantía del fiador, la cual ya ha desaparecido. También es cierto que desde un punto de vista formalista, el propio código concede

⁴⁵ Al hablar de bienes entiendo que se incluyen aquellos derechos cuya realización tenga como consecuencia la entrada de bienes en el patrimonio del deudor. Pero hemos de poner de manifiesto que el deudor no está legitimado activamente para solicitar el fraude del negocio que él mismo ha realizado.

⁴⁶ STS 15 de septiembre de 1997, Aranzadi, ref. 6452.

⁴⁷ La polémica sobre si en la situación de una deuda garantizada con fianza existe una única obligación con pluralidad de sujetos o por el contrario coexisten dos obligaciones distintas ha sido suficientemente tratada por nuestra doctrina. Vid. GUILARTE, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, EDESA, tomo XXIII, p. 11, y CASANOVAS, A., *La relación obligatoria de Fianza*, Barcelona, 1984.

una acción al fiador –acción de cobertura– tendente «a obtener relevación de la fianza o una garantía que lo ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia en el deudor»⁴⁸. Sin embargo, en mi opinión esta posibilidad ofrecida por el Ordenamiento al avalista no es impedimento para la utilización de la acción sino más bien lo contrario. Es el reconocimiento de que la situación de solvencia o insolvencia del deudor principal es de interés para el avalista, al cual se le deben otorgar todos los medios necesarios para la defensa de sus intereses.

c) *Subsidiariedad y acción directa*

¿Puede el acreedor que tiene la posibilidad de ejercitar una acción directa, rescindir por fraude un negocio de su deudor, sin haber intentado el cobro de la deuda a través de la tercera persona obligada con él? Pensemos en uno de los casos en los que el Código Civil prevé la posibilidad del ejercicio de la acción directa⁴⁹. Pensemos en el supuesto del artículo 1597 CC. La pregunta es si el dueño de los materiales –acreedor del contratista– ante un negocio fraudulento de éste que le sitúe en un estado de insolvencia puede ejercitar la Acción Pauliana o por el contrario debe dirigirse previamente contra el dueño de la obra para que le satisfaga su crédito.

En mi opinión la acción directa consigue que el beneficiado en última instancia de la prestación realizada y que es causa de su derecho de crédito, quede obligado directamente a la satisfacción del mismo, a pesar de no existir un nexo jurídico-contractual sobre el que justificar dicha petición.

Dicho con otras palabras. Con la acción directa se consigue una ampliación de la garantía⁵⁰. La fuente de dicha ampliación no es la voluntad de las partes, sino la finalidad misma de la prestación y el beneficio que ésta produce en quien no ha sido parte del contrato.

Creo que, por lo que respecta al problema que aquí nos planteamos, lo fundamental es que hay otro patrimonio que garantiza el crédito y por tanto, teóricamente, otro modo de cobro que debe inten-

⁴⁸ Art. 1843 CC.

⁴⁹ Un estudio completo de esta figura puede encontrarse en *La acción directa en el Derecho Español*, PASQUAU LIAÑO, Madrid, 1989.

⁵⁰ PASQUAU LIAÑO, *op. cit.*, pp. 100 y 101. Al hablar de las notas características predicables de la acción directa afirma: «*Constituye un instrumento para la protección de determinados créditos, permitiendo a su titular dirigir su pretensión, indistintamente, contra el propio deudor o contra un determinado deudor de éste, lo que, además de la simplificación procedimental que entraña, genera, por virtud de este encadenamiento de relaciones jurídicas, una especie de "solidaridad pasiva" (obligación "in solidum") entre ambos deudores, lo que amplía considerablemente la base patrimonial de garantía del crédito, como si de una fianza (solidaria) se tratase.*»

tarse previamente a la rescisión del negocio fraudulento. No llega a existir perjuicio, pues hay bienes ejecutables que permitirán subsanar las consecuencias del incumplimiento de la obligación.

Lo que ocurre es que la garantía en esta ocasión, al contrario de lo que ocurría cuando la deuda era solidaria o estaba garantizada con fianza voluntaria no nace de la voluntad de las partes. No es que es que el acreedor haya querido garantizar la deuda desde su nacimiento, sino que es el Ordenamiento el que le ofrece esta posibilidad. Sin embargo, nuestro Ordenamiento en esto es claro. La utilización de la acción rescisoria no depende de que la garantía sea de origen legal o voluntario, sino de que exista o no perjuicio. Existiendo perjuicio podemos plantearnos la rescisión del negocio fraudulento. No existiendo perjuicio, debemos descartarlo. No creemos que este origen legal de la garantía haga relajarse el carácter subsidiario de la Acción Pauliana, convirtiéndola en una más de las posibilidades de defensa del acreedor y no en la última de ellas.

d) Por último quiero plantearme otra duda

¿Qué ocurre cuando ante un incumplimiento de la obligación por parte del deudor y una situación de insolvencia del mismo, provocada fraudulentamente, el acreedor puede aun cobrar lo debido por una vía distinta de la contractual, frente a un tercero? El supuesto sería el siguiente. B, deudor de A, incumple su obligación como consecuencia de la actuación de un tercero, C. Como consecuencia de dicha actuación surge la posibilidad de que A demande a C extracontractualmente. A su vez B, con intención de quedar insolvente ante una posible reclamación contractual por parte de A, dona a D bienes, lo que provoca en él un estado de imposibilidad de pago. ¿A podrá rescindir la donación realizada por B o previamente deberá dirigirse extracontractualmente contra C?

Si optamos por mantener la donación, por tratarse de un negocio válido, y mantenemos la necesidad de demandar previamente por vía extracontractual al causante del incumplimiento, defendemos a quien ha participado en el fraude. Por el contrario, si optamos por la rescisión del negocio privamos de eficacia a un negocio válidamente realizado, ignorando que existe otro medio de cobro.

Pero, ¿cobro de qué? Sin duda de la obligación nacida del contrato. Y si se dirige contra el tercero la obligación cobrada sería la nacida de la responsabilidad extracontractual. Por ello, lo que nos debemos preguntar es si existe algún otro medio de cobro de la obligación nacida del contrato que no sea la rescisión de negocio fraudulento. Creemos que no, que en este caso es posible hablar de perjuicio pauliano y por tanto nos inclinamos por la utilización de la acción

rescisoria en este caso. Mediante la utilización de esta acción el acreedor podrá evitar el perjuicio que le ocasiona el estado económico que el negocio creó en su deudor. Pero pensamos que también podrá demandar extracontractualmente al tercero, pidiéndole una indemnización por los daños que el incumplimiento le ha causado ⁵¹.

Además, el caso es complicado, por no decir imposible, de que se dé en la práctica, pues para poder desestimar la acción rescisoria interpuesta, sería necesario probar la existencia de responsabilidad del tercero, quien no ha sido demandado en el proceso.

2. LA EXISTENCIA DE MECANISMOS JURÍDICOS ALTERNATIVOS QUE EVITAN EL PERJUICIO

Junto a los supuestos en los que la duda se plantea en torno a la existencia o no del perjuicio o daño, existe otro conjunto de casos en los que, sin dudar la existencia del mismo, o bien el Ordenamiento ofrece mecanismos específicos para solucionar el fraude (art. 1317 CC, acción de devastación, etc.), o se trata de supuestos en los que el daño se produce a través de la realización de actos nulos (simulación, causa ilícita, etc.). Son estos supuestos los que nos disponemos ahora a estudiar, bien el papel que en ellos cumple el requisito de la subsidiariedad.

a) *El artículo 1317 del Código Civil*

Afirma el artículo 1317 del CC: «La modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros». Este artículo trata de proteger a los acreedores que contrataron con uno solo de los cónyuges pero siendo el crédito que tenían ganancial ⁵².

⁵¹ Como ha puesto de manifiesto DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, p. 606, al hablar de la responsabilidad nacida del incumplimiento por causa de la actuación de un tercero: «Esta tesis, sin embargo, conduce a dificultades de orden práctico muy importantes, pues cada una de tales responsabilidades precisa someterse a un régimen jurídico diferente. En primer lugar, se extrae la consecuencia de que no hay solidaridad entre los causantes del daño. Además, las acciones estarían sometidas a diferentes plazos de prescripción y a una diferente valoración del daño y de la culpa. Frente a ello, el resarcimiento tiene que ser unitario, en aplicación del principio non bis in idem. Más lógico parece por tanto considerar el acto de violación conjunta del derecho de crédito como un acto unitario sometido a un régimen también unitario de responsabilidad».

⁵² La deuda ha de ser ganancial, pues si es personal de uno de los cónyuges y se dedujese la liquidación de la sociedad de gananciales, teóricamente no habría ningún perjuicio para el acreedor, salvo que el acto fuese fraudulento y entonces procedería ejercitar la acción rescisoria. Comentario de PASQUAU LIAÑO a la STS de 24 de noviembre de 1988 en *CCJC*, núm. 18, 481.

Por tanto, el patrimonio garante de la deuda era el patrimonio ganancial. Si se disuelve la sociedad de gananciales ¿qué patrimonio garantizará ahora su deuda? Como la liquidación no perjudica los derechos de terceros, no pueden ver disminuida su garantía y por tanto, su garantía será idéntica a la anterior, es decir, el patrimonio del cónyuge con el que contrataron y todos los bienes que tuviesen carácter ganancial y que en la liquidación de la sociedad hayan sido adjudicados al cónyuge no contratante.

Es frecuente que ante una situación económicamente difícil un cónyuge trate de «salvar» parte de su patrimonio a través de una liquidación de la sociedad, atribuyendo al otro bienes fácilmente ejecutables. Éste es, claramente un negocio fraudulento. Pero ¿es rescindible?

Hay autores que piensan que el artículo 1317 no es más que una manifestación específica de la Acción Pauliana para el supuesto de la liquidación de la sociedad conyugal. Ven en el artículo 1317 una rescisión del negocio de disolución en la parte en la que sea perjudicial para terceros.

Otros, por el contrario piensan que lejos de tratarse de una manifestación de la acción rescisoria es un remedio específico y distinto, cuya consecuencia no es en absoluto la rescisión. Lo que hace el artículo 1317 es convertir en inoponible para antiguos acreedores un negocio perfectamente válido y con efectos completos salvo para personas limitadas⁵³.

En el fondo, ambas soluciones tienen efectos prácticos muy parecidos y, de hecho, en Francia, es doctrina admitida que la Acción Pauliana es una acción que persigue la inoponibilidad de determinados actos para los acreedores defraudados⁵⁴. Sin embargo, sí que hay

⁵³ Lo que está fuera de toda duda es que el artículo 1317 no predica la nulidad de las capitulaciones que modifican el régimen ganancial. «Dentro de una jurisprudencia de intereses que aún así aquella indemnidad afectando los bienes adjudicados y el mantenimiento del nuevo régimen capitular, siguiendo así una doctrina especializada que afirma: "frente al fraude de acreedores la acción rescisoria debe tener efecto 'en la parte necesaria' para satisfacer los derechos de un tercero" y cabe negar la nulidad absoluta de las capitulaciones suscritas en fraude de acreedores, pues, parece que ha de buscarse la subsistencia del acto en virtud del principio del favor negotii a salvo de declarar la ineficacia del acto en cuanto perjudique al acreedor, pues, parece que con la declaración de nulidad, y amortización de efectos que conllevaría, se iría más lejos de lo que ante el fraude de acreedores se pretende evitar y que es efecto típico incluso de la acción pauliana: que el acto resulte ineficaz frente al acreedor que la interpuso, y, por tanto, los bienes sobre los que aquél recayó queden sometidos a la acción del acreedor como si estuvieren en el patrimonio del deudor; en definitiva, la vulneración del artículo 1317 no origina la nulidad radical del acto impugnado, sino que, de conformidad con el espíritu que informa el artículo 6.4 del CC, hay que pensar que los efectos de tal vulneración son distintos a la propia nulidad: la falta de perjuicio a los derechos ya adquiridos por terceros». STS de 19 de febrero de 1992, Aranzadi, ref. 1320».

⁵⁴ CHABAS, op. cit., p. 1082. «La acción pauliana es una acción de inoponibilidad. Se dice que un contrato es oponible a los acreedores de los contratantes. La acción pauliana es

alguna diferencia entre considerar aplicable el artículo 1317 o la acción pauliana. En los supuestos «normales» de acción pauliana, para que el acreedor pueda ejecutar los bienes que han salido del patrimonio de su deudor es necesario que previamente se rescinda el negocio fraudulento. Por el contrario, el juego del artículo 1317 no hace necesaria la declaración previa de fraude y el acreedor podrá dirigirse contra los antiguos bienes gananciales que están en poder del cónyuge no contratante sin ningún tipo de requisito previo.

¿Cuál es la opinión del Tribunal Supremo en este asunto?
¿Admite que se rescinda la disolución de la sociedad de gananciales realizada fraudulentamente o en virtud de la subsidiariedad de la acción pauliana deberá utilizarse el artículo 1317?

En la mayoría de las sentencias en las que se ha resuelto el problema, la jurisprudencia ha optado por impedir la aplicación del artículo 1111 cuando es posible utilizar el 1317. En los años 80, salvo alguna excepción, se mantuvo constante la siguiente doctrina: «Uno de los requisitos esenciales para que los contratos puedan rescindir por razón de fraude, está constituido por la exigencia de que el acreedor no pueda cobrar de otro modo lo que se le debe (art. 1291.3. del CC), pues dado el carácter subsidiario de la acción rescisoria que proclama, también, el artículo 1294 del mismo Cuerpo legal, sólo puede ejercitarse cuando se carezca de todo recurso legal para obtener reparación del perjuicio, requisito que no concurre en el caso de litis, pues, si la disolución y subsiguiente liquidación de la sociedad de gananciales como consecuencia de las capitulaciones otorgadas vigente el matrimonio —en las que se modificó el régimen económico de gananciales y se adoptó el de separación absoluta de bienes (art. 1392)— no perjudica en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros —artículo 26 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón (RCL 1967/704, 756 y NDL 1451), y 1317 del CC—, si el artículo 1401 del referido Código dispone que mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservan sus créditos, contra el cónyuge deudor, respondiendo, también, el cónyuge no deudor con los bienes que se le hayan adjudicado si se hubiera formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial, y si el artículo 1402 establece que los acreedores de la sociedad de gananciales tienen en su liquidación los mismos derechos que les reconocen las leyes en la partición y liquidación de las herencias, es decir, el derecho de exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los cónyuges si no se hubiera formulado debidamente

el medio que se les ofrece de hacer desaparecer los efectos de esta oponibilidad. Resulta que la acción pauliana no beneficia mas que al acreedor que la ejercita. El acto atacado permanece oponible a cualquier otra persona».

inventario o hasta donde alcancen los bienes adjudicados si se hubiere formulado (artículo 1084), es visto que, en el presente caso, no puede afirmarse que el banco actor no tuviera otro recurso legal para hacer efectivo su créditos, que el ejercicio de la acción rescisoria; sin que la normativa hipotecaria constituya obstáculo alguno para la persecución de los bienes que en la referida liquidación de la sociedad conyugal se adjudicaren a cada uno de los esposos, pues el artículo 144.2 del Reglamento hipotecario (*RCL 1947/476, 642 y NDL 18733, tabla distribución, artículo*), previendo expresamente la hipótesis aquí contemplada, dispone que si como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal se hubiere inscrito la partición de bienes, podrá anotarse el embargo cuando la demanda se hubiese dirigido contra los respectivos adjudicatarios»⁵⁵.

A nosotros nos parece exagerada esta posición. Si bien el acreedor podría haber embargado los antiguos bienes gananciales sin necesidad de rescindir el negocio, por el efecto relativo que tiene la rescisión, las consecuencias prácticas serían idénticas, pues solo se dejaría ineficaz la parte de negocio necesaria para que el acreedor se resarciese del perjuicio. La disolución desplegaría toda su eficacia, salvo en la parte rescindida, como lo haría si se hubiesen embargado los bienes directamente. Esta es la idea que parece desprenderse de alguna sentencia del Tribunal Supremo, en la que admite la rescisión (aunque se había pedido la nulidad) de las capitulaciones, aunque bien es cierto, después de haber intentado el cobro infructuosamente y en la que no se hace mención del artículo 1317⁵⁶. Seguramente, en una recta aplicación del principio *iura novit curia*, el Juez debe

⁵⁵ STS de 15 de febrero de 1986, Aranzadi, ref. 681. En el mismo sentido, STS de 17 de febrero de 1986, Aranzadi, ref. 684; 14 de octubre de 1987, Aranzadi, ref. 7099; 17 de noviembre de 1987, Aranzadi, ref. 8406; 25 de enero de 1989, Aranzadi, ref. 124; 5 de junio de 1990, Aranzadi, ref. 4733; voto particular de la STS de 18 de julio de 1991, Aranzadi, ref. 5399; 7 de noviembre de 1992, Aranzadi, ref. 9098.

⁵⁶ STS de 9 de julio de 1990, Aranzadi, ref. 5788. «Pues, sin dejar de reconocerse que, en puridad técnico-jurídica, los términos “nulidad” y “rescisión” expresan conceptos jurídicos distintos, en el supuesto que nos ocupa aparece con toda evidencia que el primero de los expresados términos que, tal vez con no rigurosa precisión terminológica, utilizan tanto el *petitum*, de la demanda, como el fallo de la sentencia de primer grado, que la de apelación confirma, viene indudablemente empleado no en el sentido estricto que corresponde al concepto técnico-jurídico de la palabra “nulidad” (sea absoluta o relativa), sino al más amplio y genérico, también usado en la práctica forense, de “privación de efectos jurídicos”, que comportan todos los supuestos de ineficacia contractual o negocial, cualquiera que sea la causa determinante de ésta (inexistencia, nulidad radical, anulabilidad, rescisión, resolución)». Con la misma filosofía la STS de 15 de junio de 1992, Aranzadi, ref. 5137: «y es que dentro de la práctica forense cabe adoptar varios caminos para esa tutela, bien directamente impugnando dichas capitulaciones matrimoniales o bien ejercitando cualquier otra acción específica tendente a preservar la garantía de los créditos perjudicados por ese cambio capitular; de cualquier forma lo que verdaderamente destaca es que aquella tutela habrá siempre de proclamar la inoponibilidad del cambio, en lo atinente, con respecto a la garantía de los terceros perjudicados, siguiendo así una reiterada línea jurisprudencial».

tener claro que aunque se utilice la vía pauliana, en el fondo la demandante, quiere que se le resarza del perjuicio sufrido, y le da igual rescindir las capitulaciones parcialmente que dirigirse directamente a embargar bienes del cónyuge no contratante⁵⁷. Técnicamente, el demandante se ha equivocado. Pero en la práctica, esta equivocación no tiene trascendencia ni hay terceros implicados afectados por la misma. ¿No podría el Juez, siendo consciente de la identidad de efectos prácticos y de la ausencia de daños a terceras personas, conceder la rescisión parcial para así facilitar el embargo, en vez de desestimar la demanda por faltar el requisito de la subsidiariedad?

b) *Los artículos 1082 y 1083 del Código Civil*

Por lo que respecta al primero de ellos, se trata de otro supuesto de inoponibilidad de la partición realizada, frente a los acreedores de la herencia. Como ya mantuve en el estudio sobre la partición convencional⁵⁸, la posibilidad de fraude tan sólo es pensable respecto de los herederos personales, pues los herederos de la comunidad hereditaria y los del causante tienen muy garantizada su deuda (sobre todo si las aceptaciones han sido puras y simples), lo que claramente dificulta la posibilidad de que exista perjuicio en el sentido pauliano.

Supuesto distinto es la posibilidad de defraudar a los acreedores personales de los coherederos. Ante esta eventualidad el artículo 1083 permite a los acreedores personales de los herederos intervenir a su costa en la partición para evitar que se haga en contra de sus derechos. No creemos que la no presencia en el acto particional de los acreedores personales implique la imposibilidad de rescindir posteriormente la partición fraudulenta para los intereses del acreedor personal.

El fraude en el acto particional puede producirse como consecuencia de que al deudor heredero se le adjudiquen menos bienes de los que en virtud de su derecho hereditario le corresponde o, inclu-

⁵⁷ MONTERO AROCA, ORTELLS RAMOS Y GÓMEZ COLOMER, *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil I*.º, 3.ª edición, p. 104. «A diferencia de los elementos integrantes del objeto del proceso que, rigiendo el principio dispositivo, sólo pueden ser determinados por el actor, la determinación de la calificación jurídica entra en las potestades del órgano jurisdiccional (iura novit curia, da mihi factum dabo tibi ius). El actor puede proponer en la demanda una calificación jurídica (art. 524: los fundamentos de derecho), la calificación jurídica es materia de debate en el proceso, pero el Juez no está vinculado a resolver según las tesis jurídicas sostenidas por las partes, sino que, respetando los hechos y la petición que identifican el objeto del proceso, puede realizar la calificación jurídica que estime más correcta y lo mismo puede hacer con aquellos hechos no identificadores del objeto del proceso».

⁵⁸ *La Partición convencional y su impugnación*, Madrid, 1996.

so, porque con intención de no cambiar su estado de insolvencia renuncie a su cuota hereditaria, bien simplemente, bien en favor de otra persona. Si lo hace en favor de otra persona deberá considerarse como donación y por tanto, realizada fraudulentamente.

En este supuesto no se produce una salida de bienes en el patrimonio del deudor, sino una no entrada. Desde este punto de vista quizá pudiera pensarse en que el remedio a utilizar sería el de la acción subrogatoria. Sin embargo no se da uno de los presupuestos necesarios para la utilización de esta acción cual es la inactividad del deudor. Además, este supuesto está regulado en el CC, artículo 1001.

«Si el heredero repudia la herencia en perjuicio de sus propios acreedores, podrán éstos pedir al Juez que los autorice para aceptarla en nombre de aquél.

La aceptación sólo aprovechará a los acreedores en cuanto baste a cubrir el importe de sus créditos. El exceso, si lo hubiere, no pertenecerá en ningún caso al renunciante, sino que se adjudicará a las personas a quienes corresponda según las reglas establecidas en este Código». ⁵⁹

Desde este punto de vista, la renuncia fraudulenta de la herencia tampoco es oponible a los acreedores personales del heredero.

Sin embargo, el Tribunal Supremo ha admitido la rescisión de particiones realizadas en fraude de los derechos de los acreedores, aunque es cierto que no se trataba de acreedores de herederos, sino del viudo, que tenía la consideración de legitimario. En la STS de 27 de noviembre de 1991 ⁶⁰ el Alto Tribunal ordenó la rescisión de una liquidación de sociedad de gananciales y de una partición de herencia en las que el cónyuge viudo había renunciado en favor de determinadas personas a su cuota en la sociedad de gananciales y a su participación legal legitimaria. Un acreedor personal del viudo impugnó los actos por considerar que se habían realizado en fraude de sus derechos crediticios y siendo la única manera que tenía de cobrar lo que se le debía, el Tribunal Supremo confirmó la sentencia de la Audiencia concediendo la rescisión de los negocios ⁶¹.

Es más, en un supuesto muy similar como puede ser la división de una copropiedad, el artículo 403 del CC permite que los acreedores de los copropietarios concurren a la división y se opongan a ella. Pero en el supuesto de no haber concurrido y efectuándose en fraude de sus derechos, o de haberse opuesto a ella y realizar-

⁵⁹ El párrafo segundo del artículo 1167 *Code Civil*, excluye la utilización de la acción pauliana en los supuestos de sucesiones.

⁶⁰ *Aranzadi, ref. 8493.*

⁶¹ Igualmente solucionan supuestos de rescisión por fraude en la partición las SSTS de 10 de junio de 1904; de 2 de julio de 1904; 13 de febrero de 1941.

se a pesar de su oposición, podrán impugnarla. Impugnación que no creemos que sea distinta a la posibilidad de rescindirla.

c) *La acción de devastación*

El conflicto que se puede plantear entre la Acción Pauliana y la acción de devastación a la hora de determinar la preferencia en su ejercicio queda limitado tan sólo a algunos de los supuestos en los que se puede emplear la acción por la que se conserva el valor del bien hipotecado. No habrá conflicto en aquellos supuestos en los que la pérdida de valor del bien sea producto exclusivamente de la actitud del deudor, pues no habrá «contrato en fraude de acreedores», ni tan siquiera, en muchos supuestos un negocio fraudulento, sino más bien una actitud lesiva para los intereses del acreedor. Sin embargo sí pienso que puede haber algún supuesto fronterizo en el que sea dudosa la utilización de la acción de devastación o la acción pauliana. Por ejemplo la enajenación fraudulenta de una servidumbre a favor de la finca hipotecada al dueño de la finca sirviente, lo que produciría una disminución de la garantía hipotecaria y, por supuesto, como tal disminución fraudulenta, haría pensable la utilización de la Acción Pauliana ⁶².

Un problema adicional plantea la solución de este supuesto. En los casos previos, las consecuencias prácticas de optar por una u otra solución –inoponibilidad o rescisión– eran muy similares. En éste, las consecuencias que se deriven de la utilización de la acción rescisoria o de la de devastación, pueden ser distintas. El artículo 117 de la Ley Hipotecaria tan sólo dice que el Juez dictará Providencia mandando al propietario hacer o no hacer lo que proceda para evitarlo o remediar el daño. Ciñéndonos a la letra del artículo no es posible la rescisión, porque el dueño no puede por sí solo rescindir el negocio. La rescisión es una decisión judicial, no privada. Además no puede atacar la eficacia del negocio realizado utilizando otro método, pues

⁶² PUIG PEÑA, F, «Teoría de la acción Pauliana», *RDP*, 1945, octubre, p. 542. Al estudiar las personas legitimadas activamente para ejercitar la Acción Pauliana, afirma: «A la primera vista parece que el acreedor hipotecario no tienen por qué ejercitar la acción revocatoria, supuesto que su crédito figura perfectamente garantizado con la afectación especial de determinados bienes constituidos en hipoteca. Teniendo esto presente, muchos autores han negado a este acreedor el ejercicio de la Pauliana. Sin embargo, otros, con mejor acuerdo, distinguen casos y circunstancias, y si bien por punto general rechazan el beneficio de la Pauliana para este orden de créditos especiales, no obstante lo admiten en algunos supuestos. Estos serían, por ejemplo, los casos en que los bienes hipotecados hayan sufrido una depreciación considerable, o el caso en que, no obstante la hipoteca, queden impagados, es decir aquellas hipótesis en que el acreedor hipotecario tiene un interés por encima del que se deriva del crédito, bien porque aquéllos no alcancen a ésta, bien porque, alcanzando, las frecuentes oscilaciones de valor de las cosas no permita cubrir el importe de su crédito».

sería ir contra el principio del *pacta sunt servanda* y el artículo 1256 del CC. Quizá lo que pueda es aumentar la garantía hipotecaria con otros bienes. Lo que en sí mismo implicaría la imposibilidad de interponer la Acción Pauliana, pues si hay bienes garantes, no hay perjuicio. Por eso pensamos que si el perjuicio ocasionado sobre el bien hipotecado no produce falta de garantía –incluida la personal– de la obligación, se podrá ejercitar la acción de devastación, pero no la pauliana. Por el contrario, cuando el perjuicio ocasiona un daño que haga imposible la ejecución del crédito, la acción que procederá será la pauliana y no la de devastación. Dicho con otras palabras. La acción de devastación protege la garantía real. La acción pauliana la garantía personal.

d) *La acción pauliana y los problemas de la causa del negocio fraudulento. Simulación y causa ilícita*

Es evidente que en muchos de los supuestos de simulación de un contrato ⁶³ y en muchos de los supuestos en los que teóricamente se puede hablar de causa ilícita, el fundamento, la razón, el motivo por el que se ha realizado ha sido defraudar a determinados acreedores ⁶⁴. También es cierto que el perjuicio al acreedor se puede haber producido cuando se ha realizado un contrato no simulado y cuando la razón para contratar nada tenía que ver con la intención de dejar a un antiguo acreedor sin cobrar. ¿Se puede hablar de conflicto entre Acción Pauliana y simulación y entre acción pauliana y nulidad por causa ilícita?

Teóricamente hay una dificultad insuperable ⁶⁵. Cuando hablamos de simulación absoluta o de causa ilícita estamos hablando de negocios nulos radicalmente. Y por definición, sólo son rescindibles los negocios válidamente celebrados. Luego concluir que la Acción Pauliana se mueve en un campo diferente al de la nulidad en princi-

⁶³ Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 16 de abril de 1996. Aranzadi Civil, Audiencias, ref. 661, declarando nula una donación simulada hecha en fraude de acreedores; STS de 23 de julio de 1994, Aranzadi, ref. 6585; STS de 23 de julio de 1990, Aranzadi, ref. 6127; STS de 11 de febrero de 1986, Aranzadi, ref. 545.

⁶⁴ STS de 24 de abril de 1992, Aranzadi, ref. 3410; STS de 14 de noviembre de 1991, Aranzadi, ref. 8111.

⁶⁵ Aunque haya alguna sentencia, como la STS de 5 de noviembre de 1990, Aranzadi, ref. 8462, que afirme: «sólo es ejercitable la acción de nulidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 1302 del propio Ordenamiento, y con mayor razón la del artículo 1111 del mismo», la mayoría de ellas ponen de manifiesto la contradicción de ejercitar conjuntamente la acción rescisoria y la de nulidad, como por ejemplo STS de 16 de marzo de 1989, Aranzadi, ref. 2155: «pese a la evidente contradicción jurídica, dicho sea de paso, que entraña el postular simultánea y conjuntamente la nulidad y la rescisión de un mismo contrato, cuando esta última presupone y exige necesariamente la validez del contrato que se trata de rescindir».

pio parece correcto ⁶⁶. Es más, si no fuese así (y también en línea teórica) todo acto fraudulento podría tener causa ilícita, por lo que, precisamente por el principio de subsidiariedad de la Acción Pauliana, esta quedaría casi sin campo de aplicación ⁶⁷.

Por otro lado, las consecuencias de declarar un negocio rescindido o nulo son diferentes. En línea de principios, cuando un negocio se declara nulo, su ineficacia es absoluta. Por el contrario, cuando es rescindido, se intenta conservar aquella parte del negocio que no ha producido perjuicio, siempre y cuando asumamos la posición que defiende el carácter relativo de la rescisión, pues de lo contrario no habría grandes diferencias respecto a los efectos que se producirían por la declaración de nulidad y la de rescisión.

Sin embargo, si las cosas en la práctica fuesen tan fáciles no tendría ningún sentido que, como se hace normalmente, a la hora de acudir a los Tribunales solicitando su tutela ante la realización de un negocio que ha causado un perjuicio se demande la nulidad radical y subsidiariamente la rescisión por fraude ⁶⁸.

⁶⁶ Son muchos los autores que han puesto de manifiesto las diferencias entre la rescisión por fraude, la simulación y la causa ilícita. Veamos algunos ejemplos:

ALBALADEJO, *Comentarios...*, op. cit., p. 967:

«No cabe confundir con la hipótesis en estudio, la de que el deudor y el tercero adquirente simulen un acto para fingir que los bienes salen del patrimonio de aquél, y, así, que parezca que ya carece de ellos. Entonces no precedería la acción pauliana, tendente a atacar un acto que, de existir, sería fraudulento, sino la acción de simulación, tendente a poner de relieve que realmente no existe acto alguno verdadero, razón por la que los bienes siguen siendo del deudor, y el acreedor puede satisfacer con ellos su derecho».

DE CASTRO, *La acción Pauliana...*, op. cit., p. 220:

«Se distingue, netamente, de una serie de conceptos afines. En la simulación existe un tercero a quien se trata de perjudicar, pero, en cambio, el negocio no existe, o si existe (disimulado) se exorna de falsas apariencias. En la causa ilícita, el motivo, base jurídica del negocio entre las partes, está repudiado por completo, según la moral recibida en el derecho, el negocio es nulo, pus la causa está viciada de modo insanable; en el negocio fraudulento no existe una inmoralidad capaz de viciar el negocio entre las partes; como no puede manifestarse más que en relación a un tercero, sólo respecto de éste se declara el negocio ineficaz. El dolo, por último, supone un vicio de la voluntad en uno de los contratantes, dirigido a perjudicar al otro, y produce la nulidad del negocio».

PUIG PEÑA, F, *Teoría...*, op. cit., p. 479 y ss.

⁶⁷ «No creo que sea correcto afirmar que todo negocio que tiene carácter fraudulento automáticamente tenga ilicitud en su causa. De lo contrario, y por el principio de subsidiariedad de la acción rescisoria, nunca se podría rescindir un contrato porque siempre existiría el mecanismo jurídico de la declaración de nulidad que haría inviable la acción rescisoria.

Creo que cuando hablamos de ilicitud de causa nos referimos a que la razón principal y casi única que ha llevado a las partes (a ambas) a realizar un contrato es precisamente causar un perjuicio a un tercero. Sin embargo, creo que podemos hablar de negocio rescindible por fraude cuando se realice un contrato perjudicial para el acreedor, a pesar de que, por lo menos el tercero contratante, no persiguiere como objetivo principal el daño del crédito del acreedor. Por ello, según la opinión dominante en las sentencias del Tribunal Supremo para rescindir por fraude este negocio basta la posibilidad de conocimiento por parte del tercero de que dicho negocio podría perjudicar al acreedor».

⁶⁸ ALBALADEJO, *Comentarios...*, op. cit., p. 967:

Pero debemos ir más allá y preguntarnos cómo debe actuar el Juez cuando en un caso que él considera de simulación se le ha solicitado la rescisión por fraude. O en un caso en el que en su opinión el negocio adolece de causa ilícita el *petitum* de la demanda se basa en el artículo 1111 ó 1219.3.º del CC. O cuando habiendo realizado un negocio válidamente, el Juez considera que es rescindible por fraude pero el demandante ha solicitado la nulidad radical, bien por simulación bien por causa ilícita.

Creemos que el Juez debe valorar el *petitum* de la demanda y en función de ello actuar, independientemente de cual sea el nombre de la acción que se le dé a la ejercitada ⁶⁹. Es posible que se solicite la rescisión por fraude, para reparar el perjuicio causado y que el acto sea un acto nulo radicalmente. En este caso creemos que el Juez debe declarar la nulidad radical del contrato, independientemente de que se le hubiese solicitado la rescisión, pues con ello, igualmente satisface el interés del demandante, que no es otro que evitar el perjuicio que ha sufrido ⁷⁰. También es posible que el acto sea válido, pero fraudulento y que se solicite la nulidad radical por causa ilícita. Pues también pensamos que el Juez, si el *petitum* de la demanda se lo permite, deberá declarar la rescisión del contrato –dando solución al perjuicio sufrido por el acreedor– y no pecará la sentencia de incongruente ⁷¹.

«Con frecuencia quien ejercita la acción pauliana plantea ésta como petición subsidiaria de la previa petición de que se declare la nulidad del acto por simulación. Ello suele ser así; bien porque no está claro si el acto de enajenación es simulado o real (pero dañoso), bien porque, aun estimando el demandante que es simulado, teme que la simulación no quede probada, y que, consiguientemente, el Tribunal no la declares, y, para tal caso, pide que, no obstante, aunque se estime que la enajenación fue real, se admita que sustrajo los bienes enajenados a la satisfacción de su crédito, y, por tanto, que se revoque.

Por su parte, el Tribunal Supremo en ocasiones ha confundido en sus fallos el papel de la acción de simulación y el de la pauliana (debiéndose la confusión, con frecuencia, a un defectuoso planteamiento del pleito, en el que, a base de afirmar la existencia de fraude, se pedía la revocación del acto por ser simulado), pero actualmente ha sentado de forma clara la distinción entre la simulación, que produce la nulidad del acto, y la enajenación fraudulenta, que es un acto realmente existente, pero que da lugar a su revocación o rescisión mediante el ejercicio de la acción pauliana».

⁶⁹ MONTERO AROCA, ORTELLS RAMOS Y GÓMEZ COLOMER, *op. cit.*, p. 327. *«Es función propia del juez, a ejercitar de oficio por el mismo, la de aplicar el derecho del modo que considere correcto, sin quedar vinculados por las alegaciones de normas y principios jurídicos y por los razonamientos jurídicos efectuados por las partes (iura novit curia, da mihi factum dabo tibi ius). Ahora bien, debe insistirse en que la no vinculación se ciñe al ámbito estricto de las calificaciones jurídicas, sin que sea admisible que, so capa del principio iura novit curia, el juzgador se sustraiga de los demás límites a su postestad de resolver».*

⁷⁰ En este sentido *Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 15 de marzo de 1996, Aranzadi Civil, ref. 433*, en la que se solicita la rescisión y se concede la nulidad de una donación.

⁷¹ Muy claramente la *STS de 7 de junio de 1990, Aranzadi, ref. 4742*: *«La incongruencia es el vicio que afecta a las sentencias que conceden algo distinto de lo pedido, dejan sin respuesta cuestiones planteadas con cumplimiento de todos los requisitos, o las resuel-*

Es cierto que el Juez, en muchos casos, al aplicar el principio de *iura novit curia* podrá bordear la legalidad, incurriendo en incongruencia, e incluso, privando a las partes de haber utilizado un medio de defensa específico que les hubiera sido útil de haber conocido el sentido del fallo⁷². Por ello es el Juez, en cada caso el que debe valorar si en aras de la economía procesal puede «resolver» definitivamente el caso o por el contrario debe limitarse a contestar a lo literalmente pedido⁷³.

VI. EL FUNDAMENTO DE LA SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN RESCISORIA

Ante todo he de dejar claro que cuando me refiero a la acción rescisoria dejo al margen los supuestos en los que está prevista la rescisión por lesión. En mi opinión, ambas acciones tienen algún punto común, como es el objetivo común de reparar un perjuicio que ha causado un negocio válidamente realizado⁷⁴, pero diferencias tan

ven con argumentos jurídicos que rebasan los límites del principio iura novit curia, de modo tal que provocan la indefensión. En todo caso, la incongruencia se desprende de la comparación del suplico de la demanda con la parte dispositiva de las sentencias, y, eventualmente, de la comparación de la causa de pedir, esto es, del relato histórico en que se fundan las peticiones y los argumentos utilizados por la Sala para resolverlas. En el caso de Autos, efectivamente se ha instado la nulidad de varios contratos y se ha concedido la rescisión, y ambos conceptos son especies jurídicamente distintas, pero no tanto como para no tener con el demandante también flexibilidad para mitigar el rigor de los formalismos».

⁷² MONTERO AROCA, ORTELLS RAMOS Y GÓMEZ COLOMER, *op. cit.*, p. 328. «Otra cosa es que, por respeto exquisito al principio de contradicción, se obligara al juzgador a poner a debate su tesis jurídica novedosa antes de resolver a tenor de ella. Véanse en este sentido los artículos 733 y 851.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En el proceso civil no existe ese deber y el TC ha entendido que ello no viola el derecho de defensa, siempre que el juzgador respete “los términos en que en las demandas o en los escritos fundamentales del pleito se configuran las acciones o las excepciones ejercitadas” (STC 20/1982, 5 mayo, Sala 2.ª, RA 405/1981, BJC 1982-13, pp. 350-355; STC 12/1987, 4 de febrero».

⁷³ MONTERO AROCA, ORTELLS RAMOS Y GÓMEZ COLOMER, *op. cit.*, p. 325. «En los supuestos (ciertamente escasos en el proceso civil) en que procedan pronunciamientos de oficio (deber legal de imponer costas, declaraciones de nulidad respecto a pactos inmorales o ilícitos –delimitando la posibilidad de las mismas, véase STS 31 de marzo de 1981, RA 1144–), no hay incongruencia si se emiten faltando una petición de parte. Y también que el ajuste entre lo pedido y lo resuelto encierra siempre problemas de interpretación que suelen resolverse con un criterio favorable al agotamiento del litigio existente entre las partes, siempre que lo que se resuelva pueda entenderse implícitamente incluido en lo que se había pedido».

⁷⁴ DE CASTRO, *El negocio Jurídico*, p. 519 y ss., citando a GARCÍA GOYENA, afirma: «Los jurisconsultos romanos no concedían restitución sino contra los contratos que, atendido el rigorismo de Derecho, eran válidos, si bien destituidos de equidad; y por esta consideración se recurrió a aquél remedio». De donde concluye que «Los casos de rescisión se dan como medidas correctoras, para evitar una consecuencia injusta, resultante del juego normal del sistema jurídico. La rescisión opera sobre los contratos válidamente celebrados (artículo 1290), para reparar el perjuicio que sin ella sufrirían determinadas personas (arts. 1294, 1295.3.º, 1298, 1077)».

evidentes y palpables (diferentes personas legitimadas, presupuestos fácticos distintos, etc.) que no pienso que tengan fundamentos idénticos ⁷⁵.

No es el objeto de este trabajo realizar un análisis del fundamento último de la existencia de la Acción Pauliana ⁷⁶; Si se trata de una expresión más de la garantía patrimonial del artículo 1911, o por el contrario una consecuencia de la misma y no parte de ella; Si se concede una posibilidad de vigilancia continua al acreedor sobre los actos del deudor e incluso un derecho de garantía específico sobre los bienes que han salido del patrimonio y que formaban parte del patrimonio garante; Si la Acción Pauliana es un supuesto más de fraude de ley o por el contrario tiene autonomía de la figura general que sanciona la torcida utilización de los medios jurídicos...

Más nos interesa preguntarnos por el fundamento de la subsidiariedad, que responder a la pregunta de porqué este remedio jurídico debe ser el último en utilizarse en reparar el perjuicio. Quizá para ello sea bueno comparar la Acción Pauliana con otras acciones que pueden presentar algún matiz de subsidiariedad, como puede ser la acción de enriquecimiento sin causa ⁷⁷. La acción de enriquecimiento persigue igualmente la reparación de un perjuicio que ha provocado un desplazamiento patrimonial irregular. La acción nació para reparar este perjuicio, que de otro modo quedaría sin sanción. Sin embargo, generalizar su uso hubiese sido peligroso para un sistema de carácter liberal. «La subsidiariedad, para la mayoría de la doctrina francesa, es una regla que viene a completar la ausencia de causa para evitar que sea desmesurado su alcance». Por tanto, subsidiariedad no significa que sea el último remedio que se debe utilizar en la sanación del negocio, sino que sea el único remedio con el que pueda conseguirse ese objetivo. Por ello si el fundamento de la subsidiariedad es poder evitar el perjuicio de otro modo, existiendo otro mecanismo jurídico para hacerlo, debe evitarse utilizar la rescisión ⁷⁸.

Sin embargo creemos haber demostrado en los distintos supuestos antes estudiados que, existiendo otros remedios, la petición de la rescisión del negocio no debe llevar automáticamente a la desestimación de la demanda por tratarse de una acción subsidiaria.

En todos los supuestos que hemos planteado, por diferentes matices que tengan, hay un foso común. La actitud fraudulenta del

⁷⁵ DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 523 y ss.

⁷⁶ CRISTÓBAL MONTES, *op. cit.*, p. 43 y ss; DE CASTRO, *La acción Pauliana...*, *op. cit.*; GARCÍA AMIGÓ, *Comentarios del Ministerio de Justicia del artículo 1111 CC*; LOHMAN LUCA DE TENA, *op. cit.*, pp. 649 y ss.

⁷⁷ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *El enriquecimiento sin causa*, Granada, 1989, pp. 32 y ss. y 108 y ss.

⁷⁸ Vid. *ST Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de noviembre de 1991*.

deudor que trata de desprenderse de bienes para provocar un estado que le permita el no poder hacer frente al crédito debido. Y es ante esta situación ante la que el Ordenamiento, como no podía ser de otro modo, reacciona ⁷⁹. Pero tiene que hacerlo usando un mecanismo excepcional, pues no se trata de que se haya realizado un negocio inválido *per se*, sino que debe reaccionar contra un negocio que, en otras circunstancias, sería perfectamente eficaz. Y de ahí el cuidado que el Ordenamiento exige para poder rescindir un negocio. Y de ahí que sean los demandados quienes sean los que puedan alegar la falta del requisito de subsidiariedad. El demandante no tiene que investigar en los bienes del defraudador, ni tampoco si existen otros mecanismos jurídicos que permitan conseguir bienes sobre los que ejecutar el crédito ⁸⁰. Serán los demandados los que puedan defender el negocio válidamente realizado, señalando bienes directamente o al menos el mecanismo a utilizar para conseguirlos.

Por otro lado también creemos que el Juez, de oficio, con los medios de los que dispone en el procedimiento, puede apreciar la existencia de otros medios de reparar el perjuicio y bien rechazar la

⁷⁹ CRISTÓBAL MONTES, *op. cit.*, p. 44, expresa esta idea con estas certeras palabras:

«En el campo de la acción revocatoria, único que aquí nos concierne, siempre se ha formulado el mismo planteamiento. Los deudores, en cuanto titulares de sus propios derechos, pueden proceder libremente a su disposición, pero ahí, frente a ellos, expectantes, están los acreedores que quieren cobrar, que vigilan sus actos y que se muestran a la defensiva en cuanto a las repercusiones negativas que los mismos pueden tener en el patrimonio.»

Si resulta que, por virtud de las enajenaciones y renunciaciones efectuadas por un deudor sus acreedores ven frustradas sus posibilidades de realización de los créditos, la norma levanta la barrera que protege la "intimidad patrimonial" de los deudores y aquéllos se encuentran legitimados para "impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho"».

⁸⁰ En contra de esta opinión, Díez Pícazo, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, tomo I, p. 482. «La carga de la prueba de que no existe otro remedio del perjuicio le corresponde al actor». Por su parte MORENO QUESADA, *Comentarios...*, *op. cit.*, pp. 190 y 191 afirma:

«En lo que respecta a la persona que debe probarlo (claro: se puede la existencia no la inexistencia), como quiera que en ningún precepto del CC se dan normas con reglas especiales sobre el procedimiento a seguir para averiguar si el deudor tiene o no otros bienes con que pueda reintegrarse al acreedor a los efectos de impedirle, por aplicación del artículo 1294, el ejercicio de la acción rescisoria, el problema puede plantearse en torno a la necesidad, o no, de que se obtenga previamente declaración de inexistencia de otro recurso legal.»

El Tribunal Supremo, a la hora de interpretar este extremo, ha estimado que no existe inconveniente alguno en que al ejercitar la acción rescisoria se demuestre que no hay otro medio legal para obtener la reparación del perjuicio (sentencia de 8 de mayo de 1903). Viene a reconocerse, de acuerdo con ello (y lo dice la sentencia de 22 de febrero de 1913) que es improcedente apoyarse en que el carácter subsidiario de la acción rescisoria impide su ejercicio en tanto el perjudicado no demuestre que carece de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio; puesto que conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, es innecesario obtener esta declaración cuando el Tribunal estima dentro del mismo procedimiento, por el examen de las pruebas en conjunto, la rescindibilidad del contrato y la inexistencia de otro modo de cobrar lo debido, materia (o extremos) que son de hecho, y como tales, apreciables por el Tribunal en uso de sus privativas facultades.»

acción (porque considere que hay otros bienes a los que dirigirse), bien utilizar mecanismos distintos (negocio simulado, causa ilícita), incluso no nombrados por la parte demandante por su creencia errónea de que se trataba de negocios válidos, para reparar el perjuicio causado. Y siempre y cuando dicha modificación no sea causa de incongruencia e incluso de algún tipo de indefensión para las partes.

De todo ello deducimos que la idea de subsidiariedad que es innata a la Acción Pauliana es una orden, un criterio dirigido al juzgador para que, habiendo o conociendo otras soluciones diferentes a la rescisión, y pudiendo ser aplicadas, mantenga un negocio válidamente realizado. De este modo la subsidiariedad pauliana no es sino una manifestación más de un principio inspirador de todo nuestro derecho cual es el favor *negotii*.

La labor del Juez se ciñe pues, al examen de los elementos y requisitos fácticos necesarios para que se pueda emplear la Acción Pauliana. Existiendo dichos requisitos, y sólo entonces, ordenará la rescisión del negocio. Rescisión, que como hemos apuntado anteriormente puede significar la declaración de ineficacia absoluta del negocio o por el contrario tan sólo de la porción necesaria para subsanar el perjuicio.

Si la consecuencia de la rescisión fuese la declaración de ineficacia absoluta del negocio tendría sentido que hubiese un principio inspirador en la utilización de la acción que fuese el de la subsidiariedad, pues si se basa en la conservación de un negocio válido y rescindirlo significase dejarlo carente de eficacia, dicho remedio debía ser el último en ser utilizado.

Por el contrario, si como opino con la mayoría de la doctrina, el efecto de la rescisión es relativo y tan sólo deja ineficaz la parte de negocio que causa perjuicio, no tendría sentido que la acción que soluciona el problema de un modo más racional en el mantenimiento del negocio, tuviese que ser utilizada de modo subsidiario a otra cuya utilización supondría una declaración de ineficacia absoluta.

De todo ello concluyo que cuando se afirma que la Acción Pauliana es una acción subsidiaria, lo que se quiere afirmar, en aras del principio de conservación del negocio, es que hay que ser muy exigentes con la certeza de la existencia del fraude y del perjuicio, entendido como ausencia de garantía suficiente para el cobro del crédito. Pero una vez probado el supuesto de hecho, aun existiendo otros mecanismos jurídicos, la Acción Pauliana, lejos de ser subsidiaria debería ser prioritaria en su utilización.