



TRABAJO FINAL DE GRADO

MEMORIA

DOBLE TITULACIÓN: DERECHO Y ADMINISTRACIÓN Y DIRECCIÓN DE EMPRESAS

CURSO 2018-19

La acción pauliana en el siglo XXI.

**Análisis de Derecho sustantivo y Derecho
internacional privado**

Autor/a: Júlia Palau Rubio

DNI: 48256954X

Tutor/a: Dra. Paloma de Barrón Arniches y Dr. Josep Maria Fontanellas Morell

Data: 10 de junio de 2019

DECLARACIÓN DE AUTORIA Y ORIGINALIDAD

Declaro que soy el autor/autora de este trabajo. Su contenido es original y todas las fuentes utilizadas han estado debidamente citadas sin incurrir en fraude o plagio.

En caso contrario, conozco y acepto las medidas disciplinarias o sancionadoras que corresponden de acuerdo con la normativa aplicable.

Lleida, a 10 de junio de 2019

Signatura:



FIDELE

RESUMEN

La acción pauliana es una acción de rescisión por fraude de acreedores relevante en nuestro ordenamiento jurídico porque se articula como un medio de protección al derecho de crédito del acreedor que se ve perjudicado por un acto fraudulento realizado por su deudor. Dicho acto conlleva una disminución del patrimonio generando una imposibilidad de satisfacer el crédito. En consecuencia, los intereses del acreedor se ven afectados y se le causa un perjuicio que debe ser subsanado mediante el ejercicio de la acción pauliana. La doctrina y jurisprudencia han ido dibujando una regulación completa de esta figura. Sin embargo, el marco normativo es distinto en cada país europeo, hecho que también conlleva una importante labor por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para resolver el conflicto de jurisdicciones y de leyes que aparecen cuando existe una relación jurídica objeto del Derecho Internacional Privado, que provoca también el funcionamiento del proceso de calificación.

PALABRAS CLAVE

Contratos; Ineficacia; Acción pauliana; Rescisión por fraude de acreedores; Calificación comunitaria; Competencia judicial internacional; Ley aplicable

ÍNDICE

I. Introducción	7
II. La acción pauliana en el Derecho sustantivo.....	7
1. Evolución histórica.....	9
1.1. Derecho Romano	9
1.1.1. Derecho Romano Clásico	9
1.1.2. Época de Justiniano	11
1.2. Evolución de la regulación en el derecho español	12
1.2.1. Derecho de Partidas	12
1.2.2. Proyecto del Código Civil de 1851	12
2. Regulación actual en España y en Europa.....	14
2.1. Regulación en España	14
2.1.1. Código Civil Español.....	14
2.1.2. Ley Concursal	16
2.2. Regulación en Europa	17
2.2.1. Francia	17
2.2.2. Inglaterra.....	18
2.2.3. Italia	18
2.2.4. Polonia	20
2.2.5. Alemania.....	20
3. Naturaleza jurídica de la acción pauliana y figuras afines.....	21
3.1. Acción pauliana y acción de simulación	21
3.2. Acción pauliana y acción nulidad	22
3.3. Acción pauliana y acción de anulabilidad	23
3.4. Acción pauliana y acción subrogatoria.....	24
3.5. Acción pauliana y acción rescisoria	24
3.6. Acción pauliana y acción de reclamación de indemnización por daños y perjuicios	25
3.7. Acción pauliana y acción de inoponibilidad	25
3.8. Acción pauliana	26

4. Elementos definitorios.....	26
4.1. Necesidad del elemento objetivo: perjuicio e insolvencia	27
4.2. Actos que provocan el daño. Elemento subjetivo	30
4.3. Subsidiariedad de la acción.....	32
5. Caducidad de la acción	33
6. Legitimación.....	35
6.1. Legitimación activa	35
6.2. Legitimación pasiva.....	35
7. Efectos	36
7.1. Efectos respecto al tercero adquirente.....	37
7.2. Efectos respecto al deudor	38
7.3. Efectos respecto al acreedor.....	38
III. La acción pauliana en Derecho internacional privado.....	39
1. Planteamiento del problema: calificación	39
1.1. Qué es la calificación	41
1.2. La calificación en Derecho internacional privado comunitario.....	42
2. Conflicto de jurisdicciones.....	44
2.1. Antes del asunto Feniks.....	46
2.1.1. Reichert I.....	46
2.1.2. Reichert II	48
2.2. Asunto Feniks.....	51
3. Conflicto de leyes.....	57
3.1. Antes del asunto Feniks.....	57
3.2. A partir del asunto Feniks	59
IV. Conclusiones	64
V. Bibliografía.....	68
VI. Jurisprudencia	71

ABREVIATURAS

CCE	Código Civil Español
CCC	Código Civil Catalán
LH	Ley hipotecaria
LC	Ley concursal
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
TS	Tribunal Supremo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TJUE o TJ	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
DIPr	Derecho internacional privado
RBI	Reglamento Bruselas I (Reglamento nº. 44/2001)
RBIb	Reglamento Bruselas I bis (Reglamento nº.1215/2012)
RRI	Reglamento Roma I
RRII	Reglamento Roma II

I. Introducció

El motivo que me ha llevado a realizar este estudio sobre la acción pauliana es la Sentencia Feniks c. Azteca (asunto C-337/17), de 4 de octubre de 2018, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por medio de la cual éste cambió la postura mantenida hasta ese momento sobre la figura. En este asunto, se discutía la materia en la que debería quedar incluida la acción pauliana. En el procedimiento en cuestión -originario de Polonia- se solicitaba, por parte del acreedor Feniks, la impugnación, de un acto de transmisión de Coliseum en favor de Azteca, porque el primero consideraba que dicha transmisión le había causado un perjuicio, ya que, a consecuencia de dicho acto (una compraventa de un bien inmueble), disminuyeron los activos patrimoniales en poder de Coliseum con que hacer frente a la deuda contraída con Feniks. Al tribunal polaco conocedor del caso le surgió entonces la duda de si, a la hora del determinar su posible competencia internacional, era posible o no aplicar el artículo 7.1.a) del Reglamento 1215/2012 (conocido como Bruselas I bis, RBIB), relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Dicho artículo establece el criterio especial para determinar la competencia judicial internacional en materia contractual. En su decisión, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea acaba concluyendo que la acción pauliana puede incluirse dentro de la materia contractual, concretando una posición que en anteriores sentencias había parecido esquiva. Como tendremos ocasión de ver, este cambio afecta no sólo a la competencia judicial, sino también a la ley aplicable a los litigios internacionales en los que se ejercite esta acción.

Primero de todo, es preciso establecer que la acción pauliana es un medio del que disponen los acreedores que ven frustrado su crédito por la existencia de un acto de carácter dispositivo realizado por el deudor en perjuicio suyo. Por tanto, sirve como medio de impugnación del acto lesivo que, por ello, será neutralizado o reducido con el ejercicio de dicha acción. Su regulación en nuestro ordenamiento se halla entre los artículos 1.111 y 1.290 y siguientes del Código Civil Español que serán analizados a lo largo del trabajo.

Así, la Sentencia citada, pronunciada durante el presente curso académico, es el punto de partida de este trabajo, que se divide en dos partes: una primera dedicada al Derecho sustantivo, esencialmente, Derecho Civil, porque es el paso previo indispensable para el estudio de las cuestiones de Derecho internacional privado, que constituyen el segundo

gran bloque temático abordado. Ahora bien, en su conjunto, el presente TFG ha significado un reencuentro con muchas de las materias estudiadas a lo largo de la carrera, pues he tenido que refrescar conocimientos y profundizar en el análisis del Derecho Romano, la Historia del Derecho, el Derecho Civil, el Derecho Mercantil, el Derecho Comparado, el Derecho Procesal y, por último, el Derecho internacional privado, que es donde comienza y donde acaba el TFG. En este sentido, debo reconocer que, es un trabajo de culminación de mi formación jurídica universitaria, por lo que hace al grado.

FIDELE

II. La acción pauliana en el Derecho sustantivo

1. Evolución histórica

1.1. Derecho Romano

1.1.1. Derecho Romano Clásico

Para analizar cómo se encuentra hoy en día regulada la acción pauliana se debe hacer mención a su evolución histórica situándonos en el derecho romano que es donde se encuentra su origen.

En sus inicios la acción pauliana se conocía más bien como interdicto fraudatorio (*interdictum fraudatorium*) cuya figura ya tenía como eje central el fraude, es decir, el daño o perjuicio causado a los acreedores por parte del deudor¹. Este elemento, también, sigue muy presente a día de hoy en nuestra acción pauliana.

Dicho interdicto fraudatorio era considerado por D'ORS como el único remedio contra los actos fraudulentos del deudor dentro del Derecho clásico². Esta institución estaba compuesta por varios elementos, que hay que distinguirlos en subjetivos y objetivos.

En primer lugar, el elemento subjetivo de parte del deudor, también conocido como *consilium fraudis*, provenía del daño, es decir, cuando quedaba probado que existía una insolvencia patrimonial del deudor como consecuencia de la ejecución sin éxito de sus bienes por parte del *curator bonorum*³ o el *bonorum emptor*⁴.

En segundo lugar, se encontraba el *eventus damnis* como elemento objetivo de la acción que era la imposibilidad de pagar a los acreedores por la insolvencia patrimonial del

¹ J. A. FERNÁNDEZ CAMPOS, *El fraude de acreedores: La acción pauliana*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998, p. 13.

² X. D'ORS, *El interdicto fraudatorio en el Derecho Romano Clásico*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Roma-Madrid, 1974, p. 105.

³ En Derecho Romano clásico, el sistema de la *distrahitio* existía la figura del *curator* que era la persona que vendía los bienes del deudor hasta donde hacía falta.

⁴ Otro sistema de ejecución en el Derecho Romano clásico era el *venditio bonorum*, en el cuál el *bonorum emptor* era el licitador que ofrecía el precio más alto en la subasta que se realizaba de los bienes.

deudor que aparecía después de la *bonorum venditio*⁵. Además, en relación con la insolvencia, una gran parte de la doctrina⁶, consideraba que el deudor tenía conocimiento del perjuicio que podía causar al acreedor con la realización de dichos actos.

En tercer lugar, se encontraba el *scientia fraudis* como requisito subjetivo respecto el adquirente que era la persona demandada. Este elemento implicaba que el adquirente tenía consciencia del perjuicio que podía causar el deudor a su acreedor con la insolvencia patrimonial. Por tanto, no era que hubiera un acuerdo entre deudor y adquirente, sino más bien un conocimiento del perjuicio. De acuerdo con d'ORS que defiende el hecho de que cuando el adquirente conoce la insolvencia pecuniaria del deudor, es consciente que si se da la insolvencia patrimonial de este, él puede ser demandado con la institución del interdicto fraudatorio⁷.

El *interdictum fraudatorium*, tradicionalmente, servía para completar la parte no satisfecha del crédito con la *restitutio* ejercida por el *curator*. Por tanto, ya era un remedio para proteger al acreedor del acto fraudulento realizado por su deudor.

Respecto a la legitimación, en general, era ejercida individualmente por el acreedor perjudicado. Sin embargo, existen otras posturas diferentes sobre la legitimación activa de esta institución porque una parte de la doctrina⁸ defiende esta legitimación posterior de los acreedores, pero reconociendo el deber del acreedor que interpone el interdicto, de repartir lo que recupere entre los demás. Otra parte de la doctrina defiende que el acreedor sólo repartirá el exceso, después de satisfacer su crédito, entre aquellos que así lo soliciten⁹. Entre estas distintas opiniones también aparece SOLAZZI, el cual considera que para repartir los bienes recuperados con el interdicto se deberá hacer a través de la *actio in factum*. Por último, D'ORS¹⁰ defiende que esta legitimación activa individual es más bien fruto de una interpolación ya que según él los acreedores no actúan solos, sino que actúan a través de un representante.

⁵ Cuando en la misma época se producía una venta de todos los bienes del deudor que después era declarado insolvente. Esta situación era previa a la aparición del elemento *eventus damnis*.

⁶ Como Solazzi, Aubry, entre otros.

⁷ X. D'ORS, *op. cit.*, p. 146.

⁸ LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, Leipzig, 1927 citado en A. FERNÁNDEZ CAMPOS, *El fraude de acreedores ...* p. 17.

⁹ IMPALLOMENE, *Studi sui mezzi recova degli atti fraudolenti nel diritto romano classico*, CEDAM, Padua, 1958, p. 88. Citado en J. A. FERNÁNDEZ CAMPOS, *El fraude de acreedores ...* p. 17.

¹⁰ X. D'ORS, *op. cit.*, p. 157.

Sin embargo, en Derecho Romano clásico no sólo existía el *interdictum fraudatorium*, sino también la *restitutio in integrum ob fraudem*¹¹ como remedio colectivo revocatorio, defendida por LENEL, o también la *actio poenalis in factum*, figura que aparece dentro de la teoría de Solazzi.

1.1.2. Época de Justiniano

No fue hasta la época de Justiniano cuando hubo una unificación de estas distintas instituciones de Derecho Romano clásico que pretendían ser remedios contra el fraude de acreedores. Aunque, cabe decir que la doctrina romanista no se pone de acuerdo en el número exacto de instituciones, puesto que algunos defienden dos y otros tres.

Finalmente, la acción pauliana que apareció con la refundición justiniana fue constituida sobre la base del interdicto fraudatorio y permitió que estuvieran legitimados individualmente los acreedores y colectivamente el *curator*.

En conclusión, la acción pauliana se constituyó, sobretodo, en base a un elemento subjetivo, es decir, el fraude¹². Por tanto, implicaba que era un remedio contra los actos de carácter fraudulento realizados por parte del deudor para provocar su insolvencia patrimonial perjudicando así a sus acreedores. Con el derecho común aún se irá dando más importancia a este elemento subjetivo porque se entiende que el fraude es ese propósito de defraudar o dañar a un tercero.

Respecto a la denominación de «acción pauliana» existen varias tesis posibles. Por un lado, la tesis de COLLINET que considera que era atribución de un autor bizantino, es decir, que su origen era de una época postjustiniana¹³. Por otro lado, la de tesis de FERRINI y SOLAZZI que defiende que es fruto de la interpolación prejustiniana¹⁴. Ahora bien,

¹¹ La cual era interpuesta por un tercero, el *curator*, cuando el *bonorum venditio* había cesado sus funciones.

¹² Dentro del concepto de fraude se está incluyendo la intención defraudatoria.

¹³ COLLINET, *L'origine byzantine du nom de la paulienne*, en *Nouvelle Revue Historique du Droit Français et Étranger*, 1919, pp. 187 y ss. Citado en J. A. FERNÁNDEZ CAMPOS, *El fraude de acreedores ...* p. 14-15.

¹⁴ FERRINI, *Di una nuova teoria sulla revoca degli atti fraudolenti compiuti dal debitore secondo il Diritto romano*, en *Opere di Ferrini*, III, Milán, 1929, p. 333 y SOLAZZI, *La revoca degli atti fraudolenti nel Diritto Romano*, 3ª ed., Jovene, Nápoles, 1945, pp. 84 y ss. Citados en J. A. FERNÁNDEZ CAMPOS, *El fraude de acreedores ...* p. 14-15.

autores como d'ORS defienden que el origen del nombre debe buscarse en la época justinianea porque se difundió en las escuelas de Derecho, y entonces pasó al Digesto¹⁵.

1.2. Evolución de la regulación en el derecho español

1.2.1. Derecho de Partidas

Centrándonos en el derecho español, el Derecho de Partidas que regía en la Edad Media en España estaba compuesto por siete partidas que trataban distintas ramas del derecho¹⁶.

En este sentido, se encuentran precedentes de la acción pauliana en la partida quinta dado que ésta regulaba materias de derecho privado. En concreto, en la ley 7¹⁷, título 15 de la quinta partida trataba de cómo debía de revocarse aquellos actos de enajenación que los deudores hacían maliciosamente de sus bienes.

1.2.2. Proyecto del Código Civil de 1851

El Proyecto de 1851, precedente histórico al Código Civil, incluyó el fraude de acreedores como un supuesto de rescisión regulando ésta como una categoría autónoma de ineficacia y distinta a la nulidad, a diferencia de la doctrina francesa ya que consideraba la acción pauliana un supuesto de nulidad. Así pues, a través del Proyecto de 1851, GARCÍA GOYENA mejoró la insuficiente regulación que existía respecto la acción pauliana¹⁸. Además, el Proyecto dividía el capítulo de la rescisión de las obligaciones en tres secciones: disposiciones comunes, rescisión por lesión y rescisión de las obligaciones en fraude de acreedores, clasificación que quedó unida con el Código de 1889.

El artículo 1.176 de dicho Proyecto establecía que *“las enajenaciones otorgadas por un deudor en fraude y con perjuicio de sus acreedores, deben ser rescindibles a instancia de éstos”*. La expresión de *«en fraude y con perjuicio»* se debía entender de manera que se exigía la concurrencia del ánimo de defraudar y, además, que esta defraudación fuera

¹⁵ X. D'ORS, *op. cit.*, p. 54.

¹⁶ F. RIVERO HERNÁNDEZ, “España: La acción pauliana en Derecho español”, en J. J. FORNER DELAYGUA, (editor), *La protección del crédito en Europa: La acción pauliana*. Barcelona, Bosch, 2000, p. 45.

¹⁷ “Cómo cuando el deudor enajena sus bienes á daño de aquellos á quien debiese algo, se puede revocar tal enajenamiento” Partida V, título XV, ley VII.

¹⁸ F. RIVERO HERNÁNDEZ, *loc. cit.*, en J. J. FORNER DELAYGUA, (ed.), *loc. cit.*, p. 45.

efectiva, tal y como aclara GARCÍA GOYENA en los comentarios al proyecto¹⁹. Por tanto, el Proyecto lo que hacía era mencionar los dos elementos clásicos que eran el *eventus damnis* y el *consilium fraudis*. Sin embargo, el artículo 1.111 CCE no se redactó en esta línea sino que, siguiendo al Código Civil francés, en concreto el artículo 1.167, sólo aparece el término fraude, es decir, el elemento subjetivo de la acción pauliana²⁰. En este sentido, entendemos que el legislador perdió una oportunidad para establecer una redacción más completa y equilibrada entre la parte objetiva y subjetiva de la acción.

1.2.3. Código Civil Español de 1889

El Código Civil Español (CCE) de 1889, siguiendo los antecedentes del Proyecto de 1851 y el Anteproyecto de 1882-85, reguló la acción pauliana en dos preceptos: en el artículo 1.111 CCE que contempla la impugnación de actos que el deudor ha realizado en fraude del derecho del acreedor, y en el artículo 1.291 y siguientes, donde se halla más regulación sobre la acción pauliana, dentro de la doctrina general de contratos.

Además, hay que tener en cuenta el artículo 1.911 CCE el cual recoge el principio de responsabilidad patrimonial que sostiene que el deudor responde de todos sus bienes²¹, estableciendo que “*del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros.*”. Por tanto, para entender el por qué de la acción pauliana, hay que tener presente dicho precepto.

En el Código de Comercio de 1885 se reguló también una protección de los créditos en caso de quiebra, recogiendo en el artículo 880 y siguientes una acción que permite a los acreedores impugnar los actos que se han realizado en fraude de sus derechos²².

Con la acción pauliana se pretendía proteger el derecho de crédito del acreedor, es decir, otorgar al acreedor una medida de tutela ante la insolvencia del deudor porque ésta le perjudica al frustrar el cobro el crédito. Como no se puede dejar desprotegido al acreedor

¹⁹ GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Tomo IV, Madrid, 1852, p. 189. Citado en J. A. FERNÁNDEZ CAMPOS, *op. cit.*, p. 10

²⁰ J. A. FERNÁNDEZ CAMPOS, *op. cit.* p. 9-10.

²¹ F. DE CASTRO BRAVO, “La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial, Estudio de los artículos 1.911 y 1.111 del Código Civil” en la *Revista de Derecho Privado*, 1932, Recogido en *Estudios jurídicos del professor Federico DE CASTRO*, Tomo 1, Centro de Estudios Registrales, Madrid, p. 145

²² Actualmente estos artículos se encuentran derogados en el Código de Comercio.

se articula la acción pauliana, porque se entiende que el patrimonio del deudor es una garantía genérica para él²³.

Como el acreedor lo único que pretende es neutralizar el daño sufrido por la insolvencia, lo que se busca con la acción es que el deudor se sitúe en la misma posición que tenía antes del acto que generó la insolvencia del deudor. Por tanto, la ineficacia del acto impugnado será relativa porque sólo afecta al acreedor que ha impugnado el acto y parcial, porque sólo será en la medida necesaria, es decir, manteniendo los otros efectos del acto que es impugnado porque es válido y no simulado²⁴.

2. Regulación actual en España y en Europa

2.1. Regulación en España

2.1.1. Código Civil Español

Actualmente la figura de la acción pauliana se encuentra recogida en nuestro ordenamiento jurídico de una manera insuficiente, aunque sí hay dos artículos que hace mención a esta acción.

En primer lugar, hallamos el artículo 1.111 del CCE: *“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.”*

La parte que hace referencia a la acción pauliana es la última frase del artículo de la cual se desprende que el acreedor puede interponer una acción para impugnar aquellos actos que su deudor ha realizado y le perjudican. Sin embargo, este artículo no recoge los requisitos y efectos, ni tampoco los presupuestos para ejercerla.

²³ J. A. FERNÁNDEZ CAMPOS, *op. cit.*, p. 19.

²⁴ *Ibid.*, p. 19-20

Aunque su concepción ha ido variando en el tiempo, la jurisprudencia²⁵ establece que los presupuestos de la acción pauliana son dos: el *eventus damnis* y el *consilium fraudis*. El primero hace referencia al perjuicio del acreedor que sufre la imposibilidad de cobrar el crédito, configurándose como el elemento objetivo de la acción. Y el segundo se refiere a la existencia de fraude en el derecho de crédito del acreedor, considerándose el elemento subjetivo. Sin embargo, respecto el segundo, no es necesario que exista una intención de dañar, sino que basta con el conocimiento de ese perjuicio que se puede causar²⁶. En consecuencia ha habido una objetivación del concepto *consilium fraudis* de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2009²⁷.

Junto a este artículo se encuentra el artículo 1.291 CCE en el cual se recogen las causas por las cuales son rescindibles los contratos, y en concreto, en el apartado tercero se establece: “3.º Los celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba”. Por tanto, cuando un acto se haya realizado en fraude de acreedores podrá ser rescindido cuando el acreedor no tenga ningún otro medio para poder cobrar. De aquí se desprende el hecho de que la acción pauliana tiene un carácter subsidiario, es decir, cuando no se disponga de otros medios para cobrar. En los siguientes artículos se termina de establecer la regulación de la rescisión de los contratos, ya no sólo por esta causa, sino que también se incluyen otras como la rescisión por lesión.

Los dos artículos citados se encuentran dentro del libro IV sobre las Obligaciones y los contratos, aunque, el primero se encuentra en el Capítulo II, de la naturaleza y los efectos de las obligaciones y el segundo, en el Capítulo V, de la rescisión de los contratos. Por tanto, se vincula con la materia de los contratos.

Por tanto, el ordenamiento jurídico español contiene una regulación insuficiente de la acción pauliana porque no hay una regulación específica y conjunta. En consecuencia, se deberá atender a la doctrina y a la jurisprudencia. Por esta razón, la Propuesta del Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil (APDC) se prevé una regulación más clara. En concreto, el artículo 519-4.1.a) establece que: “1. Son rescindibles: a) Los contratos y demás actos jurídicos patrimoniales celebrados en fraude

²⁵ STS de 19 de setiembre de 2002/ROJ: 5972/2002 (F. Jco. 2º) y STS de 12 de julio de 2011/ ROJ: 5090/2011 (F. Jco. 2º)

²⁶ F. RIVERO HERNÁNDEZ, *loc. cit.*, en J. J FORNER DELAYGUA, (ed.), *op. cit.* p. 59.

²⁷ STS 25 de marzo de 2009/ROJ: 1244/2009.

de acreedores, cuando estos no pueden cobrar de otro modo lo que se les debe". Además, el mismo artículo, en los apartados 2, 3 y 4, especifica qué actos se consideran fraudulentos, qué actos se consideraron a título gratuito y presunciones respecto los actos a título oneroso. Los siguientes artículos también son aplicables a la acción pauliana y plasman la labor jurisprudencial y doctrinal que ha sido la que ha configurado una regulación más completa de la acción, como se puede apreciar en el trabajo.

2.1.2. Ley Concursal

La Ley 22/2003 de 9 de julio, ley concursal, prevé un capítulo relativo a los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa. Cuando la insolvencia patrimonial del deudor se da dentro de un procedimiento concursal, el artículo 71 de dicha ley permite impugnar aquellos actos que el deudor ha realizado en perjuicio de sus acreedores: *"Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta"*. De modo que de dicho artículo permite solicitar la ineficacia por actos, realizados dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso, que han causado un perjuicio, sin necesidad de que concurra de fraude. Por tanto, esta acción pauliana prevista en la LC tiene unos requisitos distintos a la regulada por el Código Civil español. Primero, la acción rescisoria concursal no exige el elemento subjetivo del fraude o intención defraudatoria, que sí exige la acción pauliana. Y segundo, se exige un perjuicio patrimonial que debe ser determinado por el juez, aunque, el mismo artículo 71 establece dos presunciones. La primera que no admite prueba en contraria respecto los actos a título gratuito y la segunda que sí admite prueba en contra relativas a actos de carácter oneroso y garantías reales.

Sin embargo, acuerdo con la jurisprudencia, como la STS de 26 de octubre de 2012²⁸, el perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano la existencia de una lesión patrimonial del derecho de crédito del acreedor. Ahora bien, en la acción pauliana concursal no se trata de un determinado acreedor, sino de la totalidad de la masa pasiva. Además, el acto que ocasiona la lesión comporta un sacrificio patrimonial para el deudor una vez se ha declarado en concurso.

²⁸ STS 26 de octubre de 2012/ROJ: 7265/2012

2.2. Regulación en Europa

El tratamiento de la acción pauliana en los países europeos es distinto en función de la tradición de cada país, a pesar del origen común que se encuentra en el Derecho romano²⁹. Por eso es preciso analizar cómo se halla regulada la acción pauliana en ellos.

2.2.1. Francia

En Francia, la acción pauliana se encuentra en el Code en el Título III de los Contratos o de las obligaciones contractuales en general, Capítulo III de los efectos de las obligaciones, Sección VI de los efectos de los contratos frente a terceros, se encuentra el artículo 1.167 que recoge la acción que pueden ejercer los acreedores: *“Podrán también, a título personal, impugnar los actos del deudor realizados en fraude de sus derechos. Deberán no obstante, en cuanto a sus derechos enunciados en el título “De las sucesiones” y en el título “De contrato de matrimonio y de los regímenes matrimoniales”, hacerlo de conformidad con las reglas preceptuadas en los mismos”*. Se considera como una excepción al principio del efecto relativo de los contratos, pero la doctrina defiende más que se trata de una atenuación del principio de oponibilidad, es decir, que el contrato realizado se impone a terceros³⁰.

También se exige que el acto impugnado tenga carácter fraudulento que afecta a los derechos de crédito de los acreedores³¹. Por tanto, el acreedor debe haber sufrido un perjuicio como consecuencia de dicho acto.

Así pues, en Derecho francés la regulación de la acción pauliana tampoco es más extensa de la española dado que en la redacción del Code se siguió las obras de Pothier³².

²⁹ B. S. JIMÉNEZ GÓMEZ, “Competencia Internacional para conocer de la acción pauliana”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol 11, Nº 1, Madrid, 2019, p. 792.

³⁰ J-P. CHAZAL, “Francia: La acción pauliana en Derecho francés”, en J. J. FORNER DELAYGUA, (ed.), *op. cit.*, pp. 75-76.

³¹ *Ibid.*, p. 80.

³² Robert-Joseph Pothier, jurista francés, consideraba que la acción pauliana era más bien una figura para los comerciantes, por eso en sus obras no le daba mucha importancia. Como el Code siguió sus obras, la regulación actual no es muy completa y se debe acudir a obras de Jean Domat, jurista francés, que sí consideraba la acción pauliana como una institución autónoma.

2.2.2. Inglaterra

El Derecho inglés, perteneciente al Common Law, no regula la acción pauliana como se conoce en nuestro Ordenamiento jurídico. En consecuencia, para declarar ineficaces aquellos actos perjudiciales para los acreedores se debe atender a las normas de quiebra y de insolvencia de las sociedades que han sido modificadas al largo de los años. En un inicio se promulgaron la *Bankruptcy Act* de 1861, que permitía que una persona física también pudiera declararse en quiebra. Posteriormente, se promulgó la *Bankruptcy Act* de 1914 y en tercer lugar la actual *Insolvency Act* de 1986, que terminó con la distinción que se venía haciendo entre las transferencias fraudulentas, cuando la personas quebrada transfería a una tercera persona bienes para, así, ocultarlos de sus acreedores, y las preferencias fraudulentas, que eran las transmisiones realizadas a favor de un acreedor otorgándole alguna ventaja frente los demás.

Además, a partir de la *Insolvency Act* también se aplican estas normas también a las sociedades porque se considera que estas también quiebran, no sólo las personas físicas como se defendía anteriormente³³.

Las secciones 423 a 425 de la *Insolvency Act*, aplicables tanto a las personas físicas como jurídicas, aborda cuestiones de las «transacciones que defraudan a los acreedores» tal y como su título indica, considerando lo que más se aproxima a la acción pauliana conocida en nuestro ordenamiento jurídico. Primero describe qué transacciones se pueden considerar como subvaloradas y las medidas que puede tomar el tribunal al respecto, teniendo en cuenta la limitación que existe al establecer que dicho tribunal tiene que estar convencido de que la transacción se ha realizado con el fin de dejar bienes fuera del alcance de los acreedores o de causar un perjuicio a los intereses de estos. También se regula los sujetos legitimados y los efectos de dicha acción.

2.2.3. Italia

En Italia se incluye la acción revocatoria en el artículo 2.901 y siguientes del Código Civil italiano dentro del Capítulo V dedicado a la tutela de la garantía patrimonial, estableciendo

³³R. STEVENS y L. SMITH, “Reino Unido: La acción pauliana en Derecho inglés” en J. J. FORNER DELAYGUA, (ed.), *op. cit.*, p. 98.

una regulación más completa que la española³⁴. En los precedentes legislativos recaía todo el peso en el fraude como elemento subjetivo, pero en la regulación actual se ve un cierto distanciamiento a esta postura dado que, si el acto objeto de la acción revocatoria es posterior al nacimiento del crédito, ya no se exige el fraude como elemento subjetivo para poder ejercitar la acción³⁵. Este cambio supone que es suficiente con la existencia de un dolo eventual, es decir, que se acepte que se podría llegar a causar un perjuicio al acreedor, aunque no se llegue a producir³⁶. Es una diferencia importante respecto al sistema español en cual aún se mantiene el término fraude en la regulación.

Además, la doctrina italiana estableció que tal perjuicio podía entenderse como un peligro de daño, es decir, aún no se había producido la insolvencia ni la imposibilidad de realizar el crédito, pero había esa posible futura frustración³⁷.

Sin embargo, también se considera que dicho perjuicio puede configurarse como una lesión a la garantía patrimonial por un daño actual, porque ésta garantía es la base de la responsabilidad patrimonial que tiene el deudor³⁸. De esta forma, la doctrina italiana considera que cuando el deudor realice algún acto que lesione la garantía patrimonial constituida por los bienes que podrían ser embargados para cobrar el crédito, el acreedor puede pedir la reconstitución de la garantía. Por tanto, el daño actual debe quedar acreditado en el momento en el cual se realiza el acto, constituyéndose como una insolvencia de carácter anticipado porque así el acreedor no debe esperar al momento de la ejecución para impugnar dicho acto. Esta idea que se inició en la doctrina italiana, también se ha reflejado en la nuestra. Incluso se ha llegado a considerar que para que concurra el perjuicio pauliano basta con “la frustración de la confianza del acreedor”, entendiéndose que existe un deber de conducta de no impedir que no sea posible satisfacer el crédito porque se ha disminuido el patrimonio³⁹.

³⁴ D. MARTINELLI, “Italia: El papel del elemento subjetivo del acto revocable según la doctrina italiana y española”, en J. J. FORNER DELAYGUA, (ed.), *op. cit.*, pp. 116-117.

³⁵ *Ibid.*, pp. 125-126.

³⁶ *Ibid.*, p. 126.

³⁷ En esta línea el *codice civile* pretendía ofrecer una mayor tutela al crédito, estableciendo como suficiente el posible futuro daño para que el acreedor pueda tomar medidas al respecto.

³⁸ J. A. FERNÁNDEZ CAMPOS: *op. cit.*, p. 29.

³⁹ *Ibid.*, p. 32.

2.2.4. Polonia

En Polonia, la acción pauliana se encuentra regulada en los artículos 527 y siguientes de la *ustawa Kodeks cywilny*⁴⁰, que pretende declarar la ineficacia de los actos de disposición realizados por el deudor en fraude al derecho de crédito que posee el acreedor, cuando con ese acto, el deudor se ha declarado insolvente o ha aumentado la situación de insolvencia⁴¹. También se exige que el deudor haya actuado de una manera consciente y que el tercero adquirente tuviera conocimiento o pudiera tenerlo sobre el perjuicio que el acto podía causar. Este último requisito no es exigido cuando el acto realizado sea a título gratuito. Además, el tercero puede satisfacer el crédito él mismo o poner en conocimiento de bienes del deudor para la satisfacción, de acuerdo con el artículo 533.

2.2.5. Alemania

En Alemania se regulan instituciones relativas a la impugnación de los acreedores y de impugnación de la insolvencia que quedan recogidas en la Ley de Impugnación (Anfechtung) y en el Reglamento referente a la Insolvencia (Insolvenzordnung). Si bien es cierto que el *Bürgerliches Gesetzbuch*⁴² (BGB) recoge causas de impugnación⁴³, no son las mismas que son aplicables a las situaciones que quedan sujetas a la *Anfechtungsgesetz* (AnfG)⁴⁴ y *Insolvenzordnung* (InsO)⁴⁵.

De acuerdo con el artículo 1 de la AnfG, en los supuestos que se impugne un acto jurídico fuera del procedimiento de insolvencia, se deberá atender a las disposiciones de dicha ley. Esta ley, que entró en vigor en 1999, no es la primera ley que trata la impugnación, sino que anteriormente estaba en vigor su ley precedente de 1879 que ya regulaba la impugnación fuera de los supuestos de quiebra.

⁴⁰ Ley del Código Civil de Polonia, de 23 de abril de 1964.

⁴¹ Sentencia TJUE de 4 de octubre de 2018, C-337/17, Feniks c. Azteca, ap. 8-13.

⁴² Código Civil Alemán

⁴³ Las causas de impugnación recogidas por el BGB hacen referencia a las situaciones en que el deudor ha sido engañado, amenazado o inducido al error en el momento de emitir una declaración de voluntad. Por tanto, se protege una libertad individual, bien jurídico distinto al que se protege mediante la impugnación.

⁴⁴ El nombre completo es *Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens* [Ley de impugnación de actos jurídicos de un deudor al margen del procedimiento de insolvencia], de 21 de julio de 1879, en vigor desde el 1 de octubre de 1979, y que ha sido, desde entonces objeto de numerosas reformas.

⁴⁵ *Die Insolvenzordnung* [El Código de Insolvencia], fue promulgado el 5 de octubre de 1994 y entró en vigor el 1 de enero de 1999. Para un comentario de esta normativa y de la citada en la nota anterior en relación con la acción pauliana, N. HOFFMANN, “Alemania: La *actio pauliana* en Derecho alemán: impugnación de los acreedores según la ley de impugnación y la regulación referente a la insolvencia”, en J. J. FORNER DELAYGUA, (ed.), *op. cit.*, pp. 21-22.

Por tanto, la AnfG permite al acreedor que no ha podido satisfacer su crédito con la ejecución del activo del deudor, o incluso si supone que no lo haría, impugnar el acto realizado por el deudor con intención de perjudicarlo. También se requiere que la otra parte, es decir, el tercero, tuviera conocimiento de que dicho acto afectaba a la solvencia del deudor y podía perjudicar a los acreedores.

Esta ley contiene una previsión para aquellos supuestos en los cuales existe un elemento extranjero. Esta previsión se encuentra en el artículo 19 de la *Anfechtungsgesetz* establece que, en estos supuestos, la impugnación se regirá por la ley en la que están sujetos los efectos del acto⁴⁶.

En conclusión, las regulaciones de estos países europeos no son iguales, sino que cada uno ha ido elaborando los preceptos de su ordenamiento de acuerdo a su tradición jurídica. Estas diferencias implican que unificar la acción pauliana no sea una tarea fácil porque al situarla en distintas leyes, su naturaleza tampoco es la misma. Este problema también aflora cuando en una relación jurídica aparezca un elemento de extranjería que conlleve la aplicación de derechos de distintos países como se analizará posteriormente.

3. Naturaleza jurídica de la acción pauliana y figuras afines

Para ir enmarcando la acción pauliana y establecer su naturaleza jurídica se debe diferenciar dicha acción de otras figuras afines para conocer las diferencias y qué es propio de cada una porque el fraude de acreedores no sólo es fundamento de la acción pauliana, sino que dependiendo de la concurrencia de diferentes requisitos así como de la naturaleza del fraude se podrá ejercitar una acción u otras⁴⁷.

3.1. Acción pauliana y acción de simulación

La acción de simulación y la acción pauliana son dos remedios de que dispone el acreedor para evitar que el patrimonio del deudor se vea disminuido y, en consecuencia, no pueda cobrar el crédito. Sin embargo, presentan diferencias porque no reaccionan contra los mismos actos jurídicos.

⁴⁶ N. HOFFMANN, *loc. cit.* en J. J. FORNER DELAYGUA, (ed.), *op. cit.*, p. 37.

⁴⁷ STS 3 de noviembre de 2015/ROJ: 4471/2015

Por un lado, la acción de simulación protege a los acreedores de aquellos actos simulados por parte del deudor para intentar quedarse sin patrimonio, por tanto, hay un acto que es sólo aparente porque no existe jurídicamente⁴⁸. Mientras que en la acción pauliana los actos son verdaderos y válidos, por tanto, sí existe una real transmisión de los bienes del patrimonio del deudor a un tercero.

Además, en la simulación el elemento del perjuicio e insuficiencia patrimonial no son determinantes y se permite impugnar el acto simulado aun cuando existen otros bienes en el patrimonio del deudor. Así mismo, los efectos tampoco coinciden dado que con la simulación se considera que el acto jurídicamente nunca ha existido y entendiendo que el bien nunca ha salido del patrimonio del deudor, de modo que sigue siendo de él⁴⁹. En cambio, el efecto de la acción pauliana es la ineficacia parcial y relativa del acto, porque en este caso sí ha habido una transmisión entre el deudor y el adquirente.

Sin embargo, el acreedor puede interponer las dos a la vez, es decir, ejercitarlas de manera subsidiaria, y que el tribunal decida, según su criterio, cuál es la que mejor procede⁵⁰. Esta compatibilidad permite dar una solución en aquellos casos en los cuales resulta difícil poder probar todos los presupuestos, de modo que el éxito de una u otra dependerá de las circunstancias de cada caso. Por ejemplo, en la acción pauliana no haría falta probar esa intención simulatoria, mientras que en la simulación no se debe probar la insolvencia del deudor.

3.2. Acción pauliana y acción nulidad

Mediante la acción pauliana, como ya se ha visto, se impugna la eficacia de un acto que es perjudicial, pero no su validez, porque en nuestro Ordenamiento jurídico no se considera como una causa de nulidad. Por tanto, no tiene la naturaleza de la acción de nulidad, que pretende eliminar todos los efectos del acto impugnado. Esto se refleja en que el acto impugnado por la acción pauliana sigue subsistiendo posteriormente, porque la ineficacia sólo afecta a la parte que sea necesaria para neutralizar el daño sufrido por el acreedor.

⁴⁸ J. A. FERNÁNDEZ CAMPOS, *op. cit.*, p. 275.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 276-277.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 100.

Se debe añadir que la acción de nulidad goza de una legitimación general mientras que la acción pauliana es más bien restringida, puesto que sólo puede ejercerse por el acreedor que sufre el perjuicio⁵¹.

No obstante, es compatible ejercitar las dos acciones a la vez. Esta compatibilidad surge porque es posible que exista un acto fraudulento, es decir, hecho en fraude de acreedores y, además, sea nulo. De esta manera, aunque el artículo 1.290 CCE sólo haga mención a los actos válidos como objeto de impugnación mediante la acción pauliana, hay que entender que también quedan incluidos los actos nulos y anulables. Por tanto, de esta interpretación se entiende que pueden ejercerse las dos acciones. Por ejemplo, en aquellos casos en que un acto sea nulo por causa ilícita⁵². Otra vez más prospera aquel medio que pueda probar el acreedor en función de las circunstancias de cada caso.

Entonces, el acreedor puede ejercitarlas de manera conjunta y subsidiaria, de modo que, si no prospera la nulidad por falta de pruebas, pero el acto es en fraude de acreedores y así queda probado, el juez podrá estimar la acción pauliana⁵³. En cambio, si prosperan las dos también entraría en juego el régimen jurídico de la nulidad.

3.3. Acción pauliana y acción de anulabilidad

Existen situaciones en las cuáles el acto fraudulento también es anulable de modo que podría ser objeto de la acción pauliana así como de la acción de anulabilidad. Sin embargo, para respetar la nota de subsidiaridad de la acción pauliana, ésta debería interponerse en segundo lugar, es decir, después de la acción de anulabilidad.

Ahora bien, para que el acreedor pueda anular un acto, primero debe ejercer la acción subrogatoria que le otorga el artículo 1.111 CCE A pesar de esta extensión de legitimación, la acción de anulabilidad no está pensada realmente para proteger al acreedor que sufre un perjuicio, sino más bien para proteger a los menores, al incapaz, al que sufre vicios de consentimiento o al cónyuge que no presta su consentimiento.

⁵¹ J. A. FERNÁNDEZ CAMPOS, *op. cit.*, p. 281.

⁵² La causa ilícita es cuando las dos partes que intervienen en el acto tienen el propósito de dañar a una tercera persona, de manera que la enajenación sería fraudulenta.

⁵³ J. A. FERNÁNDEZ CAMPOS, *op. cit.*, p. 103-104.

3.4. Acción pauliana y acción subrogatoria

En el apartado anterior, se ha hecho mención a la acción subrogatoria recogida en el artículo 1.111 CCE, es decir, el mismo en que se encuentra la acción pauliana. Por ello, también se debe analizar la relación que existe entre estas dos acciones al estar situadas en el mismo precepto legal.

La acción subrogatoria implica que el acreedor ejercite los derechos y las acciones que son de titularidad del deudor, pero sobre bienes que aún están en su patrimonio. Por tanto, ésta acción aparece cuando el deudor todavía es solvente. Además, en la acción subrogatoria el acreedor debe haber perseguido todos los bienes que son del deudor, pero en la acción pauliana, además, tiene que haber acudido a todos los otros medios y remedios existentes de cobro. En consecuencia, se entiende que la acción subrogatoria se ejercitará antes que la acción pauliana⁵⁴.

3.5. Acción pauliana y acción rescisoria

La acción pauliana se encuentra enmarcada dentro de nuestro Código Civil junto con las demás causas de rescisión de los contratos y esto permite entender que pueda tener sólo una ineficacia parcial⁵⁵. Ahora bien, dentro de las causas de rescisión se encuentran causas de distinta naturaleza, pero en las cuales se produce una lesión o un perjuicio. Por tanto, el hecho de que la acción pauliana se encuentre recogida en este capítulo permite mostrar más aún que no se trata de una acción de nulidad. Sin embargo, tampoco tiene los mismos efectos, presupuestos y naturaleza que la rescisión de contratos⁵⁶.

Por tanto, aunque se regula como una acción rescisoria se distingue de ella porque es ejercitada por quien no es parte en el acto que es impugnado, sino por un tercero que es el acreedor perjudicado, frente al cuál se produce la ineficacia del acto⁵⁷. Además, no se produce la restitución recíproca entre el acreedor y el tercero adquirente de la cual trata el artículo 1.295 CCE.

⁵⁴ J. A. FERNÁNDEZ CAMPOS, *op. cit.*, p. 125.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 286.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 288.

⁵⁷ F. RIVERO HERNÁNDEZ, *loc. cit.* en FORNER DELAYGUA, J. J. (ed.), *op. cit.* p. 49.

3.6. Acción pauliana y acción de reclamación de indemnización por daños y perjuicios

Otra fórmula más abandonada es la de la acción pauliana ejercitada con la intención de obtener una indemnización por daños y perjuicios, es decir, como una acción para reparar el perjuicio⁵⁸. Aunque es cierto que se pretende reparar el daño causado, no se usa la indemnización para ello porque lo que se pretende es restablecer la situación anterior del deudor.

Por tanto, no es una acción indemnizatoria como tal, a pesar de que el artículo 1.298 CCE recoja la posibilidad de percibir una indemnización. La previsión del citado artículo es sólo para las situaciones en las cuales hay una imposibilidad de devolver los bienes.

3.7. Acción pauliana y acción de inoponibilidad

Tampoco puede considerarse que la acción pauliana sea lo mismo que la inoponibilidad por varias razones. La acción pauliana requiere un procedimiento judicial y que exista un perjuicio concreto para el acreedor, mientras que la inoponibilidad es más bien una facultad automática basada en un perjuicio abstracto y potencial que tiene como efecto considerar que la transmisión nunca se ha producido⁵⁹. Y, además, en la acción pauliana este perjuicio se encuentra en último lugar, porque sólo puede ejercitarse la acción cuando no exista ningún otro medio.

En el ámbito de la inoponibilidad se debe mencionar el artículo 531-14 del Código Civil de Cataluña (CCC): *“No perjudican a los acreedores de los donantes las donaciones que estos otorguen después de la fecha del hecho o del acto del que nazca el crédito si faltan otros recursos para cobrarlo.”* Este precepto recoge la inoponibilidad de las donaciones y actos que se realicen en fraude de acreedores. Además, el artículo 461-7 CCC: *“1. La repudiación de la herencia en perjuicio de los acreedores del heredero llamado no puede oponerse a estos, que pueden cobrar los créditos de fecha anterior a la repudiación sobre los bienes de la herencia o sobre la cuota de herencia repudiada si faltan otros recursos para cobrarlos. 2. El derecho de los acreedores caduca al cabo de un año de la repudiación”*, prevé que la repudiación a la herencia en perjuicio de los acreedores sea

⁵⁸ F. De CASTRO BRAVO, *loc. cit.*, p. 153-154.

⁵⁹ J. A. FERNÁNDEZ CAMPOS, *op. cit.*, p. 284-285.

inoponible a ellos para permitirles cobrar. Por tanto, aunque los dos artículos mencionados se encuentren en sede de donaciones y de sucesiones, respectivamente, su previsión pretende proteger el interés del acreedor, como la acción pauliana.

3.8. Acción pauliana

Una vez delimitada la acción pauliana de todas las figuras afines, cabe señalar que, según se desprende del artículo 1.111 CCE es que esta figura se define como una impugnación que permite al acreedor defender su derecho de crédito, perjudicado por un acto realizado por el deudor, declarando la ineficacia de los efectos que sean perjudiciales. Este perjuicio es el eje de la acción pauliana porque el acto del deudor sólo será ineficaz en la medida del perjuicio concreto. Por tanto, es un presupuesto determinante para que prospere la acción.

La mayoría de la doctrina española considera que su naturaleza es de carácter personal dado que es un efecto del derecho de crédito que tiene el acreedor, como medida protectora, a diferencia de la acción real que deriva de un derecho real siendo su medio de defensa⁶⁰. Ahora bien, no es una acción personalísima, puede transmitirse *mortis causa*, pero no *inter vivos*⁶¹.

Sin embargo, no se trata de una impugnación automática, sino que se exige una actuación por parte del acreedor. En esta línea la doctrina, como ORDUÑA MORENO y, postura que compartimos, considera que la sentencia que declara la ineficacia del acto impugnado es de naturaleza constitutiva porque creará el estado jurídico de ineficacia del acto que hasta ese momento era eficaz⁶².

4. Elementos definitorios

De la jurisprudencia se desprende, como ya se ha anticipado, que la acción pauliana está conformada por dos elementos. Por un lado, el *eventus damnis* como elemento objetivo, y por otro lado, el *consilium fraudis* como elemento subjetivo. La concurrencia de estos

⁶⁰ F. JORDANO FRAGA, *La acción revocatoria o pauliana. Algunos aspectos esenciales de su régimen en el derecho vigente*, Comares. Granada, 2001, p. 30-31.

⁶¹ F. RIVERO HERNÁNDEZ, *loc. cit.* en J. J. FORNER DELAYGUA, (ed.), *op. cit.* p. 48.

⁶² F. J. ORDUÑA MORENO, *La acción rescisoria por fraude de acreedores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Análisis de su concepto y de los presupuestos y requisitos para el ejercicio de la acción*, Bosch, Barcelona, 1992, p.129.

elementos es exigida por los tribunales para que prospere la acción pauliana. Del mismo modo, que debe cumplirse con el carácter subsidiaria de esta acción.

4.1. Necesidad del elemento objetivo: perjuicio e insolvencia

El perjuicio, al que se refiere el elemento *eventus damnis*, aunque no se encuentra recogido como requisito en la ley, se desprende de la interpretación conjunta de los artículos 1.111 y 1.291.3º CCE⁶³. Del mismo modo que lo recoge la jurisprudencia como el elemento objetivo de la acción. Nos encontramos con un acreedor con imposibilidad para cobrar un crédito, en consecuencia, se le produce un daño, porque su deudor no tiene bienes para poder pagarle ni tiene ningún otro medio. DE CASTRO defiende que este perjuicio o el *eventus damnis* consiste en la imposibilidad que sufre el acreedor de ver satisfecho de su crédito⁶⁴.

Ahora bien, es importante indicar que para ejercer la acción pauliana es necesaria la existencia de un crédito a favor del acreedor con anterioridad al acto. No obstante, respecto a la anterioridad del crédito, sí bien es cierto que se trata de un requisito que se desprende de los fundamentos de la acción y se ha venido aplicando rigurosamente, cabe decir que con el tiempo se ha ido flexibilizando este requisito permitiendo que se puedan impugnar actos que se han realizado antes del crédito. Será necesario que se demuestre que, aunque no hubiera nacido el crédito, éste era seguro que iba a existir, y a su vez, probar la intención defraudatoria. Así lo apunta la STS de 18 de junio de 2014: «La acción pauliana puede alcanzar éxito cuando el crédito todavía no ha nacido al ser ejecutado el acto patrimonial rescindible, para ello es necesaria la cumplida prueba de ánimo fraudulento del deudor»⁶⁵. O también la STS de 25 de junio de 2010: «La existencia de un crédito contra el dueño del bien enajenado anterior al acto rescindible, sin embargo ello ha de entenderse en términos generales, toda vez que no es necesario que sea exigible, ni que esté reconocido por el deudor, e incluso no se excluye la posibilidad de un crédito futuro en el caso de próxima y segura»⁶⁶. De modo que esta ampliación supone una excepción a la regla general de la anterioridad del crédito.

⁶³ J. A. FERNÁNDEZ CAMPOS, *op. cit.*, p. 25.

⁶⁴ F. DE CASTRO BRAVO, *loc. cit.*, p. 167.

⁶⁵ STS de 18 de junio de 2014/ROJ: 2943/2014

⁶⁶ STS de 25 de junio de 2010/ROJ 3284/2010

Además, este crédito debe basarse en una deuda auténtica, es decir, que cumpla con las condiciones de validez⁶⁷. Por tanto, debe existir una relación de crédito-deuda entre el acreedor y el deudor para que pueda aparecer el perjuicio⁶⁸.

Tradicionalmente, desde el interdicto fraudatorio, este daño o perjuicio se ha relacionado con la insolvencia patrimonial que no permitía satisfacer el crédito, entendida esta insolvencia de carácter absoluto. Sin embargo, con el tiempo se ha ido matizando esta concepción, es decir, hacia una insolvencia relativa. La evolución hacia la insolvencia relativa implica que sí que pueden existir otros bienes, pero cuya ejecución es difícil, como los bienes que se encuentran en el extranjero⁶⁹ o bien, de imposible ejecución para el acreedor como aquellos que carecen de valor económico o no pueden ser embargados⁷⁰. Por tanto, se debe proceder a determinar qué se entiende por insolvencia patrimonial porque no es simplemente la situación de que el pasivo sea mayor que el activo.

En primer lugar, el patrimonio del deudor debe valorarse en función del importe del crédito del acreedor que ejercita individualmente la acción pauliana. Hay que entender que se parte de la lesión producida al acreedor por la alteración del patrimonio del deudor que impide satisfacer el crédito. Por tanto, como en la acción pauliana el acreedor goza de legitimación individual, se debe atender al crédito individual de ese acreedor que ejercita la acción.

En segundo lugar, se debe atender al valor ejecutivo de los bienes que son embargables porque no todos los bienes del patrimonio del deudor pueden ser ejecutados para cobrar el crédito. Aunque el artículo 1.911 CCE establezca que el deudor responde con todos sus bienes, esto debe ser matizado, quitando aquellos bienes que son intransmisibles a terceros. Tampoco podrá responder con aquellos bienes que estén sujetos a una limitación o prohibición de ser embargados ni con los actos de disposición referidos a un elemento que es inembargable⁷¹. FERNÁNDEZ CAMPOS considera que los bienes que no puede disponer el deudor, podrán embargarse en función de cual sea la prohibición establecida,

⁶⁷ F. DE CASTRO BRAVO, *loc. cit.*, p. 161-162.

⁶⁸ F. RIVERO HERNÁNDEZ, *loc. cit.* en J. J. FORNER DELAYGUA, (ed.), *op. cit.*, p. 52.

⁶⁹ En el caso de los bienes que se encuentran en el extranjero, estos se consideran de difícil ejecución porque se debe atender a los distintos tratados bilaterales y multilaterales existentes para la ejecución de sentencias. Por tanto, se deberá ponderar estos tratados y valorar si facilitan la posibilidad de cobro del acreedor. Posturas parecidas se defienden en la doctrina italiana y la doctrina francesa.

⁷⁰ Son bienes, que, aunque están en el patrimonio, no están dentro de la garantía patrimonial que sirve para hacer frente al crédito.

⁷¹ F. J. ORDUÑA MORENO, *op. cit.*, p.159.

porque en el caso de que sea para satisfacer el crédito de un acreedor no debería denegarse el embargo⁷².

En resumen, la insolvencia en la acción pauliana debe entenderse como aquella ausencia de bienes ejecutables en el patrimonio del deudor, teniendo en cuenta la cuantía del crédito del acreedor que ejercita la acción y valorando los bienes *in executivis*, es decir, atendiendo al previsible valor ejecutivo de los bienes embargables⁷³. Por tanto, se deberá probar la insolvencia relativa del deudor, es decir, que no hay suficiente garantía patrimonial como para hacer frente al crédito. Aunque la persecución previa por parte del acreedor deberá ser considerada como un medio de prueba ordinario de la insuficiencia patrimonial o insolvencia relativa del *eventus damnis*, dejando espacio para más pruebas⁷⁴. Sin embargo, cabe un reparto de la carga de la prueba entre deudor y acreedor respecte esta insuficiencia patrimonial porque el deudor deberá probar la existencia o no de bienes embargables.

Respecto el perjuicio también cabe señalar que éste debe tener una relación de causalidad con el acto impugnado de modo que el daño que sufre el acreedor debe ser una consecuencia o un efecto del acto que ha realizado el deudor y que pretende impugnar⁷⁵. O dicho de otra manera, que la imposibilidad de satisfacción del acreedor sea consecuencia directa e imputable al acto del deudor que se impugna⁷⁶. Esta relación es posible si aparece un nuevo elemento autónomo, es decir, un nexo causal entre daño y resultado. Aunque no toda la doctrina considera que exista autonomía, FERNÁNDEZ CAMPOS quiere dar más relevancia a este nexo causal porque considera que este permitirá determinar cuál es el acto en concreto que ha causado el daño y, por tanto, debe ser impugnado para neutralizar el perjuicio que ha sufrido el acreedor⁷⁷.

Sin embargo, no debe de ser un nexo muy riguroso porque puede haber casos en los que entonces no se obtendría una perspectiva completa de la situación⁷⁸. De modo que los criterios utilizados para la determinación deberán ajustarse a la función y a la naturaleza de

⁷² J. A. FERNÁNDEZ CAMPOS, *op. cit.*, p. 39-40.

⁷³ *Ibid.*, p. 33-34.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 51-53.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 191.

⁷⁶ F. RIVERO HERNÁNDEZ, *loc. cit.*, en J. J. FORNER DELAYGUA, (ed.), *op. cit.* p. 58.

⁷⁷ J. A. FERNÁNDEZ CAMPOS, *op. cit.*, p. 192.

⁷⁸ Se trata de aquellas situaciones en las cuales el deudor se halla en una situación de insuficiencia patrimonial por varios actos, de los cuales no hay ningún que sea el determinante. Entonces, en estas situaciones sería difícil determinar cuál el acto que ha causado el perjuicio si los criterios del nexo causal que debe existir son muy estrictos.

la acción pauliana⁷⁹. Así mismo no es necesario un nexo causal con una estricta inmediatez temporal entre acto y perjuicio porque lo relevante es que el acto impugnado sea el determinante y el que ha causado el daño⁸⁰.

4.2. Actos que provocan el daño. Elemento subjetivo

Como se ha señalado, este perjuicio se ha causado mediante un acto, objeto de impugnación en la acción pauliana. Respecto al acto, a pesar de que los distintos artículos que versan sobre esta acción no utilizan los mismos términos, se debe entender que la acción pauliana está pensada para impugnar toda clase de actos jurídicos⁸¹. Así mismo, se considera que son actos de disposición⁸², entendido este término en sentido amplio, es decir, no sólo aquellos actos traslativos como enajenaciones, sino que también debe comprender otros como las renunciaciones, la asunción de obligaciones, la constitución de derechos reales sobre bienes propios en favor de terceros.

Además, ya sean actos a título gratuito como a título oneroso, aunque teniendo en cuenta que los requisitos para la impugnación no son los mismos porque en el caso de los actos gratuitos no se exige que se haya realizado con fraude, es decir, se prescinde de este elemento subjetivo⁸³. Por tanto, es muy importante clasificar correctamente el acto como oneroso o como gratuito porque varían los presupuestos.

Este elemento subjetivo ya mencionado y conocido como *consilium fraudis* sólo estará presente en los actos a título oneroso porque el término *consilium* significa acuerdo. Ahora bien, de acuerdo con la STS de 19 de noviembre de 2007⁸⁴, debe entenderse de una forma amplia como «conciencia en el deudor del empobrecimiento real o fingido que causa al acreedor», de modo que el deudor haya conocido o pueda conocer la eventualidad del perjuicio. Sin embargo, al referirse a acuerdo, se requiere la complicidad o el conocimiento del tercero con quien se contrata, aunque bastará con la conciencia de causar un daño o perjuicio. Esta conciencia es el elemento conocido como *scientia fraudis*, concepción

⁷⁹ J. A. FERNÁNDEZ CAMPOS, *op. cit.*, p. 195.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 213.

⁸¹ *Ibid.*, p. 160.

⁸² Este término es utilizado en el artículo 2.091 del Código italiano.

⁸³ J. A. FERNÁNDEZ CAMPOS, *op. cit.*, p. 186.

⁸⁴ STS 19 de noviembre de 2007/ROJ: 8198/2007

objetiva⁸⁵. Por tanto, como ya se apuntaba anteriormente es clara la objetivación y flexibilización que ha ido sufriendo este elemento a lo largo del tiempo.

Ahora bien, este elemento también debe probarse, aunque no siempre resulta fácil puesto que es un elemento subjetivo y no siempre se pueden apreciar con claridad las intenciones. Es por esto que se admiten pruebas a base de presunciones y, por eso, se recogen dos presunciones legales en el artículo 1.297 CCE.

La primera de estas presunciones hace referencia a los actos de título gratuito, estableciendo que: “*Se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito*”. Aunque en un principio se consideró que se trata de una presunción *iuris tantum*, la doctrina y jurisprudencia mantiene que se trata de una presunción *iuris et de iure*. De modo, que si el acto es gratuito se presume el fraude⁸⁶.

La segunda presunción: “*También se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso, hechas por aquellas personas contra las cuales se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes*”, hace referencia a las enajenaciones a título oneroso. Al ser una presunción *iuris tantum*, admite prueba en contra, que en este caso será el deudor quien tendrá la carga de la prueba para demostrar que esa enajenación no ha sido fraudulenta.

Ahora bien, la STS de 12 de marzo de 2004 establece que «la existencia de fraude no está limitada a los casos de presunción que establece el art. 1.297 CC si no que pueden apreciarse medios y modos distintos de los que el precepto señala según resulte de la prueba que se practique»⁸⁷. Dicha sentencia se basaba en una compraventa que de acuerdo con las pruebas practicadas no estaba realizada en fraude de acreedores.

⁸⁵ Antiguamente, siguiendo las Partidas, se seguía una concepción más subjetiva, conocida como *animus nocendi*, que consideraba que el fraude sí implicaba una intención de dañar el acreedor. Esta intencionalidad fraudulenta que se exigía era sumamente difícil de acreditar de modo que se fue rechazando.

⁸⁶ STS 12 de julio de 2011 (F. Jco. 2º) /ROJ: 5090/2011

⁸⁷ STS 12 de marzo de 2004/ROJ: 706/2004

4.3. Subsidiariedad de la acción

La acción pauliana se configura como un remedio último, es decir, de la regulación establecida en los artículos 1.111 y 1.291 3º CCE se desprende que se trata de una acción de carácter subsidiario.

Por tanto, en nuestro Ordenamiento jurídico, la acción pauliana aparece como un remedio cuando ya se han perseguido todos los bienes y no ha sido posible reparar el perjuicio. Sin embargo, no debe confundirse con una situación de insolvencia absoluta, si no se trata más bien de la imposibilidad de realización del crédito.

FERNÁNDEZ CAMPOS, considera que la subsidiariedad constituye una nota consustancial a la configuración de la acción pauliana porque se trata de un remedio excepcional mediante el cual los acreedores pueden impugnar los actos realizados por el deudor que perjudican sus legítimas expectativas de realización de su crédito⁸⁸.

Ahora bien, ésta subsidiariedad no se configura como un requisito o elemento autónomo, sino que más bien ayuda a perfilar el contenido del *eventus damnis*, es decir, a constatar la insuficiencia patrimonial y que no exista ningún otro modo para cobrar. Es por eso que no puede ser objeto de impugnación cualquier acto si no existe la subsidiariedad. Esta situación se puede dar cuando el deudor enajena un bien por un precio inferior al de valor. Entonces, podría ser que el importe del crédito sea superior al que ha ingresado el deudor, pero a pesar de ésta insuficiencia patrimonial, existen otros codeudores solidarios que sí son solventes. Por tanto, en este caso no se podría interponer la acción pauliana.

Alguna parte de la doctrina, como ORDUÑA MORENO, defienden una flexibilización del concepto de la subsidiaridad para dar cobertura a más supuestos atendiendo también a la situación de indefensión en la que se encuentra el acreedor cuando se produce tal perjuicio⁸⁹. En consecuencia, la STS de 7 de septiembre de 2012 apunta que «la nota de subsidiariedad no responde a una previa y rígida ordenación de los diferentes medios o acciones que, en abstracto, el acreedor deba interponer antes del ejercicio de la acción rescisoria sino, más bien, a que el acreedor deba acreditar su situación de indefensión o de riesgo patrimonial en la que se encuentra al tiempo de producirse el acto rescindible o fraudulento». Además, se permite acreditar la insolvencia del deudor en el mismo proceso

⁸⁸ J. A. FERNÁNDEZ CAMPOS, *op. cit.*, p. 80.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 86.

en que se solicita la rescisión de un acto, de modo que no es necesario probarlo. en un juicio previo⁹⁰.

Esta flexibilización también se persigue por los jueces que consideran suficiente la acreditación de una significativa disminución de la garantía patrimonial del deudor. Por tanto, se exige que la disminución impida o dificulte la satisfacción del crédito, pero no una carencia absoluta de bienes. Además, tampoco es necesario que el acreedor tenga un título ejecutivo, sino que se debe haber ejercitado las otras acciones posibles, y que no hayan prosperado⁹¹.

Por tanto, la subsidiariedad se configura no sólo con la situación patrimonial en la que se encuentra el deudor, sino también con las posibilidades efectivas de que dispone el acreedor para cobrar el crédito porque deberá ejercer antes todas las demás acciones a su alcance.

5. Caducidad de la acción

La acción pauliana se puede interponer en un plazo de cuatro años a partir del momento en el cual se concluye el acto fraudulento, produciendo así una certeza jurídica⁹². Este plazo se encuentra establecido en el artículo 1.299 CCE: *“La acción para pedir la rescisión dura cuatro años. Para las personas sujetas a tutela y para los ausentes, los cuatro años no empezarán hasta que haya cesado la incapacidad de los primeros, o sea conocido el domicilio de los segundos”*.⁹³ Este mismo plazo se desprende del artículo 37 de la Ley Hipotecaria⁹⁴, de modo que se puede apreciar un intento de unificación porque anteriormente la LH establecía un plazo de un año.

Sin embargo, el primer artículo citado no hace mención al cómputo de *dies a quo* de la acción, salvo para los supuestos en que se trate de personas sujetas a tutela o ausentes. De modo que se debe acudir a la jurisprudencia para determinar el *dies a quo*, es decir, a partir de qué momento empieza el computo de cuatro años. En este sentido, el TS ha ido

⁹⁰ STS 7 de septiembre de 2012/ROJ: 7508/2012

⁹¹ STS 21 de diciembre de 2016 (F. Jco. 3º)/ROJ: 5526/2016

⁹² F. J. ORDUÑA MORENO, *op. cit.*, p.109-110.

⁹³ El mismo plazo se encuentra recogido en el artículo 37 de la Ley Hipotecaria, y también empezando a computar el plazo desde el día de la enajenación de carácter fraudulento.

⁹⁴ Artículo 71 LH: [...] *“En ambos casos no perjudicará a tercero la acción rescisoria que no se hubiere enablado dentro del plazo de cuatro años, contados desde el día de la enajenación fraudulenta”*.

configurando un criterio flexible y adaptándolo en cada caso concreto, pero estableciendo que el plazo empezará a correr desde el conocimiento del acto fraudulento, entendiendo que este conocimiento se produce con la inscripción en el Registro⁹⁵. Así mismo, el TS también reconoce la posibilidad de que se acredite que el acreedor conoció con anterioridad a la fecha de inscripción de «modo cabal y completo» el acto impugnado⁹⁶. Sin embargo, en los casos en que hay ocultación del acto, dicho plazo empezará a computar a partir del conocimiento del perjuicio y de la posibilidad de actuar para remediarlo⁹⁷.

Además, respecto dicho plazo de caducidad, desde hace décadas el TS ha ido discutiendo sobre si este plazo está sujeto a la institución de caducidad o bien, a la de la prescripción. En este sentido, cabe decir que hasta el año 1971 la jurisprudencia del TS sostenía que se trataba de un plazo de prescripción. Sin embargo, se cambió de postura y de acuerdo con la STS de 5 de julio de 2010, se considera que el plazo recogido por el artículo 1.299 esta sujeto a caducidad⁹⁸.

Así como, la jurisprudencia del TS ha establecido que no es susceptible de interrupción ni tampoco suspensión⁹⁹. Además, es coherente con el hecho de que el TS considera que «la caducidad no admite interrupción de ninguna clase en consonancia con la naturaleza de los derechos para cuyo ejercicio se establece que, siendo de carácter potestativo, nacen y se extinguen con el propio plazo de caducidad»¹⁰⁰. Ahora bien, respecto la suspensión la STS de 5 de julio de 2010 matiza que aunque la acción penal no produce la interrupción de la acción pauliana, sí la suspende en los casos de los delitos perseguibles de oficio. En estos supuestos, mientras subsiste la acción penal, el perjudicado no podrá formular una demanda civil teniendo en cuenta «el carácter exclusivo y excluyente que tiene la jurisdicción penal respecto de cualquier otro órgano jurisdiccional» de acuerdo con los artículos 111 y 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁹⁵ STS de 5 julio de 2010/ROJ: 5403/2010

⁹⁶ STS 16 de febrero de 1993/ROJ: 668/1993

⁹⁷ F. RIVERO HERNÁNDEZ, *loc. cit.* en J. J. FORNER DELAYGUA, (ed.), *op. cit.*, p. 63.

⁹⁸ STS de 5 julio de 2010/ROJ: 5403/2010 y STS de 6 de mayo de 2008/ROJ: 4223/2008

⁹⁹ STS de 31 de enero de 2006/ROJ: 174/2006 y STS de 10 de octubre de 2016/ROJ: 4412/2016

¹⁰⁰ STS de 5 julio de 2010/ROJ: 5403/2010

6. Legitimación

6.1. Legitimación activa

La acción pauliana es ejercitada por los acreedores porque son los titulares del derecho de crédito afectado por el acto, de acuerdo con los artículos 1.111 y 1.291 CCE. Entonces, estarán legitimados aquellos que se ven afectados por la falta de garantía patrimonial por parte del deudor. La redacción de dichos artículos está hecha en plural, sin embargo, esto no significa que deban ser varios a la vez, sino que puede ser ejercitada por uno o varios acreedores individualmente¹⁰¹. Así se deduce que se trata de una acción que precisa de una acción a instancia de parte, y no opera de oficio¹⁰².

El ejercicio individual implica que los demás acreedores no podrán beneficiarse de la acción pauliana interpuesta por otro u otros acreedores, salvo que hayan participado también en el ejercicio de la acción pauliana.

Además, para su ejercicio debe existir algún interés, sino no hay acción. Es decir, debe darse la posibilidad de que exista algún perjuicio para el acreedor a causa de ese negocio jurídico entre el deudor y con un tercero.

6.2. Legitimación pasiva

La acción pauliana debe dirigirse contra todos los sujetos que hayan sido parte del acto perjudicial que es impugnado¹⁰³. Por tanto, en los casos más frecuentes se dirigirá contra el deudor mismo y quien haya sido parte en el acto impugnado. Así como también, si se diera el caso, contra las personas que hayan adquirido las cosas enajenadas a título gratuito, o bien, los subadquirientes a título oneroso de mala fe del mismo bien inicialmente enajenado por el deudor¹⁰⁴.

De esta manera se trata de un litisconsorcio pasivo necesario desde un punto de vista técnico procesal, porque es un requisito de admisibilidad de la acción, que se presente conjuntamente contra el deudor y el tercero adquirente¹⁰⁵. Este supuesto de litisconsorcio

¹⁰¹ F. RIVERO HERNÁNDEZ, *loc. cit.* en J. J. FORNER DELAYGUA, (ed.), *op. cit.* p. 62.

¹⁰² Resolución de la Dirección General de los Registros de 30 de octubre 1943.

¹⁰³ F. JORDANO FRAGA, *op. cit.*, p. 377.

¹⁰⁴ F. RIVERO HERNÁNDEZ, *loc. cit.* en J. J. FORNER DELAYGUA, (ed.), *op. cit.* p. 63.

¹⁰⁵ F. JORDANO FRAGA, *op. cit.*, p. 378-379.

se da porque la impugnación del acto afectará a todas las partes y porque todas ellas tienen interés en oponerse a tal impugnación.

7. Efectos

Los efectos de la acción pauliana se encuentran regulados de una manera insuficiente por nuestro Ordenamiento jurídico, dado que el artículo 1.111 CCE no dice nada y los artículos del capítulo de rescisión de contratos tampoco establecen una regulación completa. Además, el artículo 1.295 CCE recoge unos efectos: *"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. Tampoco tendrá lugar la rescisión cuando las cosas, objeto del contrato, se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe. En este caso podrá reclamarse la indemnización de perjuicios al causante de la lesión"*, aunque se considera que es relativo a la rescisión por lesión¹⁰⁶. Sin embargo, hay quienes consideran que dicho artículo sí contiene la regulación de los efectos de la acción por fraude de acreedores¹⁰⁷.

Entonces, de acuerdo con la finalidad que tiene esta acción, se entiende que su eficacia es parcial y relativa. Es decir, no se pretende que el deudor tenga el mismo patrimonio que poseía antes de la realización del acto, sino más bien reducir el perjuicio sufrido por el acreedor y reducir los obstáculos que le impiden satisfacer su crédito, aunque para ello aparezca la obligación de devolver el bien.

A veces se puede ver frustrado su ejercicio porque exista un adquirente de mala fe y haya una imposibilidad de devolución de los bienes, de modo que el artículo 1.298 CCE recoge la posibilidad de que el acreedor reciba una indemnización de tal manera: *"El que hubiese adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de acreedores, deberá indemnizar a éstos de los daños y perjuicios que la enajenación les hubiese ocasionado, siempre que por cualquier causa le fuera imposible devolverlas"*.

¹⁰⁶ J. A. FERNÁNDEZ CAMPOS, *op. cit.*, p. 215.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 216.

Además, se trata de una acción de carácter personal porque se dirige contra determinadas personas, y no contra bienes¹⁰⁸. Por tanto, sus efectos afectan a las tres partes que entran en juego, es decir, al acreedor perjudicado, que es quien interpone la demanda; al deudor y al tercer adquirente, que son las personas demandadas. Además, se puede dar el caso de que el tercer adquirente haya vuelto a enajenar el bien, de modo que apareciera un subadquirente o más de uno. En este supuesto se aplicarían las mismas reglas que en la primera transmisión y se considerará válida la segunda enajenación cuando sea onerosa y el adquirente sea de buena fe¹⁰⁹.

7.1. Efectos respecto al tercero adquirente

El adquirente es quien sufre uno de los mayores efectos porque tiene un título adquisitivo que es legítimo, pero que con el ejercicio de la acción pauliana se ve atacado, llegando incluso al punto de tener que devolver el bien que adquirió. En su caso, los efectos serán *ex nunc* porque la obligación de devolver nace en el momento en que se ejercita la acción¹¹⁰.

Cuando el tercero ha actuado de mala fe, es decir, en fraude, será obligado a devolver las cosas más sus frutos y el precio con sus intereses¹¹¹. Si los bienes objeto del acto ya se hallaran en manos de terceras personas de buena fe, la acción se transformará en una indemnización. Estas previsiones se encuentran en el artículo 1.295 CCE que, aunque haga referencia a la rescisión por lesión, se aplica por analogía. También habrá indemnización en el caso de no poder proceder a la devolución, tal y como establece el artículo 1.298 CCE. En cambio, cuando haya buena fe por parte del tercero hace suyos los frutos percibidos, mientras no haya interrupción legal de la posesión, de acuerdo con la previsión del artículo 451 CCE. y siguientes¹¹².

Cuando se haya satisfecho el crédito del acreedor, el tercero mantendrá la posesión de los bienes que no han sido necesarios para el cobro, porque el acto sigue siendo válido.

¹⁰⁸ F. DE CASTRO BRAVO, *loc. cit.*, p. 178.

¹⁰⁹ F. RIVERO HERNÁNDEZ, *loc. cit.* en J. J. FORNER DELAYGUA, (ed.), *op. cit.* p. 65.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 66.

¹¹¹ F. DE CASTRO BRAVO, *loc. cit.*, p. 180.

¹¹² *Ibid.*, p. 180.

7.2. Efectos respecto al deudor

El deudor ya no tiene en su posesión los bienes que están siendo objeto de la revocación, pero la acción también se dirige contra él para declarar así la ineficacia del acto¹¹³.

Como la eficacia es relativa el acto seguirá siendo eficaz entre el deudor y el tercero adquirente, así como también *erga omnes*¹¹⁴. Por tanto, el deudor no va a reincorporar el bien objeto del acto a su patrimonio.

7.3. Efectos respecto al acreedor

La acción pauliana se puede ejercer individualmente por los acreedores, de modo que no es necesaria una actuación conjunta. Además, en el caso de un acreedor, de manera individual, ejercite la acción pauliana, sólo le beneficiará a él, salvo que los demás hayan participado en el proceso.

Si la acción prospera, quedando probado el carácter fraudulento del acto y el conocimiento por parte del adquirente, se restablecerá la situación anterior a la realización de dicho acto. De esto modo, el acreedor podrá satisfacer su crédito que hasta el momento se había visto frustrado.

Los efectos respecto el acreedor serán *ex tunc* porque el acto se declara ineficaz desde el momento de su nacimiento¹¹⁵. La STS de 25 de enero del 2000 también hace mención a que tiene efectos retroactivos, *ex tunc*¹¹⁶.

¹¹³ F. DE CASTRO BRAVO, *loc. cit.*, p. 182.

¹¹⁴ A. CRISTÓBAL MONTES, *La vía pauliana*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 186

¹¹⁵ F. RIVERO HERNÁNDEZ, *loc. cit.* en FORNER DELAYGUA, J. J. (ed.): *op. cit.* p. 66.

¹¹⁶ STS de 25 de enero de 2000 (F. Jco. 3º) /ROJ: 389/2000

III. La acción pauliana en Derecho internacional privado

Siguiendo el planteamiento de la introducción y teniendo presente el asunto Feniks c. Azteca es preciso abordar el funcionamiento del Derecho internacional privado. Este asunto versa sobre una acción pauliana ejercitada ante los tribunales polacos, siendo también polacos -y domiciliados en Polonia- el deudor y el acreedor del contrato principal, mientras que el tercero con el que, a su vez, ha contratado el deudor, es una empresa española con domicilio en España. En consecuencia, como la relación va más allá de los límites internos polacos, se plantea un conflicto de competencia y un conflicto de leyes. Aunque hay un problema de calificación que deberá resolverse previamente.

1. Planteamiento del problema: calificación

Una vez estudiada la acción pauliana desde la perspectiva del derecho sustantivo, cabe analizarla, ahora, desde una perspectiva de derecho internacional dado que una relación jurídica puede darse a nivel interno, pero también a nivel internacional. En este segundo nivel es cuando aparece en la misma elemento de extranjería. El elemento de extranjería es lo que hace que una situación pase de ser interna a internacional, porque en ella se ven implicados dos o más Estados, de modo que es el Derecho internacional privado el que debe intervenir para ofrecer una mejor respuesta a la cuestión¹¹⁷.

Por tanto, como regla general, apelará a la intervención de Derecho internacional privado una relación privada que tenga un elemento extranjero sea cual sea su relevancia. Además, este elemento puede derivar de elementos internos de la relación jurídica, o bien, de externos. Respecto, los internos éstos pueden ser de tres clases distintas: de naturaleza subjetiva, es decir, personales, como la nacionalidad, el domicilio o la residencia habitual; de carácter material que se relaciona con el objeto de la situación; o territorial como el lugar de situación de los bienes, lugar de ejecución del acto, lugar de otorgamiento del acto o lugar de comisión del delito¹¹⁸.

¹¹⁷ A. RODRÍGUEZ BENOT (dir.), *Manual de Derecho internacional privado*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 2018, p. 23-24.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 23-24.

Entonces, cuando en una relación aparece un elemento de extranjería puede plantearse tres tipos de problemas que se corresponden con tres sectores distintos¹¹⁹. En un primer lugar, la competencia judicial internacional (conflicto de jurisdicciones), es decir, debe determinarse a qué órgano le corresponde la competencia judicial para enjuiciar dicho caso, en qué condiciones y bajo qué principios tiene competencia para conocer y solucionar el litigio¹²⁰. Seguidamente, las normas de conflicto, esto significa determinar qué ley deberá ser aplicada por el tribunal competente en el caso en concreto porque al concurrir un elemento de extranjería aparecen en juego las leyes de más de un país y se debe identificar el Derecho a partir de cual se va a resolver el fondo de la cuestión. Y finalmente, el reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras que implica analizar la eficacia extraterritorial de las resoluciones judiciales dictadas que tengan carácter transfronterizo.

En los siguientes apartados, se procederá al estudio de la competencia judicial internacional y la ley aplicable en el caso de que exista un elemento de extranjería y se deba ejercitar la acción pauliana y ver, así, cómo se relacionan los distintos Ordenamientos jurídicos que convergen en la relación jurídica. Por tanto, se deja al margen de este estudio el sector del reconocimiento y ejecución de las resoluciones extranjeras, ya que, a nuestro conocimiento, no hay constancia de ningún caso real al respecto.

Como se ha visto anteriormente, la acción pauliana no se encuentra regulada de la misma manera por todos los países europeos, sino que a medida que han ido evolucionando las leyes nacionales, han aparecido diferencias en cuanto a su configuración¹²¹. Esta falta de unificación también se ha visto reflejada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹²² (TJUE) porque no siempre ha ubicado la acción pauliana dentro de la misma categoría. Por tanto, antes de analizar la competencia judicial y la ley aplicable, debemos abordar el problema de su calificación, porque los sistemas jurídicos europeos atribuyen distinta naturaleza a dicha acción.

¹¹⁹ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, 4ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 36.

¹²⁰ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, 9ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2016

¹²¹ B. S. JIMÉNEZ GÓMEZ, *loc. cit.*, p. 792.

¹²² Se usará indistintamente la denominación Tribunal de Justicia y Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

1.1. Qué es la calificación

La calificación consiste en subsumir una situación jurídica internacional dentro del concepto que integra el supuesto de hecho de una norma reguladora¹²³. Si distinguimos entre sentido amplio y estricto, se puede decir que calificar, en sentido amplio, es un proceso para identificar la norma de conflicto aplicable en el caso. Y, en sentido estricto, es atribuir un significado jurídico a los hechos y normas en las cuales se basa la pretensión.

Ahora bien, no siempre resulta sencillo calificar porque los distintos sistemas jurídicos pueden atribuir distinta naturaleza jurídica a una misma relación o situación jurídica; o bien, porque la pretensión de las partes está basada en una institución desconocida o conocida de manera distinta por el derecho del foro; o cuando la figura de derecho material tiene más de una categoría.

Esta calificación puede realizarse *ex lex fori*, *ex lex causae* o de forma autónoma. La primera es de acuerdo con la ley del Estado ante cuyos tribunales tendrá lugar el litigio mientras que la segunda se hace con arreglo a la ley designada aplicable por la norma de conflicto del Estado cuyos tribunales conocen del asunto¹²⁴. La tercera opción supone que se interpretara la norma de conflicto en función de las necesidades del tráfico privado internacional.

En el Código Civil Español, el artículo 12.1 hace mención a la calificación estableciendo que: “1. La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española”. Dicho artículo recoge un proceso que viene a identificar cuál es el derecho aplicable ante una situación en concreto y, de él, se desprende que cuando los órganos jurisdiccionales españoles conozcan de un asunto, será la ley española la que determinará la naturaleza jurídica de la institución o situación en cuestión¹²⁵. Por tanto, señala que debe calificarse de acuerdo con el Derecho español para determinar la

¹²³ A. RODRÍGUEZ BENOT (dir.), *op. cit.*, p. 144.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 144.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 146.

norma de conflicto española aplicable que puede remitirnos a nuestro Ordenamiento jurídico material, o bien, al de otro Estado¹²⁶.

1.2. La calificación en Derecho internacional privado comunitario

En un principio, el problema de la calificación aparecía en el momento en el que intervenían las normas de conflicto. Sin embargo, en DIPr comunitario se ha ido anticipando esta calificación al momento de determinar las reglas de competencia judicial. Incluso, en algunos supuestos, aún se ha anticipado más llegando al momento de decidir el ámbito de aplicación material de los reglamentos comunitarios. En la acción pauliana, como se analizará posteriormente, se ha anticipado el proceso de calificación al momento de la competencia judicial e incluso al de fijar el ámbito de aplicación de los reglamentos comunitarios, porque no habiendo duda que estamos ante una cuestión de derecho patrimonial, la quiebra ha venido gozando desde el año 2000 de su propio Reglamento (primero, el nº 1346/2000 y, luego el nº 2015/848), que incluye en su ámbito de aplicación la acción pauliana concursal. Además, hay que tener presente que la quiebra es una de las materias excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento nº. 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, el cual se analizará en el conflicto de jurisdicciones. En consecuencia, dependiendo de la calificación, la acción pauliana basada en puro Derecho patrimonial o en Derecho concursal podrá hallar encaje en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I o del Reglamento de Insolvencia. De modo, que el problema de la calificación en asuntos de este tipo ya surge en el momento de dilucidar la naturaleza de la cuestión controvertida al objeto de incluirla en un instrumento europeo u otro.

Respecto de la quiebra, el asunto Gourdain (C-133/78) ya apuntaba que, para que un asunto de esta clase quedase excluido del Convenio de Bruselas, de 1968, relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debía ser «consecuencia directa de la quiebra» y se además se mantuviese «estrictamente dentro del marco de un procedimiento de liquidación de bienes o de suspensión de

¹²⁶ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Artículo 12, apartado 1», en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. I, vol. 2º, *Artículos 8 a 16 del Código civil*, 2ª ed., Madrid, Edersa, 1995, p. 849.

pagos»¹²⁷. De este modo, la decisión se basa en un doble criterio, es decir, tanto desde una perspectiva sustantiva como desde una perspectiva procesal. En otras palabras, la acción debe estar fundamentada en la normativa concursal y estar vinculada estrechamente con el procedimiento de insolvencia¹²⁸. Sin embargo, en la práctica se atiende más a la vertiente sustantiva, de modo que se profundiza más en el fundamento jurídico de la demanda y se «procede a dilucidar si la fuente del derecho o de la obligación que sirve de base a la demanda son las normas generales del Derecho civil y mercantil o normas especiales, propias de los procedimientos de insolvencia»¹²⁹¹³⁰. En otros asuntos, como Seagon (C-339/07)¹³¹ o el ya mencionado Gourdain¹³², también se ha tenido más en cuenta el plano sustantivo que el procesal¹³³.

Además, es relevante saber quién está legitimado para ejercer una acción porque ayuda a dilucidar si se deberá aplicar el Reglamento de procedimientos de insolvencia o no. Respecto a ello se pronuncia el asunto NK (C-535/17) en el cual el TJ apunta que, aunque en un procedimiento la acción sea ejercitada por un síndico, si la misma también puede ser ejercitada por el propio acreedor y es independiente de la apertura de un procedimiento concursal, entonces dicha acción «no podrá considerarse como consecuencia directa e indisociable de tal procedimiento»¹³⁴.

Actualmente, el Reglamento nº 1346/2000 ha sido sustituido por el nº 2015/848, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia que es aplicable a los procedimientos de insolvencia abiertos después del 26 de junio de 2017. De modo que los actos que el deudor haya celebrado antes de esta esa fecha seguirán sujetos a la ley aplicable en el

¹²⁷ Sentencia TJ de 22 de febrero de 1979, C-133/78, Gourdain c. Franz Nadler, ap. 4.

¹²⁸ A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Nota a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 1ª), de 19 de abril de 2012”, *Revista Española Derecho Internacional*, 64 (2012-2), p. 227.

¹²⁹ Sentencia TJUE de 4 de septiembre de 2014, C-157/13, Nickel & Goeldner Spedition GmbH c. «Kintra» UAB, ap. 27.

¹³⁰ Este argumento también se encuentra recogido en sentencias posteriores como la Sentencia TJUE de 9 de noviembre de 2017, C-641/16, Tünkers France y Tünkers Maschinenbau GmbH c. Expert France, ap. 22 y Sentencia TJUE de 20 de diciembre de 2017, C-649/16, Peter Valach y otros c. Waldviertler Sparkasse Bank AG y otros, ap. 29.

¹³¹ Sentencia TJUE de 12 de febrero de 2009, C-339/07, Christopher Seagon c. Deko Marty Belgium NV, ap. 16.

¹³² Gourdain, ap. 4-6.

¹³³ J. M. FONTANELLAS MORELL, “Nota a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 1ª), de 4 de septiembre de 2014, asunto C-157/13, Nickel & Goeldner Spedition GmbH c. «Kintra» UAB”, *Revista Española Derecho Internacional*, 67 (2012-1), p. 246.

¹³³ Sentencia TJUE de 4 de septiembre de 2014, C-157/13, Nickel & Goeldner Spedition GmbH c. «Kintra» UAB, ap. 27.

¹³⁴ Sentencia TJUE de 6 de febrero de 2019, C-535/17, NK c. BNP Paribas Fortis NV, aps. 35-36.

momento de su celebración¹³⁵. Este Reglamento supone un avance con respecto al criterio de doble atribución mencionado anteriormente porque en el nuevo instrumento se aborda este tema en el apartado 1 del artículo 6: “*Los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se haya abierto un procedimiento de insolvencia en aplicación del artículo 3 serán competentes para cualquier acción que se derive directamente del procedimiento de insolvencia y guarde una estrecha vinculación con este, como las acciones revocatorias*”, de modo que lo que ya se sostenía por el TJ, ahora queda plasmado en dicho artículo.

Volviendo al proceso de calificación, que también ha sufrido alteraciones, está dividido en la práctica en tres fases¹³⁶. Una primera fase de delimitación del supuesto de hecho de la disposición que debe efectuarse «de modo uniforme y por interpretación autónoma», sobre la base del sentido y fin del texto. La segunda es el análisis de los atributos de la institución en cuestión, que debe realizarse «a la luz de los hechos y de un Derecho nacional determinado». Finalmente, se encuentra una tercera fase de ponderación de si los atributos se subsumen con el supuesto de hecho de la norma y si procede la aplicación o no de ésta, que debe llevarse a cabo «de modo paralelo a la primera fase, es decir, de modo uniforme y, salvo excepción, por interpretación autónoma». En conclusión, los criterios para determinar si la institución de Derecho nacional se corresponde o no al supuesto de hecho de la norma europea, se toman de la propia norma europea, pero no del derecho nacional¹³⁷.

2. Conflicto de jurisdicciones

El primer problema a resolver es el de la competencia judicial internacional que nos ha de permitir identificar qué órgano jurisdiccional debe conocer de la cuestión. Para llevar a cabo esta tarea, existen diversos Reglamentos elaborados por la Unión Europea en el terreno de la cooperación judicial civil, el más importante de los cuales es sin duda alguna el Reglamento nº. 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y

¹³⁵ Artículo 84 del Reglamento 2015/848.

¹³⁶ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, p. 79-80.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 80.

mercantil, conocido como Bruselas I bis (en adelante, RBib)¹³⁸. También existen una serie de convenios que regulan materias específicas, pero ninguno trata en concreto la acción pauliana. De modo que, como ésta acción se encuentra dentro de la materia civil y mercantil, nos centraremos en el Reglamento citado.

Sin embargo, se deben delimitar los cuatro ámbitos de aplicación del RBib. En primer lugar, el *ámbito material* se halla regulado en el artículo 1 del mismo Reglamento formulado en términos positivos y negativos, aunque en términos generales se aplica en el ámbito del «Derecho privado patrimonial, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional»¹³⁹. Al referirse a materia civil y mercantil, queda fuera de su ámbito el derecho público, y se excluyen las materias fiscal, aduanera, administrativa¹⁴⁰. El mismo apartado también se excluye los litigios entre una autoridad pública y una persona de Derecho privado, siempre que la autoridad pública esté actuando en su ejercicio de poder público. El artículo 1.2 recoge una serie de exclusiones como las materias relativas al estado civil o la capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales, el arbitraje, las obligaciones alimenticias, los testamentos y sucesiones, la seguridad social y la insolvencia. En segundo lugar, respecto el *ámbito territorial*, el Reglamento es aplicable a todos los Estados miembros de la Unión Europea, salvo Dinamarca. En tercero lugar, el *ámbito personal* se encuentra regulado en sus artículos 5 y 6, que establecen que, por regla general, se aplicará cuando el demandado esté domiciliado en un Estado miembro¹⁴¹, de modo que, si no lo está, se procederá a aplicar la el DIPr de fuente estatal o autonómica, en el caso español la Ley Orgánica de Poder Judicial (LOPJ). Finalmente, el *ámbito temporal* del Reglamento queda establecido en el artículo 66, que determina que será aplicable a las acciones judiciales que sean ejercitadas a partir del 10 de enero de 2015, por lo que a las acciones anteriores será aplicable el Reglamento n.º. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, o bien, el Convenio de Bruselas de 27

¹³⁸ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, p. 73.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 80.

¹⁴⁰ Artículo 1 del Reglamento n.º. 1215/2012.

¹⁴¹ Sin embargo, hay algunas excepciones en los artículos 18.1 y 21.2 del Reglamento n.º. 1215/2012 que permiten la aplicación de las reglas de competencia judicial internacional cuando el demandando no esté domiciliada en un Estado miembro, pero el demandante sea un consumidor y un trabajador. También en los casos de competencia exclusivas (artículo 24), sumisión expresa (artículo 25) y, más discutiblemente, sumisión tácita (artículo 26), el Reglamento se aplica con independencia del domicilio del demandado.

de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

Respecto la regulación de la competencia judicial en dicho reglamento cabe decir que los foros se encuentran estructurados jerárquicamente de forma que actúan subsidiariamente. Las secciones 1ª, 2ª, 6ª y 7ª del Capítulo II es donde se recoge la jerarquía de foros, distribuyendo así la competencia judicial entre los distintos órganos. El orden establecido, empezando por la parte superior, es primero los foros exclusivos del artículo 24, seguidos de la sumisión tácita del artículo 26, a continuación, la sumisión expresa del artículo 25 y, en último lugar y en un plano de igualdad, el foro del domicilio del demandando del artículo 4 y los foros especiales de los artículos 7 y 9. Las secciones 3ª, 4ª y 5ª de dicho capítulo recogen normas con la finalidad de proteger a la parte débil de los contratos de seguro, consumo y trabajo¹⁴².

Ahora bien, una vez delimitado el ámbito de aplicación y la estructura de los foros del Reglamento Bruselas I bis, para determinar a qué órgano le corresponde el enjuiciamiento de un supuesto de acción pauliana se debe atender a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El TJ no siempre ha situado la acción pauliana dentro de la misma esfera, sino que, en distintos asuntos, ha operado mediante una calificación negativa para *descartar* su naturaleza.

2.1. Antes del asunto Feniks

2.1.1. Reichert I

En primer lugar, encontramos la Sentencia Reichert I¹⁴³ (C-115/88), de 10 de enero de 1990, que fue el primer asunto en que el Tribunal de Justicia se pronunció sobre la acción

¹⁴² A. RODRÍGUEZ BENOT (dir.), *op. cit.*, p. 54-55.

¹⁴³ El procedimiento nacional de origen de este asunto se trata de la impugnación vía la acción pauliana interpuesta ante los tribunales franceses por un banco alemán, el acreedor, contra un matrimonio también alemán, los deudores, y su hijo. El matrimonio era propietario de unos bienes inmuebles situados en un municipio de Francia, cuya nuda propiedad fue donada a su hijo ante un notario francés mediante escritura pública. El banco alemán impugna esta donación al amparo del artículo 1.167 del *Code francés*. A pesar de que el Tribunal francés se declaró competente en base al artículo 16.1. del Convenio de 27 de diciembre de 1968, relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: “*Con independencia del domicilio, tendrán competencia exclusiva: 1. en materia de derechos reales inmobiliarios y de arrendamientos de inmuebles, los tribunales del Estado contratante en que el inmueble esté sito*”. El matrimonio se opuso a esta competencia de carácter exclusivo ante la *Cour d’appel* de Aix-en-Provence, la cual planteó al TJ una cuestión prejudicial para saber si la acción pauliana estaba comprendida dentro de esta categoría.

pauliana, situándola dentro de la materia extracontractual. Antes de dicha decisión, el tribunal francés se había declarado competente sobre la base de una competencia judicial que privaba a las partes de designar un foro, e incluso, podía someterlas a un órgano jurisdiccional que no era el del domicilio del acreedor ni del deudor, porque, conforme al artículo 2 del Convenio, la regla general es el domicilio del demandando.

La cuestión prejudicial planteada pretendía averiguar como debía interpretarse dicho artículo, para saber si, gracias a él, el Convenio había creado una norma de competencia que sólo tuviera en cuenta el fondo jurídico de la cuestión, sin atender al carácter real, personal o mixto de la acción ejercitada¹⁴⁴. Por tanto, pretendía establecer si la acción pauliana podía ser ejercitada ante el tribunal del Estado contratante donde se hallará sito el inmueble, al margen de cual fuere su naturaleza.

Para ello, a partir de la noción autónoma, propia del Derecho comunitario, de la expresión «en materia de derecho reales inmobiliarios», debía esclarecerse su sentido, teniendo en cuenta que el artículo 16 no debía ser interpretado en un sentido amplio, sino que se debía atender a su finalidad, que justificaba esta competencia exclusiva de los tribunales del Estado contratante en donde se hallara sito el inmueble por tener un mejor conocimiento de la situación de hecho dada su mayor proximidad y la posibilidad de aplicar las normas y usos del lugar de situación del inmueble.

Por tanto, debía entender que dicha competencia no englobaba todas las acciones relativas a derechos inmobiliarios, sino sólo aquellas que, además de caer dentro del ámbito de aplicación del Convenio, aspiraban a determinar la extensión, la consistencia, la propiedad o la posesión de un bien inmueble, o también la existencia de otros derecho reales, así como garantizar a los titulares de los derechos una protección de las facultades vinculadas a estos derechos¹⁴⁵.

El TJ concluía que la acción pauliana no cabía dentro de las acciones mencionadas, porque su fundamento era un derecho de crédito, un derecho personal del acreedor frente al deudor, tratando de proteger la garantía que el patrimonio del deudor supone para el acreedor. Además, no implicaba que se debieran apreciar los hechos ni aplicar las normas y

¹⁴⁴ Sentencia TJCE de 10 de enero de 1990, C-117/88, Reichert c. Dresdner Bank, ap. 5.

¹⁴⁵ Reichert I, ap. 11.

usos del lugar donde se hallaba sito el bien, razones que justificaban la competencia exclusiva del apartado 1 del artículo 16, como se ha apuntado anteriormente.

En consecuencia, el TJ entendió que la acción pauliana no estaba incluida en el ámbito de aplicación de dicho artículo. Así pues, aquí encontramos la *primera calificación negativa* al considerar el Tribunal que dicha acción no estaba comprendida dentro de la categoría de los derechos reales inmobiliarios, los litigios relativos a la cual eran competencia exclusiva de los tribunales del país en donde radicaban los bienes inmuebles, fórmula que, por tanto, no era trasladable a la acción pauliana.

2.1.2. Reichert II

En segundo lugar, la Sentencia Reichert II¹⁴⁶ (C-261/90), de 26 de marzo de 1992, basada en el mismo procedimiento nacional antes citado, resuelve una cuestión prejudicial sobre la interpretación del apartado 3 del artículo 5, del apartado 5 del artículo 16 y del artículo 24 del Convenio de 27 de septiembre de 1968. A raíz de la primera resolución (Reichert I), la *Cour d'appel*, mediante esta cuestión prejudicial complementaria, pretendía conocer si los tres artículos citados en el párrafo anterior eran aplicables al caso considerando la posible existencia de un fraude de carácter delictual o cuasidelictual, así como la concurrencia de medidas cautelares que serían transformadas en medidas de ejecución.

Respecto del apartado 3 del artículo 5 CB (“*Las personas domiciliadas en el territorio un Estado contratante podrán ser demandadas en otro Estado contratante: 3. en materia de delictual o cuasidelictual. ante el Tribunal del lugar en que se hubiere producido el hecho dañoso*”), debe partirse, ante todo, de un concepto autónomo de materia delictual o cuasidelictual, que incluye las demandas que pretenden exigir la responsabilidad de un demandando y, además, no mantiene relación con la materia contractual, comprendida en

¹⁴⁶ El procedimiento nacional de origen del asunto Reichert II es el mismo que el del asunto Reichert I de modo que el acreedor, es decir, el banco alemán, ejercita la acción pauliana de acuerdo con el artículo 1.167 del *Code* francés contra la donación de la nuda propiedad de un bien inmueble situado en Francia y, realizada ante un notario francés, de un matrimonio alemán a su hijo. A pesar de que el Tribunal francés que declaró competente en virtud del artículo 16.1 del Convenio de 1968, el TJUE estableció que la acción pauliana no está incluida en el ámbito de aplicación de dicho artículo. Sin embargo, el banco alemán alegaba otros artículos del Convenio de 1968 para que fuese competente el Tribunal francés. En concreto apelaba la aplicación del artículo 5.3, el artículo 24 o bien el artículo 16.5 del Convenio citado. En consecuencia, se planteó una nueva cuestión judicial al respecto de estos artículos para determinar si la acción pauliana, a pesar de no incluirse en la competencia exclusiva relativa a los derechos reales inmobiliarios y contratos de arrendamientos de inmuebles, podía encontrarse dentro del ámbito de aplicación de las materias de los artículos citados.

el apartado 1 del mismo artículo¹⁴⁷. Asimismo, en un asunto anterior, Kalfelis (C-189/87), de 27 de setiembre de 1988, el TJ estableció que el ámbito de la materia delictual o cuasidelictual «comprende toda demanda que se dirija a exigir la responsabilidad de un demandado y que no esté relacionada con la «materia contractual en el sentido del apartado 1 del artículo 5»¹⁴⁸. Por otra parte, la sentencia Folien Fischer (C-133/11), de 25 de octubre de 2012, establece que una acción declarativa negativa también se encuentra comprendida en el ámbito de la materia delictual o cuasidelictual, es decir, que dicha categoría incluye una acción por la que se pretende declarar la inexistencia de responsabilidad delictual o cuasidelictual, esto es, una acción que pide ser exonerado de dicha responsabilidad, porque el TJ considera que «los intereses del demandante en una acción declarativa negativa son diferentes de los intereses de quien presenta una demanda cuyo objeto es que se declare que el demandado es responsable de un perjuicio y que se le condene a pagar una indemnización por daños y perjuicios, pero no es menos verdad que, en ambos casos, el examen que lleva a cabo el tribunal que conoce del asunto recae esencialmente sobre los mismos elementos de hecho y de Derecho»¹⁴⁹.

Teniendo en cuenta que, en Derecho francés, la acción pauliana puede ejercitarse contra actos dispositivos en los que el beneficiario actúa tanto de mala como de buena fe, y que el objeto de la acción es hacer que desaparezcan frente el acreedor, pero no que el deudor repare el daño causado, se entiende que dicha acción no está dentro del ámbito de aplicación del apartado 3 del artículo 5 ya que no se exige la responsabilidad de un demandando¹⁵⁰.

Sin embargo, esta *segunda calificación negativa* conlleva que la acción pauliana quede en tierra de nadie, porque hasta entonces se consideraba que lo que no era contractual era extracontractual, por lo que, al estimarse que la acción pauliana no está comprendida ni en

¹⁴⁷ Sentencia TJCE de 26 de marzo de 1992, C-261/90, Reichert c. Dresdner Bank, ap. 17.

¹⁴⁸ Sentencia TJCE de 27 de setiembre de 1988, C-189/87, Kalfelis c. Banco Shroeder, Muenchmeyer, Hengst & Co. Y otros, ap. 14.

¹⁴⁹ Sentencia TJUE de 25 de octubre de 2012, C-133/11, Folien Fischer AG, Fofitec AG c. Ritrama SpA, ap. 48.

¹⁵⁰ Reichert II, ap. 18-20.

la materia extracontractual ni en la contractual, se la sitúa en esa tercera zona¹⁵¹, en una especie de *no man's land*.

A su vez, el apartado 5 del artículo 16 CB (“*Con independencia del domicilio, tendrán competencia exclusiva: 5. en materia de ejecución de decisiones, los tribunales del Estado contratante del lugar en que tenga lugar la ejecución*”), contiene una competencia exclusiva, atribuida a los Tribunales del Estado en cuyo territorio se solicita la ejecución forzosa, porque a ellas corresponde aplicar las normas que han de guiar la actuación de las autoridades encargadas de dicha ejecución forzosa¹⁵².

Atendiendo al informe del Comité de expertos que redactó el Convenio, se debe entender que los litigios relativos a la ejecución de resoluciones son aquellos que tienen lugar con el recurso a la fuerza, al apremio o a la desposesión de bienes muebles e inmuebles para garantizar la efectividad material de las resoluciones. De ahí que, realizando una *tercera calificación negativa*, el Tribunal de Justicia excluya que la acción pauliana pueda integrarse en el apartado 5 del artículo 16, porque no va dirigida a que se resuelva un litigio relativo a uno de los expeditivos recursos citados¹⁵³.

Y finalmente, con respecto a la aplicación del artículo 24 CB (“*Se podrán solicitar medidas provisionales o cautelares previstas por la ley de un Estado contratante a las autoridades judiciales de ese Estado, incluso si, en virtud del presente Convenio, fueran competentes para conocer del fondo los tribunales de otro Estado contratante*”), es el acreedor el que defiende que la acción pauliana le proporciona una garantía provisional que a su vez es también una medida cautelar.

Sin embargo, a efectos de dicho artículo, las medidas cautelares deben ser entendidas como unas «medidas para mantener una situación de hecho o de Derecho que salvaguarda un derecho cuyo reconocimiento se solicita», además, al juez que conoce del fondo del asunto¹⁵⁴. En cambio, la acción pauliana va dirigida a solicitar judicialmente que se modifique la situación jurídica del patrimonio del deudor y del beneficiario ordenando la

¹⁵¹ J. J. FORNER DELAYGUA, “España: Derecho europeo: La acción pauliana bajo TJCE (una opinión discrepante de Reichert II)”, en J. J. FORNER DELAYGUA, (ed.), *op. cit.* p. 144.

¹⁵² Reichert II, ap. 26.

¹⁵³ Reichert II, ap. 27-28.

¹⁵⁴ Reichert II, ap. 34.

rescisión del acto¹⁵⁵. Por tanto, esta acción no puede calificarse como medida cautelar y consecuentemente, no entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 24 CB. Aquí el TJ realiza la *cuarta calificación negativa* al reputar que la acción pauliana no es, en modo alguno, una medida provisional o cautelar.

De estos dos asuntos (Reichert I y Reichert II) se podía colegir que la acción pauliana sólo podía acogerse al foro general del domicilio del demandando y, por tanto, interponerse únicamente ante los tribunales del Estado en el mismo radicara. Y esto también es consecuencia de la existencia de distintas concepciones en los derechos nacionales de la misma acción que dificultan que exista un concepto autónomo europeo¹⁵⁶.

2.2. Asunto Feniks

En la Sentencia Feniks¹⁵⁷ (C-337/17), de 4 de octubre de 2018, el TJ cambia, sin embargo, la postura que había mantenido hasta entonces al señalar que la acción pauliana pertenece a la materia contractual, en el sentido del artículo 7 RBIb. En este caso, un tribunal polaco había planteado al TJUE dos cuestiones prejudiciales: primera, saber si la acción pauliana podía encajarse dentro de la materia contractual a efectos de la letra a) del punto 1 del artículo 7 del Reglamento nº 1215/2012 (“*Una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro: 1) a) en materia contractual, ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda*”); segunda, si para que prosperase la acción el comprador

¹⁵⁵ Reichert II, ap. 31 y 35.

¹⁵⁶ J. J. FORNER DELAYGUA, *loc.cit.* en J. J. FORNER DELAYGUA, (ed.), *op. cit.*, p. 141.

¹⁵⁷ El asunto Feniks versa también sobre el ejercicio de la acción pauliana en un procedimiento ante los tribunales polacos, en el cual la empresa Feniks impugna un acto realizado por la empresa Coliseum. Estas dos empresas, ambas domiciliadas en Polonia, habían celebrado un contrato de obra actuando en el marco de un proyecto de inversión inmobiliario también en Polonia. La empresa Coliseum concurrió con varios subcontratistas para la realización del proyecto, pero no cumplió sus obligaciones para con un subcontratado. En consecuencia, de acuerdo con el Código civil polaco, Feniks tuvo que hacerse cargo del pago. Sin embargo, en enero de 2012, Coliseum vendió a Azteca, una empresa domiciliada en España, un inmueble situado en Polonia, en concepto de compensación parcial de créditos anteriores, aunque Azteca tuviera que pagar una parte del precio. Ante esta situación, Feniks, teniendo conocimiento de que el presidente del órgano de administración de Coliseum era también representante de la empresa Horkios Gestión S.A., único miembro del órgano de administración de Azteca, interpuso, el 11 de junio 2016, una acción contra Azteca ante los tribunales polacos para que, ante la falta de activos patrimoniales de Coliseum con lo que satisfacer su deuda frente a Feniks, se declarase ineficaz el contrato de compraventa del inmueble. Feniks, para justificar la competencia del tribunal polaco, invocó el artículo 7.1.a) sobre materia contractual del Reglamento 1215/2012, relativo a la relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

debía tener conocimiento de que el acto se había realizado en perjuicio de los acreedores¹⁵⁸.

Antes de entrar en el fondo, y como ya se ha apuntado al hablar de la calificación, el TJUE valora la aplicabilidad al caso del RBIb frente el Reglamento nº. 1346/2000, relativo a los procedimientos de insolvencia (aplicable por razones temporales en detrimento del Reglamento 2015/848), ya que los ámbitos materiales de estos dos reglamentos deben interpretarse de modo que no se produzcan solapamientos ni lagunas entre ellos, pues las acciones que están excluidas del RBIb, de acuerdo con su artículo 1.2.b)¹⁵⁹, quedarán incluidas *ratione materiae* en el Reglamento nº 1346/2000.

Teniendo en cuenta lo anterior, como en el asunto Feniks la acción no se halla asociada a un procedimiento de quiebra, porque su objeto no es incrementar el patrimonio del deudor sino garantizar los intereses del acreedor, y tampoco no está estrechamente vinculada al procedimiento de insolvencia¹⁶⁰, tiene que descartarse la aplicabilidad del Reglamento nº 1346/2000 y, dada una naturaleza civil y mercantil, dejar el litigio en manos del RBIb. De todos modos, ESPINIELLA apunta que, en los casos en que la acción pauliana aparece cuando se ha abierto un procedimiento concursal, los tribunales que conocen del concurso también deberían conocer de la misma, consiguiendo así un equilibrio de los intereses en juego¹⁶¹. Esta regla parece lógica, porque, en el caso de que se abra un procedimiento concursal, el acreedor y el deudor pueden prever el centro de los intereses principales del deudor, haciendo que la competencia de los tribunales de lugar donde radique dicho centro de intereses sea razonable y predecible.

Entrando ya en el fondo de la cuestión, debe ponerse de manifiesto que el artículo 7 recoge competencias especiales que deben ser interpretadas en sentido estricto, porque son foros alternativos al general del domicilio del demandando. Así pues, están basados en una estrecha conexión entre el órgano jurisdiccional y el litigio o también para facilitar una buena administración de la justicia. De este modo, el concepto de materia contractual

¹⁵⁸ Sentencia TJUE de 4 de octubre de 2018, C-337/17, Feniks c. Azteca, ap. 26.

¹⁵⁹ “Artículo 2. Se excluirán del ámbito de aplicación del presente Reglamento: 1. b) la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores, y demás procedimientos análogos”.

¹⁶⁰ A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Competencia judicial internacional para acciones en fraude de acreedores: Sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2018, asunto C-337/17: Feniks c. Azteca”, en *La Ley Unión Europea*, nº 65, diciembre 2018, p. 5.

¹⁶¹ Postura mantenida también por B. S. JIMÉNEZ GÓMEZ, *loc. cit.*, p. 799.

recogido por el artículo 7 debe ser interpretado de manera autónoma garantizando una aplicación uniforme. De acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, la aplicación de esta regla implica «la existencia de una obligación jurídica libremente consentida por una persona respecto a otra y en la que se basa la acción del demandante»¹⁶². No obstante, éste concepto de materia contractual se aparta del que venía defendiendo el TJUE en anteriores decisiones, como la Sentencia Handte (C-26/91), en la cual usaba el término partes al referirse a las obligaciones libremente asumidas¹⁶³. Por tanto, parece evidente que, con el actual término «personas» se pretenden abarcar más situaciones de las que anteriormente cubría la palabra «partes».

Como ya se ha mencionado, mediante la acción pauliana, que tiene su fundamento en un derecho de crédito, se pretende proteger la garantía que tiene el acreedor en el patrimonio del deudor. En consecuencia, en el asunto analizado, el Tribunal entiende que este derecho de garantía y la acción declarativa de ineficacia de que dispone el acreedor, tienen su origen en las obligaciones libremente asumidas por Coliseum ante Feniks en el marco del contrato de obra concluido por ambas sociedades¹⁶⁴. Por tanto, el contrato de compraventa se entiende realizado en fraude de los derechos que nacen de la fuerza obligatoria del contrato de obra y provienen de las obligaciones libremente contraídas por el deudor. En consecuencia, hay un incumplimiento por parte del deudor de las obligaciones que contrajo con el acreedor¹⁶⁵.

Sin embargo, para ESPINIELLA, este criterio del incumplimiento presenta algunos déficits, porque la acción pauliana no es una acción que se interponga contra el deudor que no ha pagado, sino que se dirige contra un tercero para declarar la ineficacia de un acto en el que el acreedor no ha intervenido¹⁶⁶. Asimismo, el hecho de que el derecho nazca de la fuerza obligatoria del contrato también es matizable porque nace de un daño causado por una transmisión de carácter fraudulento, pero que ya no está conectada (causalmente) a la relación previa entre acreedor y deudor¹⁶⁷.

¹⁶² Feniks, ap. 39.

¹⁶³ Sentencia TJCE de 17 de junio de 1992, C-26/91, Jakob Handte & Co GmbH c. Traitements Mecano-Chimiques Des Surfaces Sa, ap. 29.

¹⁶⁴ Feniks, ap. 42.

¹⁶⁵ Feniks, ap. 43.

¹⁶⁶ A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *loc. cit.*, pp. 2-3.

¹⁶⁷ *Ibid.* p. 3.

El TJUE justifica que la acción pauliana está comprendida dentro del ámbito de la materia contractual cuando dicha acción se ejercita en virtud de derechos de crédito que han nacido de obligaciones asumidas mediante la celebración de un contrato. Además, la competencia especial del artículo 7.1.a) en este supuesto quedaría fundamentada en el origen contractual de las relaciones entre el deudor y el acreedor, asegurando así la seguridad jurídica y la buena administración de justicia¹⁶⁸. Por tanto, el acreedor podrá ejercitar la acción pauliana ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda¹⁶⁹. Sin embargo, hay que tener presente en que en esta situación en concreto hay dos contratos, un primero, entre el acreedor y del deudor, y un segundo, entre el deudor y el tercero. El TJ opta por basar su decisión en la existencia del primer contrato, aunque se cuestiona que no se base en el segundo contrato, que además es el centro del conflicto porque es el que ha causado un perjuicio al acreedor.

En conclusión, la decisión final se basa en que el acreedor, titular de un derecho de crédito, solicita la ineficacia de un acto que lesiona sus derechos, pero ese derecho de crédito es fruto de un contrato. Además, que se considera previsible que una persona que celebre un contrato de compraventa puede razonablemente esperar que podrá ser demandando por el acreedor del cocontractante en el lugar de ejecución de las obligaciones que tenían el deudor y el acreedor¹⁷⁰. Sin embargo, ESPINIELLA considera que no se cumple con el objetivo de previsibilidad, porque no es lo mismo prever que razonablemente esperar¹⁷¹. DE MIGUEL también pone en duda que se esté cumpliendo con la exigencia de previsibilidad¹⁷². Este alto grado de previsibilidad queda recogido en el considerando 15 del RBib que establece una serie de reglas respecto las normas de competencia¹⁷³.

¹⁶⁸ Feniks, ap. 44.

¹⁶⁹ Feniks, ap. 46.

¹⁷⁰ Feniks, ap. 47.

¹⁷¹ A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *loc. cit.*, p. 7.

¹⁷² P. A. DE MIGUEL ASIENSO, *Acción pauliana: el lugar de cumplimiento de las obligaciones contractuales como fundamento de la competencia internacional*, Blog Pedro de Miguel Asensio, Madrid, 2018 (<http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2018/10/accion-pauliana-el-lugar-de.html>)

¹⁷³ Considerando 15 RBib: “Las normas de competencia judicial deben presentar un alto grado de previsibilidad y deben fundamentarse en el principio de que la competencia judicial se basa general mente en el domicilio del demandado. La competencia judicial debe regirse siempre por este principio, excepto en algunos casos muy concretos en los que el objeto del litigio o la autonomía de las partes justifique otro criterio de conexión. Respecto de las personas jurídicas, debe definirse el domicilio de manera autónoma para incrementar la transparencia de las normas comunes y evitar los conflictos de jurisdicción”.

Hay que tener presente que entre el acreedor y el tercero no existe ninguna relación de tipo contractual, como sí existe entre el deudor y el tercero, de forma que esta nueva calificación puede resultar controvertida. El hecho de no exista una relación entre el acreedor y el tercero implica que éste último no ha asumido libremente una obligación en el contrato originario entre acreedor y deudor. En consecuencia, se le está imponiendo un tribunal de un lugar en el cual él no ha asumido ninguna obligación ni ha negociado. Por tanto, se puede llegar a entender que no haya una conexión estrecha como para poder aplicar las reglas de una competencia especial como la recogida por el artículo 7.

En este sentido, ESPINIELLA también encuentra confirmación en una perspectiva procesal porque atendiendo a la formulación del artículo, ésta hace mención a que la persona *demandada* podrá serlo en otro Estado miembro. Por tanto, de ahí se desprende que la persona demandada con la acción pauliana es el tercero, quien no ha asumido ninguna obligación libremente.

Sin embargo, el TJUE ampliando el concepto de materia contractual, ha dado cabida a la acción pauliana dentro de esta materia, pero para ello se han tenido que relajar los objetivos de previsibilidad y seguridad jurídica. Esto implica que la buena administración de justicia sea puesta en duda, porque que sea materia contractual se justifica en base a un contrato que no tiene conexión alguna con el demandando. Por ello, se puede considerar que el TJUE no ha seguido lo establecido en el Considerando 16 del RB1b.

Además esta calificación puede conllevar que se vea demandando en un Estado miembro distinto al de su domicilio, situación que no tiene porqué ser prevista por el tercero porque no tiene ninguna obligación a conocer la situación previa de su cocontractante¹⁷⁴. En consecuencia, se tendría que defender en un lugar con el cual no tiene ningún vínculo real, perjudicando o sin tener en consideración sus intereses.

De este modo, la acción pauliana se rige por una competencia especial, dejando a un lado el principio de que la competencia judicial se basa generalmente en el domicilio del demandando¹⁷⁵. El mismo Considerando 15, sí que establece la posibilidad de apartarse de este principio siempre y cuando el objeto del litigio o bien la autonomía de las partes justifiquen otro criterio de conexión. Ahora bien, en el asunto Feniks no hay un acuerdo

¹⁷⁴ B. S. JIMÉNEZ GÓMEZ, *loc. cit.*, p. 797.

¹⁷⁵ Considerando 15 del Reglamento 1215/2012.

entre las partes sobre la competencia judicial, de modo que debe entenderse que el TJUE lo justifica en base al objeto del litigio, es decir, la obligación.

Por tanto, a raíz del asunto Feniks, se debe atender al RBib, en concreto el artículo 7.1.a) para determinar la competencia judicial en los supuestos de ejercicio de la acción pauliana, entendiendo que se trata de materia contractual. En consecuencia, serán competentes los tribunales «del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda», que es la regla general de competencia en materia contractual. Ahora bien, por «obligación que sirva de base a la demanda» se entiende que es la obligación primaria y relevante en cada caso; y por «lugar de cumplimiento» se deberá atender a lo que las partes han dispuesto en el contrato y en su defecto, lo que establezca la ley material aplicable, que es la ley que rige el contrato¹⁷⁶. El TJ, en el caso Feniks, considera que la obligación que sirve de base a la demanda es la resultante del primer contrato, es decir, del contrato entre el acreedor y el deudor. Sin embargo, hay que tener presente que en la acción pauliana existe un segundo negocio jurídico entre el deudor y el tercero, de modo que se puede cuestionar si se debería atender a éste segundo como base a la acción ejercitada por el demandante, ya que además, se trata del acto que se está impugnado al causar el perjuicio.

Finalmente, se debe hacer mención que el RBib tiene un requisito de aplicabilidad que es que el demandando debe estar domiciliado en algún Estado miembro. En caso de que no sea así, en España, deberíamos acudir a la Ley Orgánica del Poder Judicial, en concreto al artículo 22 quinquies a): “*En materia de obligaciones contractuales, cuando la obligación objeto de la demanda se haya cumplido o deba cumplirse en España*”¹⁷⁷. Se trata de un foro que responde al principio de proximidad porque nuestros órganos jurisdiccionales responderán cuando el supuesto se encuentra razonablemente vinculado con nuestro país¹⁷⁸.

¹⁷⁶ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, p. 107-108.

¹⁷⁷ Ahora bien, puede ser que las partes pacten la competencia judicial o bien que sean competentes el tribunal del domicilio del demandando, de acuerdo con los artículos 22 bis y 22 ter de la LOPJ.

¹⁷⁸ A. RODRÍGUEZ BENOT (dir.), *op. cit.*, p. 79.

3. Conflicto de leyes

Una vez determinado a qué órgano corresponde la competencia judicial internacional, se debe proceder a analizar qué derecho debe ser aplicado en un caso de acción pauliana para resolverlo. Para ello, son necesarias las normas de conflicto que nos indican qué ley material se deberá aplicar para poder resolver el fondo del asunto. Así mismo, las normas de conflicto son normas de remisión porque nos remitirá a un ordenamiento jurídico en el cual se deberá encontrar la solución¹⁷⁹. Estas normas de remisión no nos ofrecen una respuesta sustantiva o directa de las relaciones privadas de carácter internacional¹⁸⁰. Al carecer de contenido material nos sirve para localizar dicha situación privada en un determinado Ordenamiento jurídico que será el que ofrecerá una respuesta para resolver el fondo de la cuestión.

En el conflicto de leyes encontramos también Reglamentos en juego como el Reglamento 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (conocido como Reglamento Roma I), el Reglamento 864/2007, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (conocido como Reglamento Roma II).

Sin embargo, ninguno de los dos Reglamentos citados contiene norma de conflicto alguna para la acción pauliana. Además, el hecho de que cada Estado tenga una regulación distinta y haya disparidad de opiniones en la naturaleza jurídica de esta acción genera una situación que requeriría del esfuerzo de todos los Estados para unificar su regulación¹⁸¹. Asimismo, únicamente Alemania cuenta en su ordenamiento con una norma de conflicto específica que remite a ley a la que están sujetos los efectos del acto¹⁸².

3.1. Antes del asunto Feniks

Hasta el asunto Feniks no quedaba muy claro a qué reglamento se debía acudir para determinar la ley aplicable, porque el TJUE, como hemos visto, había establecido que la acción pauliana no era ni materia contractual ni tampoco materia extracontractual. Es

¹⁷⁹ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, p. 300-301.

¹⁸⁰ A. RODRÍGUEZ BENOT (dir.), *op. cit.*, p. 134.

¹⁸¹ L. CARBALLO PIÑEIRO, “Acción pauliana e integración europea: una propuesta de ley aplicable”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 64, Nº 1, 2012, pp. 43-72, p. 46.

¹⁸² Artículo 19 de la *Anfechtungsgesetz*.

cierto que el Reglamento Roma II cubre la *culpa in contrahendo*, el enriquecimiento sin causa y la gestión de negocios, pero no se halla ninguna regla específica sobre la acción pauliana¹⁸³. Por tanto, existía una laguna que ha quedado confirmada por la doctrina y por el Proyecto elaborado por el Consejo de la Unión Europea relativo al instrumento sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales que sí comprendía una norma de conflicto para la acción pauliana en su artículo 10¹⁸⁴.

Ante esta incertidumbre se consideraba que esta acción no se basaba en una obligación asumida de manera voluntaria, de modo que, conflictualmente se acababa incluyendo dentro de la materia extracontractual. Además, esta consideración también se basaba en qué entre el acreedor y el tercero demandando no había ninguna relación contractual ya que se busca la rescisión de un acto dispositivo entre el deudor y el tercero¹⁸⁵.

A pesar de que el TJUE en el asunto Reichert II establecía que la acción pauliana no puede comprenderse dentro de la materia extracontractual, se consideró que esta jurisprudencia no debía trasladarse en el sector del conflicto de leyes. En consecuencia, se había apuntado que el Reglamento Roma II debía ser de aplicación en los supuestos de acción pauliana con el fin de garantizar la seguridad jurídica y maximizar la unificación jurídica dentro de la Unión Europea¹⁸⁶.

Ahora bien, no quedaba claro si la acción pauliana en caso de estar comprendida dentro de la materia extracontractual se regiría por la norma general recogida en el artículo 4 del Reglamento Roma II o bien, se trataba de un caso especial de enriquecimiento injusto. Aun así, en los dos supuestos se debería atender al Roma II.

La consecuencia de acudir al Reglamento Roma II sería la aplicación de la *lex loci delicti commissi*, es decir, la ley del país donde se produce el daño¹⁸⁷. A través de esta ley aplicable se protegería al adquirente dado que tiene un alto grado de previsibilidad¹⁸⁸. Sin

¹⁸³ L. CARBALLO PIÑEIRO, *loc. cit.*, p. 45

¹⁸⁴ Artículo 10: “Las condiciones y los efectos derivados de una obligación en la que el acreedor puede impugnar un contrato celebrado por el deudor con un tercero y que ponga en peligro la satisfacción del acreedor [cumplimiento de la obligación], se regirán por la ley aplicable a la obligación existente entre el acreedor y su deudor” del Proyecto de instrumento sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, Documento del Consejo de la Unión Europea, núm. 11982/99.

¹⁸⁵ G-P. CALLIES, *Rome Regulations*, Wolters Kluwer Law and Business, The Netherlands, 2015, p. 475.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 476.

¹⁸⁷ Artículo 4 del Reglamento Roma II.

¹⁸⁸ L. CARBALLO PIÑEIRO, *loc. cit.*, p. 56.

embargo, pueden surgir problemas para determinar el lugar en supuestos, por ejemplo, en que hay multiplicidad de actos u omisiones.

3.2. A partir del asunto Feniks

Sin embargo, todas estas posibles soluciones han quedado apartadas con la última decisión del TJUE sobre la acción pauliana. El hecho de que el asunto Feniks considere que dicha acción sí queda comprendida en la materia contractual, conlleva un cambio en el planteamiento de la cuestión, porque el Considerando 7 del Reglamento Roma I establece que el ámbito de aplicación material y las disposiciones de este Reglamento deben «garantizar la coherencia» con el Reglamento Bruselas I bis¹⁸⁹ y el Reglamento Roma II. En consecuencia, se debe buscar una solución dentro del Reglamento Roma I, aplicable en materia contractual.

Antes de entrar a la ley aplicable determinada por el último Reglamento citado se debe hacer mención de que se trata de un Reglamento universal, de modo que se aplicará aun cuando la ley declarada aplicable sea la de un Estado no miembro¹⁹⁰.

Dicho esto, es preciso analizar las soluciones que establece este Reglamento para poder determinar si alguna de ellas da cabida a la acción pauliana. En concreto se recogen en el tercer y cuarto artículo, tratando la conexión subjetiva y la objetiva, respectivamente.

En primer lugar, el artículo 3 recoge la autonomía de la voluntad, es decir, las partes pueden elegir qué ley quieren que rija el contrato, recogiendo así el principio universal de autonomía de la voluntad. Además, no se establecen límites conflictuales de modo que las partes pueden escoger cualquier ley del mundo.

En segundo lugar, el artículo 4 recoge la ley que será aplicable cuando las partes no han escogido, o han escogido de manera parcial o bien, la elección no es válida. Este artículo está estructurado en cuatro partes.

¹⁸⁹ El Considerando 7 del Reglamento Roma I trata del Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I). Actualmente, ha quedado sustituido por el Reglamento 1215/2012, conocido como Reglamento Bruselas I bis.

¹⁹⁰ Artículo 2 Roma I: Aplicación universal: “La ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro”.

Primero se recogen una serie de reglas especiales, pero de las cuales ninguna hace mención a la acción pauliana. Segundo, se establece la regla general aplicable cuando no proceda ninguna de las reglas especiales. La regla general es que «el contrato se regirá por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato». Tercero, se recoge una cláusula de cierre para los supuestos en que no se pueda determinar la ley aplicable ni con las reglas especiales ni con la general. En este caso, de acuerdo con el apartado 4 de dicho artículo, «el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos». Finalmente, también se recoge una cláusula de escape que operará en los supuestos que exista una ley que presente «vínculos manifiestamente más estrechos» con un país distinto al determinado por las reglas especiales y la general.

Teniendo en cuenta todas estas reglas y cláusulas se puede concluir, en primer lugar, que no existe una regla especial que contemple dicha acción. En segundo lugar, para aplicar la regla general se debería identificar la prestación característica del contrato, pero en la acción pauliana no hay un intercambio simple de bienes y dinero, sino que nos encontramos ante dos contratos: uno entre deudor-acreedor y otro entre deudor-tercero. En consecuencia, deberíamos acudir a la cláusula de cierre, es decir, aplicar la ley que presente unos vínculos más estrechos teniendo en cuenta los intereses del acreedor y del tercero.

Por eso, es preciso analizar algunas posibles soluciones sobre la ley aplicable intentando equilibrar los intereses y que no se trate de una norma fácilmente manipulable por las partes para garantizar así más seguridad jurídica y otorgar una mayor protección.

Una primera posible solución será la ley rectora de la pretensión principal del acreedor, es decir, aplicar la ley que rige el contrato cuando existe mala fe entre deudor y tercero¹⁹¹. Esta conexión quedaría basada en el principio de accesoria al entender que la acción pauliana es accesoria al crédito¹⁹². Además, una ventaja que presenta es que es muy difícil de manipular, al menos por el tercero, ya que el deudor y el acreedor sí podrían manipularlo, pero hay que tener presente que no tiene intereses comunes al encontrarnos ante el ejercicio de la acción pauliana.

¹⁹¹ En caso de que hubiere buena fe entre el deudor y el tercero, se entiende que se debería aplicar la ley que rige el acto impugnado.

¹⁹² L. CARBALLO PIÑEIRO, *loc. cit.*, p. 57.

Otra posibilidad sería aplicar la ley del lugar de la ejecución, es decir, la *lex fori*. No obstante, presenta varios problemas entre ellos la existencia de varios lugares de ejecución y que se trata de una conexión manipulable por parte del tercero y del deudor. Además, en el caso de bienes inmuebles podría aparecer un conflicto móvil. Este problema se podría solucionar por aplicar la ley del domicilio del deudor en el momento de realización del acto dispositivo con el tercero. Sin embargo, esta ley no se halla muy conectada con los intereses ni con las relaciones jurídicas, sino que es más bien ajena¹⁹³.

El artículo 19 de la *Anfechtungsgesetz*, como hemos visto, recoge otra posibilidad que es la ley rectora de a la eficacia del acto. Esta conexión tiene la ventaja de que es muy difícil de manipular, pero en su contra se otorga un papel muy relevante al acto que puede ser cuestionada dado que la acción pauliana aparece por motivos externos al acto. Asimismo, también genera problemas en los casos en que hay subadquirentes porque entonces aparecería otra ley de eficacia del acto.

También hay soluciones de carácter distributivo porque se acumula más de una ley aplicable. Por ejemplo, se trataría de aplicar la ley del domicilio del deudor a los requisitos relevantes para el crédito y luego la ley del domicilio del tercero en el momento de la realización del acto porque allí se encontrarán los bienes muebles, ya que para los inmuebles se debería atender a ley del lugar donde están situados¹⁹⁴. Sin embargo, con este tipo de propuesta no se favorece al equilibrio de intereses ni facilita el ejercicio de la acción.

Otra conexión que podría ser una solución sería la ley del centro de los intereses principales del deudor dado que mantiene una conexión fuerte y además, es difícil de manipular porque no resulta sencillo cambiar este centro de intereses¹⁹⁵. Ahora bien, para evitar un posible conflicto móvil se debería fijar este centro de intereses principales en un momento específico, en concreto, el más lógico sería en el momento de realización del acto impugnado dado que es el objeto de la acción pauliana.

Esta conexión parece ser una buena solución porque el centro de intereses del deudor es previsible y difícilmente manipulable de este modo se garantizaría la seguridad jurídica y

¹⁹³ L. CARBALLO PIÑEIRO, *loc. cit.*, p. 61-62.

¹⁹⁴ Propuesta de Hans Hanisch recogida en L. CARBALLO PIÑEIRO, *loc. cit.*, p. 65.

¹⁹⁵ L. CARBALLO PIÑEIRO, *loc. cit.*, p. 69.

la buena administración de la justicia. Y, además, de tratarse de una conexión vinculada, se produciría un equilibrio entre los intereses de las partes.

Este equilibrio de intereses también podría conseguirse estableciendo como ley aplicable la ley de la residencia habitual en el caso de que el acreedor y el tercero tengan dicha residencia habitual en el mismo país.

Sin embargo, y sobretodo, teniendo en cuenta la sentencia Feniks, se puede plantear que la ley aplicable a la cuestión sea el derecho que rige, o bien, el primer contrato, es decir, el realizado entre acreedor y deudor, o bien, el del segundo acto o contrato realizado entre el deudor y el tercero. Dicho en otras palabras, se podría identificar la acción pauliana con uno de estos dos negocios jurídicos para hallar la ley aplicable, consiguiendo así también coherencia entre la obligación que se considera la base a la demanda para determinar la competencia judicial internacional y el derecho que rige esta obligación. En este sentido, en el caso concreto de la sentencia Feniks, como el TJ considera que la obligación que ha servido de base a la demanda es la resultante del primer contrato, consecuentemente y siguiendo esta solución, la ley aplicable debería ser el derecho que rige el primer contrato. Aunque si se sigue esta opción, se debería volver a las previsiones del artículo 4 del RRI, es decir, considerar si existe alguna conexión especial y en caso de no, valorar si hay alguna prestación característica. Por ejemplo, en el caso del asunto Feniks, como el primer contrato se trata de una compraventa de un bien inmueble sí habría una conexión especial, en concreto, la recogida por el artículo 4.1.c: *“el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble se regirá por la ley del país donde esté sito el bien inmueble”*.

Ahora bien, consideramos que en la norma de conflicto sí debería recogerse una cláusula de escape dejando margen al Tribunal para considerar la existencia de una ley con vínculos más estrechos, y en el caso que así sea, se aplique dicha ley.

Sin embargo, y del mismo modo que se ha apuntado en la competencia judicial, en caso de que exista un procedimiento de insolvencia iniciado, si se ejercita la acción pauliana, ésta se regirá por la ley determinada de acuerdo con el Reglamento núm. 2015/848 de procedimientos de insolvencia¹⁹⁶. Dicho Reglamento sí prevé una norma de conflicto que

¹⁹⁶ G-P. CALLIES, *op. cit.*, p. 476.

incluye la acción pauliana, en concreto el artículo 7.2.m), del cual se desprende que *“las normas relativas a la nulidad, anulación o inoponibilidad de los actos perjudiciales para el conjunto de los acreedores”* quedaran determinadas por la ley del Estado de apertura del procedimiento.

No obstante, puede ser que el RRI no sea aplicable por el ámbito temporal ya que se aplica en los casos a partir del 17 de diciembre de 2009, tomando como referencia la fecha del contrato. Entonces, en los supuestos anteriores atenderemos al Convenio de Roma en el cual también se regula en primer lugar la autonomía de las partes. En defecto de pacto se aplicaría la ley que presentara unos vínculos más estrechos. En relación con esto, establece una presunción: *«se presumirá que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual o, si se tratare de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central»*. Sin embargo, esta presunción puede quedar destruida con la cláusula de escape, que permite al tribunal aplicar otra ley que considere que presenta más vínculos. Por tanto, se ve la relevancia de que la ley aplicable este conectada con la cuestión.

Ahora bien, si la fecha del contrato es anterior al año 1993, procederá la aplicación del artículo 10.5 CCE: *“Se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato. No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior, a falta de sometimiento expreso, se aplicará a los contratos relativos a bienes inmuebles la ley del lugar donde estén sitios, y a las compraventas de muebles corporales realizadas en establecimientos mercantiles, la ley del lugar en que éstos radiquen”*, que también prevé el pacto expreso entre las partes y el defecto de pacto.

IV. Conclusiones

- I. La acción pauliana se configura como un medio de tutela que tiene la finalidad de proteger al acreedor que ha visto frustrada la satisfacción de su derecho de crédito, al objeto de salvaguardar sus intereses. Así, mediante el ejercicio de dicha acción se impugna el acto, realizado por el deudor y el tercero, que le cause el perjuicio.
- II. El origen de la acción se encuentra en el Derecho romano, aunque no era tal y como la conocemos actualmente. Inicialmente había tres instituciones que protegían al acreedor de actos fraudulentos, la más destacada el *interdictum fraudulentum*, que fueron unificadas en la época justiniana en una sola acción. Dicha acción siguió presente en las Partidas y en el Proyecto del 1851. Actualmente, el Código Civil español, de 1889, recoge la acción pauliana en el artículo 1.111, hallándose el resto de la regulación en los artículos 1.290 y ss., aunque, ésta solamente hace referencia al elemento subjetivo de la acción, el fraude, dejando fuera el elemento objetivo, de modo que, el legislador español, dejó escapar la oportunidad de establecer una reglamentación más completa de la figura.
- III. La comparación de la acción pauliana con figuras afines permite dilucidar su naturaleza jurídica, porque nos encontramos ante un acto de tráfico jurídico que es real y válido, por tanto, no es ni simulado ni nulo. Además, a pesar de encontrarse regulada en el mismo precepto que la acción subrogatoria, se trata de acciones que son claramente distintas, ya que la acción pauliana debe ejercitarse a posteriori y no implica que el acreedor esté ejercitando derechos y acciones que son de titularidad del deudor, como ocurre en la acción subrogatoria.
- IV. A pesar de la regulación contenida en los artículos 1.111 y 1.290 y ss., para poder entender cómo opera en nuestro ordenamiento jurídico la acción pauliana, es de especial importancia atender tanto a la doctrina como a la jurisprudencia, porque los preceptos citados no establecen un marco normativo completo. La labor de los autores y de los jueces ha acabado perfilando los presupuestos necesarios para el ejercicio de la acción: el *eventus damnis* y el *consilium fraudis*. El primero como elemento objetivo referido a la imposibilidad por parte del acreedor de satisfacer su crédito; y el segundo como el elemento subjetivo entendido como la intención de

del deudor de dañar al acreedor. En este sentido, es de especial importancia la objetivación del segundo elemento, de modo que, actualmente, se exige una mera conciencia de causar un daño. Además, se considera como requisito indispensable de la acción pauliana su subsidiariedad, entendida como la necesidad de que, antes de ejercitarla, el acreedor haya tratado, por todos los otros medios posibles, de satisfacer su crédito, y aun así no lo haya conseguido.

- V. Respecto del régimen jurídico de la acción, cabe destacar que la regulación del CCE sólo establece que el plazo de caducidad de la acción es de cuatro años, de modo que ha sido la jurisprudencia la que ha establecido el *dies a quo* de su ejercicio, determinando que dicho plazo empezará a computarse a partir del momento del conocimiento por el acreedor del acto impugnado, vinculándolo a su inscripción en el Registro. Asimismo, el éxito de la acción produce efectos para las tres partes involucradas en los negocios concernidos, por más que la relación entre el deudor y el tercero se mantenga al no desaparecer del tráfico jurídico, puesto que su ineficacia es parcial y relativa, es decir, en la medida en que lo requiera la satisfacción del crédito, salvo que sea necesario declarar su ineficacia total para cubrir el mismo.
- VI. En Derecho comparado europeo puede observarse el contraste entre, por una parte, las legislaciones, como la inglesa o la alemana, en las que la regulación de las situaciones de quiebra de los deudores ha tenido un peso decisivo a la hora de articular la ineficacia de los actos que resulten perjudiciales para los acreedores; y por otra parte, los Derechos como el francés y el italiano, en los que la acción pauliana se ha constituido como un remedio típico del Derecho civil para impugnar los actos en perjuicio de acreedores, exigiéndose su carácter fraudulento (Código Civil francés) o meramente la frustración de la confianza del acreedor (Código Civil italiano).
- VII. La existencia de diferentes regulaciones sobre la misma institución a nivel europeo ha generado un marco normativo difícil de unificar y ha conllevado que, en los litigios transfronterizos, o sea, aquellos que contienen un elemento de extranjería, puedan aparecer problemas de calificación. En el Derecho europeo estos problemas se han anticipado, a veces, al momento de determinar, en función de su ámbito material de aplicación, los instrumentos competentes para dirimir los pleitos. En los

casos en los que se ha ejercitado una acción pauliana, tanto el RBI (RBib) como el Reglamento de Insolvencia (I y II) han tenido, en función de la índole del litigio, vocación de aplicación cuando se ha tratado de fijar la competencia judicial y, por lo que hace al Derecho aplicable, la discusión se ha centrado en los Reglamentos Roma (I y II), así como el Reglamento de Insolvencia en los casos merecedores de una calificación concursal.

- VIII. Al dar respuesta a cuestiones prejudiciales planteadas, el TJ de manera sucesiva ha ido calificando negativamente la acción pauliana. En el asunto Reichert I descartó que se tratara de una competencia exclusiva relativa a derechos reales inmobiliarios y, posteriormente, en el asunto Reichert II, concluyó que no estaba incluida dentro de la materia delictual o cuasidelictual, ni de la ejecución de decisiones, ni tampoco de las medidas provisionales o cautelares.
- IX. En el asunto Feniks, el TJ se ha pronunciado de nuevo sobre la cuestión estimando que la acción pauliana pertenece a la «materia contractual» y, que, por tanto, los órganos jurisdiccionales que deberán conocer de un asunto mediante ella iniciado son, además de los correspondientes al Estado del domicilio del demandado, los del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda, de acuerdo con el artículo 7.1.a) del RBib. El TJ ha identificado dicha obligación como la resultante del primer contrato existente entre acreedor y deudor, aunque no faltan motivos para discutir tal solución sobre la base de que la demanda lo que pretende es impugnar el segundo acto o contrato, es decir, el que vincula al deudor con el tercero, del que deriva el perjuicio para el acreedor.
- X. Respecto de la ley aplicable, antes de la Sentencia Feniks, a falta de mejor solución, se acababa acudiendo al Reglamento Roma II, por lo que el asunto se resolvía de acuerdo con la normativa conflictual propia de las obligaciones extracontractuales. Sin embargo, después de la Sentencia Feniks, que atribuye a la acción pauliana una naturaleza contractual, debe entenderse que, por aplicación del principio de coherencia entre instrumentos comunitarios, recogido en el considerando 7 RRI, en los supuestos en los que el litigio derive del ejercicio de una acción pauliana la ley aplicable será la *lex contractus*.

XI. Para determinar, en consonancia con el artículo 4 RRI, cuál es, en relación con una acción pauliana, la *lex contractus* las opciones son básicamente dos. Una primera pasa por estimar que, al carecer de conexión especial y de prestación característica, la acción pauliana debería someterse a la cláusula de cierre del artículo 4, esto es, a la ley con la que la acción presente los vínculos más estrechos, que se concretaría en la ley del país donde esté situado el centro de intereses del deudor. La segunda solución, que parece abrirse paso tras la Sentencia Feniks, consistiría en identificar a estos efectos la acción pauliana con el acto o contrato del que trae causa, lo cual, a su vez, plantearía una doble posibilidad: tomar como referencia el primer contrato (entre acreedor y deudor) o el segundo acto o contrato (entre deudor y tercero). Recurriendo de nuevo al principio de coherencia y siendo fieles a la doctrina Feniks, habría que estar a la primera solución y, en consecuencia, sujetar la acción pauliana al derecho rector del primer contrato, cuya individualización debería hacerse a través de los mecanismos previstos en el citado artículo 4.

V. Bibliografía

CALLIES, GRALF-PETER, *Rome Regulations*, Wolters Kluwer Law and Business, The Netherlands, 2015.

CARBALLO PIÑEIRO, LAURA, “Acción pauliana e integración europea: una propuesta de ley aplicable”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 64, Nº 1, 2012, pp. 43-72.

DE CASTRO BRAVO, FEDERICO, “La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los artículos 1.911 y 1.111 del Código Civil”, *Revista de Derecho privado*, 1932, recogido en *Estudios Jurídicos del Profesor Federico de Castro*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Regionales, 1997, pp. 141-185.

CHAZAL, JEAN-PASCAL, “Francia: La acción pauliana en Derecho francés”, en J. J. FORNER DELAYGUA, (ed.), *La protección del crédito en Europa: La acción pauliana*, Barcelona: Bosch, 2000.

CRISTÓBAL MONTES, ÁNGEL, *La vía pauliana*, Madrid: Tecnos, 1997.

ESPINIELLA MENÉNDEZ, ÁNGEL, “Nota a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 1ª), de 19 de abril de 2012”, *Revista Española Derecho Internacional*, 64 (2012-2).

ESPINIELLA MENÉNDEZ, ÁNGEL, “Competencia judicial internacional para acciones en fraude de acreedores: Sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2018, asunto C-337/17: Feniks c. Azteca”, en *La Ley Unión Europea*, nº 65, Wolters Kluwer, diciembre 2018.

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

FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS Y SÁNCHEZ LORENO, SIXTO, *Derecho Internacional Privado*, 9ª ed., Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 2016.

FONTANELLAS MORELL, JOSEP MARIA, “Nota a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 1ª), de 4 de septiembre de 2014, asunto C-157/13, Nickel & Goeldner Spedition GmbH c. «Kintra» UAB», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 67, Nº 1, 2015, pp. 245-249.

FORNER DELAYGUA, JOAQUIN J., “España: Derecho europeo: La acción pauliana bajo TJCE (una opinión discrepante de Recihert II)” en FORNER DELAYGUA, JOAQUIN J. (ed.), *La protección del crédito en Europa: La acción pauliana*, Barcelona: Bosch, 2000.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, FRANCISCO JAVIER, *Derecho Internacional Privado*, 4ª ed., Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2017.

HOFFMANN, NADJA, “Alemania: La *actio pauliana* en Derecho alemán: impugnación de los acreedores según la ley de impugnación y la regulación referente a la insolvencia” en FORNER DELAYGUA, JOAQUIN J. (ed.), *La protección del crédito en Europa: La acción pauliana*, Barcelona: Bosch, 2000.

JIMÉNEZ GÓMEZ, BRISEIDA SOFIA, “Competencia Internacional para conocer de la acción pauliana”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 11, Nº 1, Madrid, 2019, pp. 791-800.

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

LUTZI, TOBIAS, *Forcing a Square Peg into a Round Hole – The Actio Pauliana and the Brussels Ia Regulation*, Conflict of laws.net: Views and news in Private International Law, 2018 (<http://conflictoflaws.net/2018/forcing-a-square-peg-into-a-round-hole-the-actio-pauliana-and-the-brussels-ia-regulation/>)

DE MIGUEL ASIENSO, PEDRO ALBERTO, *Acción pauliana: el lugar de cumplimiento de las obligaciones contractuales como fundamento de la competencia internacional*, Blog Pedro de Miguel Asensio, Madrid, 2018: (<http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2018/10/accion-pauliana-el-lugar-de.html>)

ORDUÑA MORENO, FRANCISCO JAVIER, *La acción rescisoria por fraude de acreedores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: análisis de su concepto y de los presupuestos y requisitos para el ejercicio de la acción*, 2ª ed., Barcelona: Bosch, 1992.

D'ORS, XAVIER, *El interdicto fraudatorio en el Derecho romano clásico*, Roma: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Delegación de Roma, 1974.

RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, “España: La acción pauliana en Derecho espanyol”, en FORNER DELAYGUA, JOAQUIN J., (ed.), *La protección del crédito en Europa: La acción pauliana*. Barcelona: Bosch, 2000.

RODRÍGUEZ BENOT, ANDRÉS (dir.), *Manual de Derecho internacional privado*, 5ª ed., Madrid: Tecnos, 2018.

STEVENS, ROBERT Y SMITH, LIONEL, “Reino Unido: La acción pauliana en Derecho inglés” en J. J. FORNER DELAYGUA, (ed.), *La protección del crédito en Europa: La acción pauliana*. Barcelona: Bosch, 2000.

VI. Jurisprudencia

Tribunal Supremo

STS 16 de febrero de 1993	Nº Resolución: 0141	ROJ: 668/1993
STS 25 de enero de 2000	Nº Resolución: 28/2000	ROJ: 389/2000
STS 19 de setiembre de 2002	Nº Resolución: 850/2002	ROJ: 5972/2002
STS 12 de marzo de 2004	Nº Resolución: 183/2004	ROJ: 1706/2004
STS 31 de enero de 2006	Nº Resolución: 46/2006	ROJ: 174/2006
STS 19 de noviembre de 2007	Nº Resolución: 1236/2007	ROJ: 8198/2007
STS de 6 de mayo de 2008	Nº Resolución: 278/2008	ROJ: 4223/2008
STS 25 de marzo de 2009	Nº Resolución: 191/2009	ROJ: 1244/2009
STS de 25 de junio de 2010	Nº Resolución: 406/2010	ROJ 3284/2010
STS 5 de julio de 2010	Nº Resolución: 422/2010	ROJ: 5403/2010
STS 12 de julio de 2011	Nº Resolución: 562/2011	ROJ: 5090/2011
STS 7 de septiembre de 2012	Nº Resolución 510/2012	ROJ: 7508/2012
STS 26 de octubre de 2012	Nº Resolución: 629/2012	ROJ: 7265/2012
STS 18 de junio de 2014	Nº Resolución: 328/2014	ROJ: 2943/2014
STS 3 de noviembre de 2015	Nº Resolución: 575/2015	ROJ: 4471/2015
STS 21 de diciembre de 2016	Nº Resolución: 735/2016	ROJ: 5526/2016

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Sentencia TJCE de 22 de febrero de 1979, C-133/78, Gourdain c. Franz Nadler

Sentencia TJCE de 27 de setiembre de 1988, C-189/87, Kalfelis c. Banco Shroeder, Muenchmeyer, Hengst & Co. Y otros

Sentencia TJCE de 10 de enero de 1990, C-117/88, Reichert c. Dresdner Bank

Sentencia TJCE de 26 de marzo de 1992, C-261/90, Reichert c. Dresdner Bank

Sentencia TJCE de 17 de junio de 1992, C-26/91, Jakob Handte & Co GmbH c. Traitements Mecano-Chimiques Des Surfaces Sa

Sentencia TJUE de 12 de febrero de 2009, C-339/07, Christopher Seagon c. Deko Marty Belgium NV

Sentencia TJUE de 25 de octubre de 2012, C-133/11, Folien Fischer AG, Fofitec AG c. Ritrama SpA

Sentencia TJUE de 4 de septiembre de 2014, C-157/13, Nickel & Goeldner Spedition GmbH c. «Kintra» UAB

Sentencia TJUE de 9 de noviembre de 2017, C-641/16, Tünkers France y Tünkers Maschinenbau GmbH c. Expert France, C-641/16

Sentencia TJUE de 20 de diciembre de 2017, C-649/16, Peter Valach y otros c. Waldviertler Sparkasse Bank AG y otros.

Sentencia TJUE de 4 de octubre de 2018, C-337/17, Feniks c. Azteca

Sentencia TJUE de 6 de febrero de 2019, C-535/17, NK c. BNP Paribas Fortis NV