

LA TUTELA AQUILIANA DEL DERECHO DE CRÉDITO Y LA REVOCACIÓN POR ACCIÓN PAULIANA

LUIS BUSTAMANTE SALAZAR*

Entre nosotros se acepta sin mayor discusión la idea que los derechos de crédito, esto es, aquellos que sólo pueden reclamarse de ciertas personas, que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas, tienen eficacia nada más que entre las partes; la eficacia y oponibilidad del derecho de crédito ante terceros se tiene como algo excepcional, con fundamento (bastante discutible) en lo que dispone el artículo 1545 del Código Civil.

Tal forma de ver las cosas confunde la convención en cuanto fuente de obligaciones, con la idea distinta de la oponibilidad del contrato, haciendo así del efecto relativo de este último, estatuido entre nosotros por el artículo 1545 del Código Civil, el fundamento de la pretendida inoponibilidad del mismo, lo que dista mucho de ser exacto.

Por oposición a los derechos absolutos los derechos de crédito serían indiferentes ante los terceros; estos últimos no devienen obligados por los mismos. En este sentido, se dice que los terceros no tienen porqué conocer y menos respetar los derechos de crédito que para ellos son *res inter alios acta*.

Pues bien, la expresión *tutela aquiliana del crédito* explica Ángela Fernández¹ alude a la lesión del derecho de crédito por un tercero, lesión extracontractual frente a la lesión contractual que sea imputable al deudor.

* Profesor de Derecho Civil en las Universidades de Chile y Gabriela Mistral

¹ La lesión extracontractual del crédito, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, p. 24.

La lesión del derecho de crédito imputable al deudor se resuelve en la tutela contractual², en tanto que la lesión del derecho de crédito por un tercero es objeto de la tutela aquiliana o extracontractual.

En este punto cabe recordar los intentos de unificación y sistematización de la responsabilidad civil, de la cual es partidario Yzquierdo Tolsada en España³ y detractor entre nosotros Rodríguez Grez⁴, para quien existen diferencias sustanciales entre la responsabilidad contractual y extracontractual, de las que se sigue que se trata de dos ámbitos muy diversos, sujetos a normas diferentes y, lo que es más importante, a efectos y principios también distintos.

La cuestión de la tutela aquiliana del derecho de crédito entronca con la de cuál es el régimen de responsabilidad común, que, como se sabe, divide a la doctrina. Entre nosotros, la tesis de la responsabilidad contractual como régimen común es doctrina extendida, y ella es sustentada por autores tan acreditados como Alessandri⁵ y Claro Solar⁶, entre otros. Igual cosa acontece en el Derecho italiano⁷ y, en general, en todos aquellos Derechos en que la responsabilidad contractual se aplica a cualquier incumplimiento de una obligación preexistente, independiente de la naturaleza de ésta.

La tesis de mayoría sostiene que la responsabilidad contractual surge de la violación de una obligación previa, independientemente de cual sea la naturaleza de ésta —contractual, cuasicontractual o le-

² Tal tutela viene regulada en el Código Civil a propósito del "efecto de las obligaciones". Si el deudor no cumple la obligación contraída, la ley otorga al acreedor diversos medios para obtener, en primer lugar el cumplimiento forzado (derecho principal); y, cuando ello no es posible, el pago de una suma de dinero que le compense lo que le habría significado el cumplimiento íntegro y oportuno de la obligación (para algunos, un derecho secundario: indemnización de perjuicios). Pero además la ley, en su afán de proteger al acreedor, otorga a éste ciertos derechos destinados a la conservación del patrimonio del deudor, en razón de que será en el patrimonio de este último donde se hará efectivo el cumplimiento, atento lo que dispone el artículo 2465.

³ Yzquierdo Tolsada, M.: La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y aquiliana., Razones para una moderada unificación, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliaria, 1991, pp. 443-489.

⁴ Rodríguez Grez, P.: De la responsabilidad delictual de los contratantes, en Estudios jurídicos en homenaje a los profesores Fueyo, León, Merino, Mujica y Rosende, Universidad del Desarrollo, Santiago, 2007, p. 23.

⁵ Alessandri Rodríguez, A.: De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno, Conosur, 2ª edición, Santiago, 1983, pp. 54 y ss.

⁶ Claro Solar, L.: Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado, t. XI, De las obligaciones, Imprenta Nascimento, Santiago, 1937, pp. 522-523.

⁷ Trabucchi, A.: Instituciones de Derecho civil, t. I, traducción de Luis Martínez Calcerrada, Editorial de Derecho Privado, Madrid, 1967, p. 219.

gal— y, por lo tanto, de un vínculo anterior al perjuicio causado⁸. La responsabilidad contractual comprende no sólo al incumplimiento o mal cumplimiento de lo que se debe en virtud de un contrato, sino también de aquellas prestaciones que tengan su origen en cualquier otra causa que ponga en relación directa a acreedor o deudor.

En cambio, la responsabilidad aquiliana no supone la violación de un vínculo jurídico previo, sino que el mismo hecho dañoso es el que hace nacer la obligación *ex novo* de reparar los perjuicios causados. Precisamente por lo dicho, se sostiene que la responsabilidad aquiliana es aquella que tiene lugar entre sujetos jurídicamente extraños, que no están vinculados por ningún deber específico.

Aunque el fundamento de la responsabilidad aquiliana radica en la infracción del *alterum non laedere* no es posible considerar a éste como una obligación propiamente tal, sino que como un deber de carácter general emanado de la misma convivencia social.

Sin duda, lo corriente será que el deudor sea quien lesione el derecho de su acreedor, a través de alguna de las formas de incumplimiento.

Sin embargo, contra lo que pueda creerse, las hipótesis de lesión extracontractual del crédito no son extrañas ni inimaginables, como señala Díez-Picazo⁹. Según Ángela Fernández¹⁰ con que sólo existiese un supuesto, el estudio del problema tendría su razón de ser.

La verdad es que las hipótesis de lesión extracontractual del derecho de crédito son variadas y numerosas¹¹, y su revisión permite man-

⁸ En tal sentido, de Ángel Yaguez, R.: La responsabilidad civil, pp. 23, 24 y 27, citado por Vásquez Ferreyra, Responsabilidad por daños (elementos), Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 65.

⁹ Díez Picazo, L.: Fundamentos del Derecho civil patrimonial, T. I, Tecnos, Madrid, 1979, p. 725.

¹⁰ Fernández Arévalo, A. (nota 1) p. 25.

¹¹ Así, los tratadistas franceses plantean diversas hipótesis de lesión extracontractual del crédito por un tercero: la pérdida de la cosa debida (sufra o no el acreedor el *periculum obligationis*); la lesión o muerte del deudor, ya se trate de obligaciones de dar o de hacer, en especial de aquellas de carácter personalísimo, como la obligación de dar alimentos (cuyo tratamiento se incluye en los *damages par ricochet*); la privación de la posición del acreedor, a través de actos o contratos relacionados con la existencia y efectividad del crédito ejecutados o celebrados por el tercero y el deudor; y por fin, las hipótesis de concurrencia del deudor y tercero en la producción del daño, mediante una simple actividad material, o llevada a cabo por ejemplo en un contrato del que nace un derecho incompatible con el del acreedor. Según Ángela Fernández las dos últimas hipótesis son posiblemente las más conocidas por los tratadistas franceses y que ellos estudian bajo la

tener la tesis que la lesión culpable de un derecho de crédito, como derecho subjetivo que es, como situación jurídica creada y reconocida por el Derecho, imputable a un tercero, genera para este último la obligación de indemnizar los perjuicios causados¹².

El sentido del artículo 2314 no discrimina entre derechos subjetivos, absolutos unos y relativos otros, por lo que la exclusión de estos últimos de la tutela aquiliana no aparece justificada.

Ante un incumplimiento contractual imputable al deudor, lo que las reglas de responsabilidad contractual hacen es distribuir los costes entre los contratantes, asumiendo cada uno de éstos los riesgos económicos previstos al tiempo de constituirse la obligación¹³.

Ahora si el incumplimiento contractual es imputable al hecho o culpa de un **tercero**, incumplimiento que, por definición, se traduce en la frustración de las expectativas del acreedor, debe generar para aquél responsabilidad por la lesión del derecho de crédito.

En lo que toca al *quantum* indemnizatorio, la responsabilidad del tercero está limitada, pues tendrá que responder por no más de lo que hubiera de responder el deudor, o sea, como explica Ángela Fernández¹⁴ no podrá el acreedor pretender que, bajo el expediente de la responsabilidad aquiliana del crédito, el tercero haya de asumir sus propios costes y riesgos económicos con que inicialmente el acreedor debía cargar para la consecución de los fines previstos al tiempo de la constitución de la obligación.

En todo caso, lo que justifica el estudio de la tutela aquiliana del crédito no es que esta última origine un régimen de responsabilidad

denominación genérica de "complicidad del tercero con el deudor". La doctrina italiana también estudia la responsabilidad del tercero por destrucción o deterioro de la cosa debida —Busnelli, D. F.: *La lesione del crédito da parte di terzi*, Giuffrè, Milano, 1964—; por muerte o lesión del deudor, en particular de la obligación de dar alimentos, o de hacer, con carácter personalísimo —el mismo D. F. Busnelli, en la obra citada—; por ataque a la posición jurídica del acreedor, privándole de su derecho por actos o contratos relacionados con la existencia y efectividad del crédito (Schlesinger, P.: *Il pagamento al terzo*, Giuffrè, Milano, 1961); y los supuestos de concurso de responsabilidad del tercero y del deudor por incumplimiento de contrato, en especial mediante actividad contractual y/o negocial, lo que la doctrina italiana viene llamando "responsabilità extracontrattuale da contratto" (Martino, P.: *La responsabilità del terzo "complice" nell'inadempimento contrattuale*, R.T.D.P.C., 1975).

¹² Fernández Arévalo, A.: (nota 1) p. 25.

¹³ Según Ángela Fernández resultan muy interesantes las observaciones que sobre el particular realiza Pietro Trimarchi en su artículo "Sul significato dei criteri di responsabilità contrattuale", en RT D P C, 1970, pp. 512-531.

extracontractual propio y distinto del común, en razón de sus condiciones y bien jurídico protegido, sino al confuso estado doctrinal existente al respecto, efecto de prejuicios dogmáticos recibidos de los pandectistas y principalmente a través de la doctrina italiana.

I. EL PERJUICIO DEL CRÉDITO POR ACTO DE TERCERO

En una ocasión reciente¹⁵ hicimos ver que el título de este estudio hace referencia a un fenómeno genérico que, de hecho, se manifiesta en una múltiple gama de posibilidades, pero que, en su conjunto, plantea un problema unitario: si el acto de tercero que causa perjuicio a un derecho de crédito origina responsabilidad para el tercero por los daños causados al acreedor¹⁶.

Como quedó señalado, está muy divulgada la afirmación de que los derechos de crédito sólo son eficaces entre acreedor y deudor, esto es, inoponibles frente a los terceros¹⁷. En cambio, los derechos reales (llamados igualmente derechos absolutos) se tienen como eficaces frente a todos (*erga omnes*), esto es, oponibles frente a terceros.

Si los derechos de crédito no afectan a los terceros, estos pueden desconocer su existencia¹⁸, ya que no existe ningún deber negativo de

¹⁴ Fernández Arévalo, A.: (Nota 1) p. 26.

¹⁵ El perjuicio del crédito por acto de tercero (Los contratos incompatibles como hipótesis de lesión del derecho de crédito), Ponencia en las IV Jornadas Chilenas de Derecho Civil, realizadas en Olmué, días 3 a 5 de agosto de 2006. Publicado en Estudios de Derecho Civil II, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2006, LexisNexis, 2006, pp. 363 y ss.

¹⁶ Nuestro trabajo es el resultado de un estudio que efectuamos sobre los efectos de la contravención de un 'Non Competition Agreement' con el que culminó una extensa y compleja negociación para la adquisición de una industria, líder en su giro en el mercado nacional.

¹⁷ Cfr. Mazeaud, H. / Mazeaud, L. / Mazeaud, J.: Lecciones de Derecho civil (traducción del francés por Luis Alcalá-Zamora Castillo), parte primera, volumen I, Buenos Aires, 1959, pp. 267, 415, 416, 420 y 421), distinguen en la obligación entre el vínculo y la oponibilidad. Afirman que la obligación no vincula a los terceros, esto es, los terceros no son ni acreedores ni deudores. Ahora bien, la obligación resulta oponible a los terceros, no pudiendo éstos desconocer sus existencia y siendo responsables solidarios cuando colaboren en la lesión de un derecho de crédito ajeno. Parte de los tratadistas franceses distinguen cuidadosamente entre la oponibilidad del acto y la oponibilidad del derecho o de la situación creada por aquél. Así lo hace Roubier, P.: *Droits subjectifs et situation juridiques*, París, 1963, p. 247. También destaca lo anterior Levis, M.: *L'opposabilité du droit réel*. (De la sanction judiciaire des droits), París, 1989, p. 19.

¹⁸ En este sentido Puente Alfaro, F. de: El arrendamiento urbano frente a terceros, Barcelona, 1996, p. 46. En contra Vattier Fuenzalida, C.: La tutela aquiliana de los derechos de crédito: algunos aspectos dogmáticos, en Homenaje al profesor Juan Roca Juan, Universidad de Murcia, 1989, p. 854.

abstención¹⁹. Es más, se sostiene que los derechos de crédito son indiferentes para los terceros, ya que no existe el deber de reconocerlos ni de respetarlos. En este sentido, Von Tuhr²⁰ dice que el acreedor (titular de un derecho de crédito) no tiene pretensión alguna contra el tercero que frustre o dificulte el cumplimiento, sosteniendo que el acto del tercero es ineficaz y sólo le obliga a la reparación del daño frente al deudor si constituye delito.

En nuestro derecho las afirmaciones precedentes deben ser discutidas²¹. Desde luego, los derechos de crédito y los derechos reales pertenecen a la categoría de los derechos subjetivos y como tales son dignos de protección por el Derecho ante ataques o violaciones ilícitas de los terceros. Sobre el punto, Díez-Picazo²² señala que la existencia de un deber de respeto general frente al derecho no es una característica peculiar del derecho real, sino que se da también en el derecho de crédito, como en general en todos los derechos subjetivos. En todos aquellos casos en que el derecho de crédito pueda ser violado por un tercero distinto del deudor (por ejemplo, violación del derecho derivado un contrato con cláusula exclusiva, de un derecho de opción, etcétera), el acreedor puede dirigirse contra el tercero para reclamar que su derecho sea satisfecho. Es posible concluir, entonces, que la lesión culpable de un derecho de crédito, como derecho subjetivo, como situación jurídica creada y reconocida por el Derecho, imputable a un tercero, genera para este sujeto la obligación de reparar el daño causado²³.

Sin duda, los mecanismos de protección de los derechos reales y de los derechos de crédito son diferentes. Es cierto que, con carácter

¹⁹ En nuestro concepto esta idea no se corresponde con aquella otra según la cual los derechos de crédito son derechos subjetivos que forman parte del patrimonio y, por consiguiente, merecedores de la protección que el Derecho ofrece frente a los ataques o violaciones ilícitas.

²⁰ Cfr. Von Tuhr, A.: *Derecho Civil. Parte General del Derecho Civil Alemán*, I-1º, Los derechos subjetivos y el patrimonio (traducción directa del alemán por Tito Ravá), Madrid, 1998, pp. 212 y ss.

²¹ Desde luego, los derechos de crédito son derechos subjetivos que forman parte del patrimonio de una persona y, por tanto, merecedores de la protección que el Derecho ofrece frente a los ataques o violaciones ilícitas.

²² Cfr. Díez-Picazo, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, volumen I, 5ª edición, Madrid, 1996, p. 63.

²³ Cfr. Fernández Arévalo, A.: *La lesión extracontractual del crédito*, Valencia, 1996, p. 25. En parecidos términos se pronuncia en España Vattier Fuenzalida, C. (n. 3) pp. 850 y 851, y en Italia Busnelli, F. D.: *La tutela aquiliana del crédito: evoluzione giurisprudenziale e significato attuale del principio*, en *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1987, N° 2, p. 296.

general, los derechos de crédito no son oponibles a los terceros²⁴. En efecto, en nuestro Derecho no existe un régimen de publicidad de los derechos de crédito, y la publicidad de los derechos reales inmuebles deriva principalmente de su acceso al Registro Conservatorio de Bienes Raíces. Según Díez-Picazo la eficacia erga omnes de los derechos reales exige unas especiales condiciones de forma y publicidad²⁵.

Al no existir la posibilidad de conocer los derechos de crédito, éstos, en general, no son oponibles a terceros. Cuando los terceros no conozcan la existencia del derecho de crédito ajeno y colaboren con el deudor en su lesión no van a ser responsables por los daños y perjuicios sufridos por su titular.

En qué casos y bajo qué supuestos se reconoce en otros Derechos la tutela aquiliana de los derechos de crédito frente a los ataques o violaciones ilícitas de los terceros es lo que trataremos a continuación.

En Francia, la doctrina ha mostrado interés por el estudio de los diferentes casos en los que la lesión de un derecho de crédito se produce, directa o indirectamente, como consecuencia del acto de un tercero. Entre otros²⁶, ha estudiado los supuestos de concurrencia del deudor y tercero en la producción del daño, a través de una simple actividad material o negocial (por ejemplo, la celebración de un contrato entre el deudor y el tercero del que nace un derecho incompatible con el derecho cuya titularidad ostenta el acreedor). Este último grupo de casos es el que más ha estudiado la doctrina y la jurisprudencia francesa²⁷.

²⁴ Para la cuestión de la eficacia de los derechos de crédito frente a los terceros puede verse el trabajo de Pérez García, M. J.: El derecho de acogimiento a la casa y su oponibilidad a terceros adquirentes (comentario a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 28 de noviembre de 2000), en Anuario de Derecho Civil, 2001, pp. 1723 a 1739.

²⁵ Autonomía privada y derechos reales, en Libro Homenaje a Ramón M^a Roca Sastre, volumen II, Madrid, 1976, pp. 324 y 325.

²⁶ En distintas épocas, los tratadistas franceses han estudiado: a) La muerte o las lesiones físicas sufridas por el deudor de una obligación personalísima (intuitu personae), provocadas por la conducta de un tercero, que impiden a aquél cumplir su obligación con el acreedor. Este caso ha sido estudiado con especial interés por Mazeaud, H. / Mazeaud, L. / Tunc, H.: Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual (traducción de Alcalá-Zamora), tomo I, volumen I, Buenos Aires, 1961, pp. 390 a 394; b) la pérdida de la cosa debida derivada de la conducta de un tercero, con independencia de que el acreedor sufra o no el *periculum obligationis*. Aubry, C. / Rau, C.: Cours de Droit Civil Français, tomo IV, París, 1902, p. 244; y c) la privación de la posición del acreedor, por medio de actos o contratos, relativos a la existencia y efectividad del derecho de crédito, ejecutados o celebrados por el tercero y el deudor (por ejemplo, el tercero aparenta ser el verdadero acreedor y cobra el crédito). Savatier, R.: Traité de la responsabilité civile en droit français. Les sources de la responsabilité civile, tomo I, París 12939, p. 190.

²⁷ Así lo destaca Roca-Sastre Muncunill, L.: El perjuicio del derecho de crédito por acto de terceros, en Revista Jurídica de Cataluña, 1962, pp. 583 y 584.

No existen verdaderos obstáculos en el Derecho francés para sostener que, en determinados casos, el tercero va a ser responsable frente al acreedor de los daños y perjuicios que éste ha sufrido como consecuencia de la lesión de su derecho de crédito.

Sin duda, uno de los argumentos que podría esgrimirse en contra de la existencia en el Derecho francés de la tutela aquilina de los derechos de crédito es el llamado principio de la relatividad de los contratos consagrado por el artículo 1165 del Código Civil francés²⁸.

Durante gran parte del siglo XIX, los tratadistas franceses equiparados dos conceptos, la relatividad y la oponibilidad²⁹, afirmándose generalizadamente que las convenciones serían inoponibles a aquellos que no han concurrido en su formación³⁰.

Sin adentrarnos en el punto, cabe señalar que diversas razones llevaron a esta confusión conceptual. Por una parte, la confusión terminológica entre los términos 'obligado' y concernido empleados en el Derecho francés, o, lo que es igual, entre lo que hoy se denominan los efectos directos y los efectos indirectos del contrato³¹; por otra, la ambigüedad propia del vocablo inoponibilidad, que puede entenderse de diversas maneras, es, en gran medida, la raíz de este error³².

Por influencia de Demogue —que, según Popesco³³, advirtió con claridad la diferencia entre la relatividad y la oponibilidad de los contratos—, los tratadistas franceses admiten casi unánimemente la distinción entre la relatividad del contrato, por el cual obliga sólo a las

²⁸ Sobre el principio de la relatividad de los contratos puede verse Goutal, J. L.: *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, París, 1981.

²⁹ Según Duclos, J.: *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, París, 1984, pp. 46-47, la asimilación no tiene precedentes históricos, pues jamás antes del Código Civil francés había sido considerada la relatividad de los contratos como sinónimo de inoponibilidad. Sostiene Duclos que los autores decimonónicos han afirmado, tomando a la letra la formulación del artículo 1165 del Código Civil francés, que un acto no podía dañar, ni aprovechar, a aquél que no había sido parte, ni representado. O sea, desde el punto de vista del tercero, el acto no existiría ya que, por definición, su voluntad no ha concurrido en la formación del mismo. En la explicación anterior se resuelve el concepto de inoponibilidad.

³⁰ Según Aubry, C. / Rau, C.: *Cours de Droit Civil Français*, tomo 4, París, 1902, p. 568, las convenciones no pueden ni ser opuestas a los terceros, ni pueden ser invocadas por ellos, artículo 1165; por su parte, Baudry-Lacantinerie, G. / Barde /L.: *Traité théorique et pratique de Droit Civil*, tomo XII, París 1906, p. 586, señalan que las convenciones no tienen efecto respecto de terceros.

³¹ Cfr. Duclos (n. 15) p. 47.

³² Cfr. Duclos (n. 15) pp. 49-50.

³³ Cfr. Popesco, R.: *La règle 'Res inter alios acta' et ses limites en droit moderne*, París, 1934, p. 2.

partes, y la oponibilidad, por la cual afecta indirectamente a terceros, que no están obligados, pero deben contar con ese contrato ajeno a la hora de ejercitar sus derechos.

Sin embargo, la mayoría de los tratadistas franceses entiende que el artículo 1165 del Código Civil francés no es un obstáculo para sostener la existencia de la tutela aquiliana de los derechos de crédito en ese Derecho. Tal como se ha visto, explican los autores que el principio de la relatividad no significa que los terceros tengan libertad para lesionar los derechos subjetivos ajenos, sino sencillamente que los derechos y obligaciones que nacen de un contrato vinculan al acreedor y al deudor, no pudiendo obligar a un tercero a cumplir lo pactado.

Además, los tratadistas franceses sostienen la existencia en su Derecho del denominado deber de respeto de los derechos subjetivos ajenos. Según ellos, este deber incumbe a todos, incluido los terceros, por lo que existe acuerdo en la doctrina y en la jurisprudencia que la violación de un derecho subjetivo ajeno (abstracción hecha de su carácter real o de crédito) por parte de un tercero constituye un acto ilícito, que puede, si concurren los demás requisitos, generar responsabilidad para el tercero³⁴.

Pero, sin duda, el principal argumento para sostener la existencia de la tutela aquiliana de los derechos de crédito es el artículo 1382 del Código Civil francés.

Con fundamento en la redacción amplia de esa disposición, los tratadistas entienden que en el Derecho francés rige un sistema de atipicidad del daño en sede de responsabilidad civil extracontractual. En efecto, el Code no establece qué derechos o bienes jurídicos son merecedores de tutela jurídica, sino que, en virtud del principio *alterum non laedere*, cualquier acción u omisión que lesiones un interés jurídico protegido puede dar lugar al nacimiento de un supuesto de responsabilidad civil extracontractual.

La mayoría de los tratadistas franceses³⁵ sostiene que según lo dispuesto en el artículo 1382 del Código Civil francés es admisible la tutela por la lesión de un derecho de crédito, siempre que exista un daño cierto³⁶ resultado de una conducta culpable y antijurídica del tercero.

³⁴ Cfr. Marty, G. / Raynaud, P.: *Droit civil. Les obligations. Les sources*, tomo I, 2ª edición, París 1988, p. 285.

³⁵ Entre otros Viney, G.: *Traité de Droit civil. Introduction à la responsabilité*, (sous la direction de Jacques Ghestin), 2ª edición, París, 1995, pp. 367 a 386.

³⁶ Cfr. Mazeaud, H. / Mazeaud, L. / Tunc A. (n. 9) pp. 403 y 404.

Pero, el reconocimiento en el Derecho francés de la protección aquiliana de los derechos de crédito frente a los ataques ilícitos de terceros no significa que estos, siempre y en todo caso, respondan de los daños y perjuicios causados al titular del derecho de crédito. Los terceros sólo serán responsables cuando su conducta sea culpable y antijurídica.

Para unos tratadistas franceses es necesario que exista un acuerdo fraudulento entre el deudor y el tercero³⁷, para otros, que son la mayoría, basta que el tercero tenga un simple conocimiento de la existencia del derecho violado³⁸. Para estos últimos la conducta del tercero es culpable y antijurídica cuando teniendo conocimiento de la existencia del derecho de crédito realiza una acción que perjudica los intereses del titular del citado derecho. En estos casos se considera que el tercero (calificado de mala fe) contraviene el deber general de respeto de los derechos subjetivos ajenos y por ello debe responder, con fundamento en el artículo 1382 del Código Civil francés, de los daños y perjuicios causados al titular del derecho de crédito lesionado.

En cuanto a la naturaleza de la responsabilidad del tercero que colabora con el deudor en la lesión del derecho de crédito ajeno, la doctrina francesa hoy día es prácticamente acorde: el tercero responde de los daños y perjuicios causados al acreedor lesionado según las reglas de la responsabilidad extracontractual.

Pero, sin duda han sido los tratadistas italianos quienes mayor atención han prestado al tema de la protección aquiliana de los derechos de crédito³⁹. Especial interés han mostrado por los casos de lesión de un derecho de crédito por el deudor con la colaboración de un tercero⁴⁰.

Como se sabe, los tratadistas italianos iniciaron el estudio de la *tutela aquiliana de los derechos de crédito* con ocasión del caso denominado la tragedia de Superga resuelto por el fallo de la Corte Suprema di Cassazione de 4 de julio de 1953.

El 4 de mayo de 1949, a raíz de un accidente aéreo, fallecen todos los jugadores de fútbol del equipo de la Associazione Calcio Torino. El

³⁷ En este sentido Dagot, M.: *Le pacte de préférence*, París, 1988, pp. 282 y 283.

³⁸ En el último tiempo Duclos, J.: *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, París, 1984, pp. 288, 451 a 454.

³⁹ Entre las innumerables publicaciones italianas sobre el tema Alpa, G.: *Diritto della responsabilità civile*, Roma, 2003, pp. 252 a 260.

⁴⁰ Trata este tema Busnelli, F. D. (n. 6) pp. 273 a 299.

citado club, en su condición de acreedor de una obligación de hacer personalísima, demandó a la compañía aérea (Società Ali Flotte Riunite) solicitando indemnización de los daños y perjuicios sufridos por el fallecimiento de todos los jugadores que tenía contratados.

La Corte Suprema di Cassazione rechazó la demanda del club de fútbol Torino.

En el citado fallo, la Corte Suprema di Cassazione, a los fines de desestimar la acción de la parte demandante (la Associazione Calcio Torino) frente a la compañía aérea, acude a la clásica distinción entre derechos absolutos y derechos relativos. Según la Corte italiana sólo se configura un hecho ilícito cuando se viola una norma que tutela un derecho subjetivo absoluto. Igualmente considera que los derechos de crédito, por efecto de su carácter relativo, sólo pueden ser violados por el deudor. En conclusión, la Corte Suprema di Cassazione declara que los titulares de los derechos de crédito (la Associazione Calcio Torino) no están habilitados para demandar, con fundamento en el artículo 2043 del Código Civil italiano, una indemnización a un tercero (la compañía aérea) que con su conducta ha provocado la lesión del derecho de crédito ajeno⁴¹.

Inicialmente, la mayoría de los tratadistas⁴² y de los tribunales italianos fueron contrarios a reconocer la vigencia de la tutela aquiliana de los derechos de crédito. Pero todo cambiará con la sentencia de la Corte Suprema di Cassazione de 26 de enero de 1971⁴³ que, resolviendo el llamado caso Meroni, jugador de fútbol de la Associazione Calcio Torino, fallecido en un accidente de tránsito, acoge la demanda y condena al responsable del accidente —al tercero, cuya conducta negligente provocó el accidente—, a indemnizar los daños y perjuicios al acreedor lesionado (Associazione Calcio Torino).

El fallo de la Corte Suprema di Cassazione supera la clásica distinción entre derechos absolutos y derechos relativos y declara que quien provoca dolosa o negligentemente la muerte de un sujeto (deudor, a su

⁴¹ En ese pleito emitieron dictamen *pro veritate* prestigiosos tratadistas italianos. Por la A. C. T. lo hizo Barbero, D.: Responsabilità aquiliana per lesione di rapporto personale, en Foro Pagano, 1951, III, pp. 157 a 168. Posteriormente se publicó la monografía de Fedele, A.: Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito, Milán, 1954.

⁴² Para una exposición de las doctrinas existentes sobre el tema Busnelli, F. D.: La lesione del credito da parte di terzi, Milán, 1964, pp. 10 a 48.

⁴³ Sobre este fallo Busnelli, F. D.: Un clamoroso 'revirement' della Cassazione: dalla 'questione di Superga' al 'caso Meroni', en Foro Italiano, 1971, pp. 1286 al 1296.

vez, de una obligación de hacer personalísima) y causa daños a la esfera jurídica ajena incurre en responsabilidad extracontractual; o sea, el sujeto causante (tercero) de la muerte del deudor está obligado a resarcir los daños y perjuicios causados al titular del derecho de crédito lesionado.

El fallo en cuestión obligó a los tratadistas italianos a replantearse el tema de la protección aquiliana de los derechos de crédito. Desde ese tiempo, los tratadistas italianos se muestran en su mayoría favorables a admitir la tutela aquiliana de los derechos de crédito en el Derecho italiano.

Sin embargo, una parte minoritaria de la doctrina⁴⁴ enfatizando en el carácter relativo de los derechos de crédito y citando a estos fines el artículo 1372 del Código Civil italiano, sigue manteniendo que los derechos de crédito no gozan de la protección aquiliana⁴⁵.

El acto de un tercero no puede lesionar el derecho de crédito ajeno, sino que éste sólo puede ser lesionado por el deudor.

El argumento no hace sino confundir dos cosas distintas como son la relatividad de los derechos de crédito y el deber de respeto a todos los derechos subjetivos ajenos. El artículo 1372 del Código Civil italiano enuncia el principio de la relatividad de los derechos de crédito, pero no significa que los terceros tengan libertad para lesionar los derechos de crédito ajenos⁴⁶.

Otra razón que se invoca para negar la existencia de la tutela aquiliana de los derechos de crédito es de política legislativa: se teme que el número de demandas por responsabilidad extracontractual aumente de forma incontrolada y que ello perjudique la fluidez del tráfico jurídico.

⁴⁴ Entre otros Cupis, A de: *Il danno. Teoría generale della responsabilità civile*, tomo II, Milán, 1970, pp. 66 a 99, y Messineo, F.: *Manual de Derecho civil y comercial* (traducción española de Santiago Sentis Melendo), tomo IV, Buenos Aires, 1979, pp. 493 a 495.

⁴⁵ Si la disposición citada es o no un verdadero argumento para negar la existencia de la tutela aquiliana del crédito Rodríguez, J. I.: *El principio de la relatividad de los contratos en el Derecho español*, Madrid, 2000, pp. 42 a 45.

⁴⁶ Sobre el significado del principio del efecto relativo de los derechos de crédito puede verse la precisión de Mazeaud, H. /Mazeaud, L. / Mazeaud, J. (n. 2) pp. 267, 415, 416, 420 y 421), que al efecto distinguen en la obligación entre el vínculo y la oponibilidad, precisando que la obligación no vincula a terceros, esto es, los terceros no son acreedores ni deudores. Sin embargo, la obligación sí resulta oponible a los terceros, no pudiendo éstos desconocer su existencia y siendo responsables solidarios cuando colaboren en la lesión de un derecho de crédito ajeno.

El argumento no nos hace fuerza, pues sólo estaremos ante un caso de tutela aquiliana del derecho de crédito cuando el acreedor sufra un daño cierto y éste sea imputable subjetivamente al tercero.

Hoy día la mayoría de los tratadistas italianos⁴⁷ sostiene la existencia en el Derecho italiano de la tutela aquiliana del crédito frente a los ataques ilícitos de los terceros.

En el pensamiento de la mayoría, el derecho de crédito no sólo puede ser lesionado por el deudor, sino que también los actos de los terceros pueden implicar su violación. Al efecto, se ejemplifica, entre otros, con los casos de la privación por el tercero al acreedor de su derecho de crédito como consecuencia de actos o contratos relativos a la existencia y efectividad del crédito, y en fin, con los casos de lesión del derecho de crédito por el deudor con la colaboración de un tercero⁴⁸.

Según los tratadistas italianos, el artículo 1372 del Código Civil italiano que consagra el principio de la relatividad de los derechos de crédito no es obstáculo para sostener la existencia en el Derecho italiano de un 'deber general de respeto de los derechos subjetivos ajenos', independientemente ello del carácter absoluto o relativo de los mismos.

Admitido lo anterior, es posible calificar de ilícitos los actos de terceros que, conociendo la existencia de los derechos de crédito ajenos, causan la lesión de éstos. El acto de tercero es ilícito porque vulnera el 'deber general de respetar las situaciones jurídicas ajenas'⁴⁹.

Ahora, cuáles son las consecuencias que en derecho se derivan de tal ilicitud. Para responder es necesario tener presente lo que dispone el artículo 2043 del Código Civil italiano: 'Cualquier hecho doloso o culposo, que ocasiona a otro un daño injusto, obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir el daño'. Con fundamento en dicha disposición los tratadistas italianos declaran la responsabilidad extracontractual del tercero frente al acreedor lesionado. O sea, el titular del derecho de crédito lesionado puede demandar al tercero la reparación de los daños y perjuicios que el acto de éste le ha causado.

⁴⁷ Entre otros Cfr. Alpa, G. / Bessone, M. / Carbone, V.: *Atipicità dell'illecito*, tomo IV, 3ª edición, Milán, 1995, pp. 4 a 7, y Betti, E.: *Teoría general de las obligaciones* (traducción y notas de Derecho español, por José Luis de los Mozos), Madrid, 1969, pp. 148 a 170.

⁴⁸ Cfr. Busnelli, F. D. (n. 6) pp. 273 a 299.

⁴⁹ En este sentido, entre otros, Busnelli, F. D. (n. 19) p. 238.

Tal como lo hacen ver Alpa, Bessone y Cabone⁵⁰ el sistema de responsabilidad extracontractual italiano es de los que se conocen como de atipicidad de daños, lo que significa que el Derecho italiano no establece qué derechos o bienes jurídicos son dignos de tutela jurídica, sino que en virtud del principio *alterum non laedere*⁵¹ cualquier acción u omisión que produzca un daño injusto en la esfera jurídica ajena puede dar origen a un supuesto de responsabilidad civil extracontractual.

El artículo 2043 del Código Civil italiano no hace referencia alguna a los derechos absolutos, ni tampoco a los derechos relativos, por lo cual ambas clases de derechos subjetivos están incluidos en el ámbito de aplicación de la citada disposición⁵².

El artículo 2043 del Código Civil italiano emplea la expresión daño injusto, no en el sentido de antijurídico (contra jus), sino en el sentido distinto de no justificado (non jure)⁵³. Entonces, la cuestión de si existe o no protección aquiliana del crédito en el Derecho italiano se resuelve contestando la siguiente pregunta: ¿la lesión de un derecho de crédito constituye un daño injusto? Sin duda, los derechos de crédito son derechos subjetivos y como tales forman parte del patrimonio de las personas, esto es, son dignos de protección por el Derecho.

Para la mayoría de los tratadistas italianos la lesión de un derecho de crédito por acto de un tercero sí constituye un daño injusto⁵⁴ y por lo tanto el acreedor lesionado está habilitado para demandar al tercero, con fundamento en el artículo 2043 del Código Civil italiano, la reparación de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la lesión de su derecho de crédito⁵⁵.

Por el contrario, el Derecho alemán no reconoce, en principio, la tutela aquiliana de los derechos de crédito, siendo el contenido del § 823 del BGB el fundamento principal para negarla.

⁵⁰ Cfr. Alpa, G. / Bessone, M. / Carbone, V. (n. 24) p. 6.

⁵¹ Cfr. Pugliatti, S.: *Responsabilità civile*, Milán, 1968, pp. 45 a 68.

⁵² Cfr. Alpa, G. / Bessone, M. / Carbone / V. (n. 24) p. 4.

⁵³ Cfr. Fernández Arévalo, A. (n. 6) p. 43.

⁵⁴ Cfr. Busnelli, F. D. (n. 6) p. 286. En España en igual sentido Díez-Picazo, L. (n. 5) p. 63; Fernández Arévalo, A. (n. 6) p. 25; y Vattier Fuenzalida, C. (n. 3) pp. 850 y 851.

⁵⁵ Como lo hace presente Busnelli, F. D. (n. 19) pp. 237 a 258, en los casos de lesión del crédito por el deudor con la colaboración de un tercero —por ejemplo, cuando el deudor y el tercero realizan un negocio jurídico incompatible con un derecho de crédito ya existente, cuya titularidad ostenta el acreedor, estaremos ante un supuesto de concurrencia de responsabilidades: la del deudor, de carácter contractual, y la del tercero, de naturaleza extracontractual.

Interpretando el § 823 del BGB se dice que el codificador alemán eligió un sistema de responsabilidad civil extracontractual de tipicidad de los daños⁵⁶, o sea, es la misma ley la que enumera los daños que considera resarcibles. En los Derechos que siguen el sistema de tipicidad de daños, la obligación de reparar nace solamente cuando los daños afectan a los derechos o bienes jurídicos que establece la ley⁵⁷.

Con todo, al analizar el § 823-1º del BGB surge la duda de cuál es el sentido de la expresión 'cualesquiera otro derecho' en la cual dado el carácter general que tiene la fórmula se puede entender que están incluidos los derechos de crédito. En contra, los tratadistas alemanes sostienen que la expresión 'otro derecho' no significa que la responsabilidad extracontractual nazca siempre que se lesione cualquier derecho, y entienden por 'derechos correlativos' según el texto del § 823-1º del BGB, todos los derechos absolutos y sólo tales derechos⁵⁸.

En tal sentido, Enneccerus, Kipp, Wolff⁵⁹ sostienen que la violación de un derecho de crédito, a pesar del carácter general que tiene la fórmula del § 823-1º (cualesquiera otros derechos), no cae dentro de esta disposición.

El análisis del Derecho comparado permite concluir, a los fines de esta ponencia, que en los Derechos examinados, independientemente de que se admita o no con carácter general la existencia de la tutela aquiliana del crédito, subyace la polémica en torno al alcance del principio de la relatividad de los contratos, y la discusión sobre si las normas relativas a la responsabilidad civil extracontractual protegen a los derechos de crédito, o sólo a los derechos absolutos.

En cuanto a nuestro Derecho, pensamos que las disposiciones del Código Civil, entre otros cuerpos legales, y los principios generales imponen el reconocimiento de un deber general de respetar todos los

⁵⁶ Cfr. Vattier Fuenzalida, C.: Los daños de familiares y terceros por la muerte o lesiones de una persona, en *Centenario del Código Civil* (Asociación de profesores de Derecho civil), tomo II, Madrid, 1990, p. 2073.

⁵⁷ Por ejemplo, la integridad física, la salud, la libertad, la propiedad, o determinados derechos subjetivos.

⁵⁸ Sostiene Larenz, K.: *Derecho Civil. Parte General* (traducción de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea), Madrid, 1978, pp. 294 y 295, que la distinción entre derechos absolutos y relativos tiene importancia principalmente en orden a la tutela de esos derechos. Si el titular de un derecho absoluto es perturbado por otro en el ejercicio del mismo (...) tiene una pretensión de resarcimiento de daños conforme al artículo 823-1º.

⁵⁹ *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones* (traducido y anotado por Pérez González B. y Alguer, J.), volumen II, segunda parte, 3ª edición, Barcelona, 1966, pp. 1049, 1050 y 1059.

derechos subjetivos, aun aquellos que, por unanimidad, los tratadistas califican como relativos. Lo anterior ya sea porque se trata de un carácter ínsito al derecho de crédito, como derecho subjetivo que es, ya sea por la existencia, en nuestro Derecho, del deber genérico de *alterum non laedere*. En cualquier caso, este deber general de respeto que incumbe a los terceros, no parece ser sino la traslación al ámbito de los derechos subjetivos del deber que grava a cualquier tercero de observar y respetar las normas jurídicas⁶⁰.

En contra de esta idea, que es la que sustentamos, unos tratadistas mantienen la distinción entre los derechos absolutos como aquellos protegidos *erga omnes* y los derechos relativos como aquellos protegidos sólo frente al deudor, y como consecuencia de ello concluyen que a los derechos relativos no les es aplicable la tutela extracontractual derivada de la regulación del artículo 2314, sino sólo aquella tutela prevista en los artículos 1556 y siguientes.

Sin embargo, estimamos superada la distinción entre derechos reales y de crédito en cuanto a su eficacia indirecta, y admitimos la protección de los derechos relativos (derechos de crédito específicamente) por la tutela extracontractual. No nos cabe duda que la regulación del artículo 2314 ampara también a los acreedores contra los actos lesivos o ataques injustificados de terceros, brindándoles así una tutela *erga omnes*.

En lo precedente ha quedado presentado el tema de la tutela aquiliana de crédito en los principales Códigos Civiles del Derecho comparado, tema al que la doctrina nacional no le ha prestado ninguna atención, y que suscita numerosas interrogantes, tales como: ¿Es posible que un tercero lesione un derecho de crédito ajeno? ¿En qué casos? Ahora, el tercero que vulnera el derecho del acreedor ¿responde frente a este último por los daños y perjuicios que le ha causado?

En cuanto a las hipótesis de lesión del derecho de crédito, éstas son heterogéneas y, por lo tanto, no susceptibles de recibir un tratamiento conjunto⁶¹.

⁶⁰ Cfr. Domínguez Platas, J.: *Obligación y derecho real de goce*, Valencia, 1994, p. 75.

⁶¹ a) lesión del derecho de crédito imputable a tercero consistente en la pérdida de la cosa debida; b) lesión del derecho de crédito imputable a un tercero consistente en la insatisfacción por muerte o lesiones producidas a la persona del deudor (obligaciones personalísimas y aquellas en que no concurre el *intuitus personae*); c) lesión del derecho de crédito consecuencia de un acto o contrato del tercero que incide en la posición jurídica del acreedor; y d) lesión del derecho de crédito con la concurrencia de responsabilidades del deudor y del tercero.

II. LESIÓN DEL DERECHO DE CRÉDITO CON LA CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDADES DEL DEUDOR Y DEL TERCERO (RESCISIÓN POR FRAUDE DE ACREEDORES)

No tenemos dudas que el fraude de acreedores⁶² es un caso de lesión del derecho de crédito imputable al deudor en el que colabora un tercero que, a título oneroso o gratuito, adquiere bienes del deudor. En consecuencia, la intervención de este tercero en la lesión del derecho de crédito lo hace responsable frente al acreedor lesionado.

Según Díez-Picazo⁶³, la forma básica y típica del fraude consiste en el hecho de que el deudor enajene gratuitamente sus bienes o que los enajene de manera onerosa para ocultar el dinero o la contraprestación obtenida a cambio.

Por su parte, Morales Moreno⁶⁴ señala que en el fraude de acreedores la lesión del derecho de crédito se produce de modo indirecto, a saber: reduciendo la base patrimonial de responsabilidad. El fraude de acreedores se produce cuando el deudor, como consecuencia de los negocios jurídicos que celebra con terceros, queda en estado de insolvencia, imposibilitando a los acreedores cobrar sus créditos. Sin duda, desde que la responsabilidad del deudor deja de ser personal para convertirse en responsabilidad patrimonial, la forma más importante del fraude de acreedores consiste en el intento de burlar o de eludir los derechos de los acreedores, desprendiéndose de aquellos bienes sobre los cuales éstos podrían cobrar sus créditos.

Para que exista fraude de acreedores no basta sólo con la conducta del deudor, sino que éste necesita la colaboración de un tercero que, como se dijo, adquiere bienes de él. Ahora, este tercero —adquirente de un bien del patrimonio del deudor— puede conocer o no que se trata de un acto de enajenación ejecutado para perjudicar derechos de crédito ajenos, si bien suele ser normal que los terceros sean partícipes del fraude. Por lo anterior es que, en general, la acción se dirige contra el deudor fraudante y centra las personas (adquirentes de los bienes, etc.) que hayan sido cómplices en el fraude.

⁶² Se trata de un caso particular de actividad dolosa, que, por estar sometido a un régimen jurídico peculiar, ha adquirido una especial tipicidad y que es conocido con el nombre de "fraude de acreedores". En este sentido, Díez-Picazo, L.: *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, volumen II, 5ª edición, Civitas, Madrid, 1996, p. 730.

⁶³ Cfr. Díez-Picazo, L. (n. 48) p. 730.

⁶⁴ Cfr. Morales Moreno, A. M.: *Enajenación de bienes en fraude de acreedores*, Conferencia pronunciada el 25 de marzo de 1992 en el seminario sobre "Problemas jurídicos de los actos en fraude de los acreedores", organizado por Management Forum España S.A.

El artículo 2468 de nuestro Código Civil concede a los acreedores defraudados la acción pauliana⁶⁵, sobre cuya naturaleza jurídica se ha suscitado discusión en doctrina.

En efecto, la naturaleza jurídica de la acción pauliana es discutida⁶⁶; es decir, se discute si es una acción real o una acción personal; si es o no una acción de nulidad; y si su función es ejecutiva o puramente conservativa del crédito, al punto de provocar desconfianza en una parte importante de la doctrina a la hora de configurar su naturaleza. En este sentido, los ilustres Colin y Capitant⁶⁷ al tratar los efectos y naturaleza de la acción pauliana señalan que las discusiones —en Francia el tema de la naturaleza jurídica de la acción pauliana ha preocupado especialmente a la doctrina— han oscurecido y aumentado la dificultad que por sí misma tenía la materia, y proponen dejar de lado el debate, pues su configuración secular le ha conferido una fisonomía particular, que tiene algo de acción de nulidad y algo de acción para la reparación de perjuicio⁶⁸.

⁶⁵ Sobre la acción pauliana puede verse Butera, A.: *Dell'azione pauliana o revocatoria*, Turín, 1934, y Natoli, U. y Bibliazi Geri, L.: *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale (Le azioni surrogatoria e revocatoria)*, Milán, 1974.

⁶⁶ A ello ha contribuido, por una parte, su formación como resultado de la unificación por los compiladores justinianeos de varios remedios del Derecho Romano clásico de distinta estructura y heterogénea naturaleza, y por otra, la configuración de la misma que responde a las exigencias prácticas de proporcionar al acreedor un remedio contra los actos fraudulentos de su deudor; su función dentro del Derecho debe compaginar los distintos intereses en conflicto, intentando que la tutela efectiva del crédito signifique el menor sacrificio posible: por ejemplo, si la acción pauliana implicara un régimen de nulidad —como se ha sostenido—, tal calificación protegería al acreedor, pero, sin duda, afectaría los intereses del adquirente al comportar la restitución por entero de los bienes adquiridos.

⁶⁷ Cfr. Colin, A. y Capitant, H.: *Cours Elementaire de Droit Civil Francais*, tomo II, París, 1928, p. 59. Estos insignes tratadistas señalan que algunos autores modernos han impugnado la solución de los romanos que establecía que los acreedores sólo podían perseguir la revocación contra el segundo adquirente cuando éste lo era a título gratuito, o, si había adquirido a título oneroso, conocía igualmente el estado de insolvencia del deudor, invocando para ello, la lógica de los principios jurídicos. La acción pauliana, dicen estos autores, anula la primera enajenación y por consiguiente destruye el fundamento mismo de la segunda enajenación. El segundo adquirente no tiene título, pues ha recibido su derecho de un autor cuyo título fue revocado; *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*.

⁶⁸ Las principales corrientes doctrinarias sobre la naturaleza jurídica de la acción pauliana son las siguientes: a) la acción revocatoria es una dirigida a obtener una indemnización de daños y perjuicios, porque el derecho que corresponde a los defraudados es lograr la reparación del daño; es una acción de nulidad, ya que su fin es anular el acto frente a los terceros y las partes, frente a todos; y c) es una acción rescisoria, pues el acto revocable no se considera eficaz respecto de las personas amparadas por la acción.

Está aceptado que la acción pauliana no implica la nulidad del acto de enajenación impugnado⁶⁹, el que es válido, pero perjudicial, por lo que con la acción pauliana se impugna su eficacia. Tal acto reúne, *ex definitione*, todos los elementos constitutivos y presupuestos de validez; únicamente es ilícitamente lesivo de los intereses de ciertos terceros, interés que el Derecho tutela con la acción pauliana⁷⁰.

Si se considera a la acción pauliana como una acción de nulidad que procura reintegrar el patrimonio del deudor al estado en que se hallaba antes del acto de enajenación nulo, una vez declarada la nulidad se producen los efectos propios de la misma entre las partes y respecto de terceros. En tal escenario, por ejemplo, los subadquirentes, independientemente de su participación o ignorancia del fraude, sufren los efectos derivados de la acción pauliana.

En Italia, bajo la vigencia del Código Civil de 1865, la doctrina fue evolucionando desde una concepción de la acción pauliana como un supuesto de nulidad hacia la consideración de la misma como una simple ineficacia⁷¹, que favoreció el cambio de orientación de la jurisprudencia del primer tercio del siglo XX, y que quedó posteriormente consagrada en la nueva regulación dada a la acción pauliana en el Código Civil de 1942. El artículo 2901 de este Código al disponer que "el acreedor... puede pedir que se declaren ineficaces respecto de él los actos de disposición", no deja duda alguna de que estamos en presencia de una ineficacia parcial y relativa.

Es importante destacar que en el proyecto de Código Europeo de Contratos del grupo de Pavía, el recurso que se establece para proteger a los acreedores frente a los contratos que se celebran en fraude de sus derechos no es la rescisión del contrato, sino que se declara la inoponibilidad del mismo frente a los acreedores defraudados. En efecto, el artículo 154-1º es del siguiente tenor: "Son inoponibles a los terceros o a algunos terceros: (...) c) el contrato celebrado conscientemente por las dos partes en fraude del acreedor de una de ellas; en este caso, el

⁶⁹ La discusión sobre si se trata de una acción de nulidad o no es de fácil solución. En estricto rigor, la finalidad de la acción es permitir a los acreedores cobrar los créditos que se les adeudan y por lo tanto poner remedio al daño o perjuicio que se les ocasiona. De este planteamiento se deduce que la consecuencia de la acción debe ser la ineficacia del acto fraudulento cuando a través de la ineficacia el perjuicio puede ser rectificado.

⁷⁰ Cfr. Betti, E.: Teoría general de las obligaciones, tomo II, traducción de De los Mozos, Madrid, 1970, p. 397.

⁷¹ Cfr. Pacchioni, G.: Trattato delle obbligación, Turín, 1927, pp. 112 y ss. era partidario de la nulidad absoluta. La misma idea era sostenida por Butera, A.: Dell'azione pauliana o revocatoria, Turín, 1934, p. 129.

acreedor puede hacer valer con efecto retroactivo la inoponibilidad mediante la emisión de una declaración de voluntad dirigida a las dos partes antes de que transcurra el plazo de prescripción de tres años⁷².

La inoponibilidad, como explicación dogmática de los efectos de la acción pauliana⁷³, proviene de la doctrina francesa que fue poco a poco dejando de lado la configuración de la acción pauliana como acción de nulidad. El acto de enajenación impugnado como fraudulento sólo se reputa inoponible al acreedor.

Pues bien, el estudio del fraude de acreedores interesa, pues permite aproximarnos a una hipótesis característica de lesión del derecho de crédito en la que colabora un *tercero*, y conocer cuáles son sus requisitos y efectos, así como determinar qué grado de conocimiento de la existencia de un derecho de crédito ajeno es necesario para considerar que el tercero está de mala fe y, por consiguiente, responsable de la lesión del crédito ajeno.

Desde luego, cuando un acreedor ejercita la acción pauliana pretende que su derecho de crédito no resulte lesionado por la insolvencia del deudor provocada o aumentada por el acto de enajenación ejecutado entre éste y un tercero.

El acto de enajenación es válido, pero perjudica los derechos de los acreedores, que ven disminuida la garantía patrimonial con que contaban para el cobro de sus créditos. Sin embargo, para evitar que el acreedor, que no puede cobrar su crédito porque su deudor es insolvente, sufra daños y perjuicios se establece la ineficacia del acto de enajenación mediante la acción pauliana.

De lo dicho se sigue que como el acto de enajenación no adolece de vicios, la acción pauliana no pretende su invalidación.

Ahora, si la acción pauliana tiene éxito, el acto de enajenación es declarado ineficaz en la medida que perjudique el crédito del acreedor, debiendo el tercero a quien afecte la acción restituir los bienes objeto del mismo a los fines que el acreedor pueda cobrar su crédito y,

⁷² Cfr. VV.AA., La traducción española de la parte general del Código Europeo de Contratos, en *Revista Jurídica del Notariado*, 2002, N° 44, pp. 382 y 383.

⁷³ Cfr. Alvarez Vigaray, R.: *Introducción al estudio de la inoponibilidad*, en *Homenaje a Juan B. Vallet de Goytisolo*, volumen I, Madrid, 1988, p. 81. Este autor incluye entre las manifestaciones de la inoponibilidad en el Derecho español los supuestos de fraude de acreedores.

si esto no fuera posible, el tercero deberá, según los principios generales, indemnizar los daños causados al acreedor.

En España, el profesor De Castro⁷⁴, en una exposición que es clásica, distingue entre requisitos y presupuestos de la acción pauliana. Los presupuestos serían el crédito perjudicado y el acto ejecutado por el deudor, cada uno con las correspondientes condiciones; a los requisitos, uno objetivo y otro subjetivo, los llama *eventus damni* y *consilium fraudis*, respectivamente.

En todo caso, la enumeración de los requisitos de la acción pauliana no es una cuestión meramente escolástica. En efecto, la distinta importancia que se dé a los diferentes requisitos influirá en la concepción de la acción pauliana, configurándola con unos requisitos y efectos determinados.

Lo propio del fraude de los acreedores es que el perjuicio del derecho de crédito no se produce sólo por la conducta del deudor, sino que éste para perjudicar a sus acreedores precisa la colaboración de un tercero, siendo esta colaboración con el deudor lo que permite imputar responsabilidad al tercero frente al acreedor.

Por lo anterior, es necesario tratar con especial énfasis el fraude de acreedores, que se resuelve en la conducta del deudor y del tercero.

Sin duda, para el éxito de una acción pauliana es necesario que se pruebe el fraude del deudor. Pues bien, ¿en qué consiste el fraude del deudor? La conducta del deudor puede considerarse fraudulenta cuando existe la intención positiva de causar un daño a los acreedores, esto es, dolo en los términos del artículo 44; cuando existe el designio de sustraer bienes al cumplimiento de las obligaciones; o porque se tiene conciencia de que el contrato celebrado perjudicará a sus acreedores, creando o aumentando la insolvencia⁷⁵.

El acreedor perjudicado con el acto de enajenación que el deudor ejecuta con el tercero lo impugna ejerciendo en su contra la acción pauliana.

Para que la acción pauliana prospere es necesario que, en todo caso, se pruebe el fraude del deudor. En doctrina, los tratadistas seña-

⁷⁴ Cfr. De Castro y Bravo, F.: La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los artículos 1911 y 1111 del Código Civil, en Revista de Derecho Privado, 1932, pp. 209 y ss.

⁷⁵ Cfr. Morales Moreno, A. M. (n. 48).

lan que la conducta del deudor puede considerarse fraudulenta cuando existe el propósito directo de causar un daño a los acreedores (dolo); cuando existe la voluntad de bienes al cumplimiento de las obligaciones; o también por la simple conciencia de que el acto de enajenación perjudicará a sus acreedores.

Hoy día no se exige la que se estima casi imposible prueba del *animus nocendi* del deudor, sino que se considera que basta el *consilium fraudis* que el deudor buscaba con su comportamiento provocar un daño a sus acreedores, sino que es suficiente con probar que era (o debía haber sido) consciente de que causaba un perjuicio. En este sentido se señala que la conducta del deudor se considera fraudulenta cuando éste debió saber que el acto de enajenación lesionaba a sus acreedores⁷⁶, pues, es un deber del deudor, conforme a la buena fe, el conocer la situación de su patrimonio y mantener su solvencia⁷⁷.

En consecuencia, si alguien sabiendo que un acto va a producir un determinado efecto —el perjuicio del acreedor— lo lleva a cabo, es porque también quiere el efecto previsto y será responsable de él⁷⁸.

De la misma forma, para que se acoja la acción pauliana, y dado que por el ejercicio de la misma se afectará a un tercero, es necesario que se pruebe también la participación del adquirente (tercero) en el fraude, bien a través de su complicidad (*consilium fraudis*), bien a través del conocimiento que éste tenía de que su adquisición causaba perjuicio a los acreedores del deudor.

Tratándose de una enajenación de bienes *in fraudem creditorum* la acción pauliana afectará al deudor y a quien de él haya adquirido.

La doctrina clásica señalaba que en el Derecho romano y en la dogmática anterior al Código Civil francés se tenía como aceptado que, junto al fraude del deudor, era necesaria también una cierta participación del tercero adquirente, si bien sobre la base en este último caso de una distinción: si el acto de enajenación era a título oneroso, era necesario el concurso en el fraude por parte del tercero adquirente, pero si era a título gratuito no se necesitaba la complicidad de éste en el fraude.

⁷⁶ Cfr. Morales Moreno, A. M. (n. 48)

⁷⁷ Cfr. Jerez Delgado, C.: Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos. (La acción de rescisión por fraude a los acreedores), Madrid, 1999, p. 275.

⁷⁸ Cfr. Cicu, A.: L' obbligazione nel patrimonio del debitore, Milano, 1948, p. 41 y ss.

Como se sabe, el Código Civil francés destina a la acción pauliana un solo precepto, el artículo 1167⁷⁹, que establece el principio de impugnabilidad de los actos fraudulentos y guarda absoluto silencio sobre los requisitos y efectos de la acción.

En relación con lo anterior, un tratadista⁸⁰ señala que en el fraude de acreedores hay que entender por mala fe/fraude, el mero conocimiento o la ignorancia culpable —el haber conocido o haber podido diligentemente conocer—, en el momento de ejecutar el acto de enajenación, del perjuicio causado al acreedor con el específico acto de enajenación, esto es, que dicho acto causaba o agravaba la insolvencia del deudor. Sin embargo, no es necesario (aunque de darse también conlleva mala fe/fraude) la intención de dañar al acreedor.

Nuestro Código Civil requiere el fraude subjetivo para rescindir el acto de enajenación a título oneroso o a título gratuito.

En cuanto a su finalidad, la acción pauliana persigue, en lo esencial, proteger al acreedor asegurándole la efectividad de la responsabilidad patrimonial del deudor. Ella va dirigida a eliminar un perjuicio al derecho de crédito mediante un régimen singular de ineficacia parcial y relativa del acto de enajenación. Existe acuerdo que el Derecho ha considerado más adecuado eliminar el daño, en vez de compensarlo con una indemnización. Sin duda, el derecho de crédito exige una protección efectiva, pero el Derecho también debe conjugar otros intereses dignos de consideración⁸¹.

En armonía con lo expuesto, entendemos que la acción pauliana no persigue reintegrar el patrimonio del deudor, sino restaurar el desti-

⁷⁹ Se atribuye la parquedad del Código Civil francés en este punto al hecho que Pothier y los demás autores en que se inspiraron los codificadores, se ocupaban poco o nada de esta acción, y ello porque tendían a confundir fraude con simulación y los actos fraudulentos son impugnados como simulados acudiendo a la nulidad. La verdad es que la insuficiencia legislativa se suple con el recurso constante al Derecho romano común. Inversamente, el artículo 1235 del Código Civil italiano de 1865 fue fiel a la tradición, y disponía que "tratándose de actos a título oneroso el fraude debe resultar de parte de ambos contratantes. Para los actos a título gratuito, basta que en el fraude intervenga el deudor". Y en términos similares en el artículo 2901 del actual Código Civil italiano de 1942 se dispone que, además de que el deudor conozca el perjuicio, para que la acción pauliana pueda prosperar hace falta también que "tratándose de acto a título oneroso el tercero fuera conocedor del perjuicio". Es obvio que no hace falta semejante conocimiento en el tercero adquirente a título gratuito.

⁸⁰ Cfr. Jordano Fraga, F.: La acción revocatoria o pauliana. Algunos aspectos esenciales de su régimen en el derecho vigente, Granada, 2001, pp. 15 y 16.

⁸¹ Cfr. Roppo, E.: *Obbligazione, responsabilità e garanzia. Le formule del codice e il dibattito della dottrina*, en *Trattato di Diritto privato*, dirigido por Rescigno, tomo XIX, Turín, 1985, p. 38.

no del bien, como integrante de la prenda general, a la satisfacción del crédito.

La acción pauliana —una vez acogida, claro— afecta inevitablemente al tercero adquirente, en cuyo patrimonio está el bien enajenado por el deudor. Lo dicho no significa que siempre que el deudor ejecute un acto de enajenación perjudicial los acreedores podrán rescindirlo, pues justamente porque la rescisión afectará al patrimonio del tercero adquirente, el ejercicio de la acción se limita a aquellos casos en que el interés del acreedor merezca mejor protección que el interés del tercero.

Pues bien, lo anterior sucederá en todo caso cuando el tercero esté de *mala fe*, y sucede además cuando la causa del tercero sea más frágil que la causa del título en virtud de la cual deduce su acción el acreedor; o sea, entre proteger el beneficio del tercero adquirente y evitar un perjuicio del acreedor se debe optar por lo último⁸².

Si se trata de un acto de enajenación a título gratuito, probado el fraude del deudor y el perjuicio de los acreedores, la acción pauliana siempre prosperará, y por consiguiente, afectará al tercero adquirente, independientemente de si éste conocía o no la existencia del fraude. Es más, es posible sostener que existe una presunción legal *iuris et de iure* según la cual se considera que los actos de enajenación gratuitos son fraudulentos en sí mismos. En los actos de enajenación a título oneroso, en cambio, la acción pauliana sólo va a prosperar y, por consiguiente, sólo se va a imputar responsabilidad a los terceros adquirentes en la medida que éstos sean de mala fe.

El distinto tratamiento que reciben los terceros adquirentes, según se trate de adquirentes a título gratuito u oneroso, es ampliamente justificado por los tratadistas. En el conflicto de intereses que surge entre el acreedor perjudicado y el adquirente a título gratuito (por ejemplo, un donatario), el primero trata de evitar un perjuicio ilícito, esto es, intenta evitar que su crédito resulte incobrable por la insolvencia de su deudor, en tanto que el segundo intenta obtener un enriquecimiento (adquirir el dominio de un bien sin dar nada a cambio). No resulta justo que el tercero (donatario, por ejemplo) se enriquezca y el acreedor vea lesionado su derecho de crédito al no poder cobrar porque su deudor es insolvente.

⁸² Cfr. Jerez Delgado, C.: (n. 58), pp. 158 a 174.

Por el contrario, cuando el conflicto se plantea entre el acreedor lesionado y un adquirente a título oneroso, los intereses en juego son de valor análogo, pues el acreedor trata de cobrar su crédito y el segundo trata de adquirir, mediante una contraprestación, el dominio de un bien. El equilibrio de intereses sólo puede inclinarse a favor del acreedor, si el tercero estuviera de mala fe. Por el contrario, la buena fe del tercero que adquirió a título oneroso del deudor hace que se estime a éste merecedor de tutela, sin olvidar que también está en juego la seguridad en el comercio jurídico que inclina la balanza a su favor. En estos casos, la rescisión sólo procede cuando el tercero sea de mala fe, esto es, cuando haya colaborado en el fraude.

A los fines de este estudio, interesa establecer cuándo un tercero está de mala fe en relación con la lesión de un derecho de crédito. Por lo dicho, trataremos los casos de fraude en los que nuestro Código Civil exige la mala fe del tercero adquirente como requisito de admisión de la acción pauliana, es decir, los casos en que el tercero adquirió a título oneroso del deudor, sin perjuicio de referirnos también al tercero adquirente a título gratuito de *mala fe*.

De los casos en que el tercero adquirió a título oneroso del deudor podemos extraer criterios de imputación de responsabilidad útiles, trasladables al estatuto legal de la tutela aquiliana del derecho de crédito, artículo 2314 de nuestro Código Civil.

En materia de fraude de acreedores, se estima que los terceros están de mala fe cuando han sido cómplices del fraude del deudor o cuando conocían o, dadas las circunstancias, no podían desconocer que se trataba de un acto de enajenación que perjudicaba a los acreedores del deudor.

Los tratadistas señalan que para declarar fraudulento un acto de enajenación a título oneroso es necesaria cierta participación del tercero adquirente⁸³. El punto consiste en precisar en qué consiste esta participación.

Nuestro Código Civil define la mala fe del otorgante y del adquirente como el *conocimiento que ambos tienen del mal estado de los negocios del primero*.

No ocurre lo mismo en el Código Civil español cuyos artículos 1295 y 1298 emplean la expresión *mala fe*, que en opinión de sus

⁸³ Cfr. Cristóbal Montes, A.: La vía pauliana, Madrid, 1997, p. 154.

comentaristas más autorizados, hay que reconducir a los lacónicos términos de "conocimiento del daño" o "complicidad en el fraude" por parte del tercero.

Los tratadistas españoles en forma casi unánime entienden que no es necesario que el adquirente tenga intención de dañar a los acreedores de su enajenante, sino simplemente que conozca el fraude y participe de él. Según ellos, existe mala fe cuando concurre la circunstancia de haber conocido el adquirente el fraude con que obra el deudor, o participado en el mismo, no siendo necesario que exista un acuerdo previo entre el deudor defraudador y el tercero adquirente. En otras palabras, el tercero no estará de buena fe si tiene conciencia que como consecuencia de acto o contrato en el patrimonio del deudor no quedarán bienes suficientes para pagar los créditos de los acreedores de éste.

Quando se declara la rescisión⁸⁴ de un acto de enajenación fraudulento, los efectos principales que se producen son dos: desde luego, está el efecto rescisorio por el cual se priva de eficacia al acto de enajenación ejecutado en fraude de los acreedores, y en seguida, y como una necesaria consecuencia del anterior, está el efecto restitutorio por el cual el bien enajenado debe volver al patrimonio del deudor para permitir que los acreedores de éste puedan cobrar sus créditos.

Como la acción pauliana una vez acogida obliga al tercero adquirente a restituir *in natura* los bienes objeto del acto de enajenación, puestos en el caso que la restitución no sea posible, el tercero adquirente deberá indemnizar al acreedor los daños y perjuicios sufridos.

En este punto la mala fe del tercero adquirente, entendida como la conciencia que como consecuencia de acto de enajenación en el pa-

⁸⁴ Puestos en la necesidad de definirse por una forma de ineficacia concreta, los tratadistas suelen considerar la acción pauliana, indistintamente, como una "revocación" o "rescisión" del acto de enajenación ejecutado por el deudor. Cfr. Betti, E.: (n. 52), p. 396, 407 y 408 dice que "es más bien una acción que pudiéramos llamar en sentido amplio, de rescisión, porque tiende a rescindir, a paralizar los efectos del acto de disposición llevado a cabo, aunque sea válido entre las partes, en la medida en que este acto perjudica la garantía patrimonial que corresponde a los acreedores que la ejercitan... El acto de enajenación no es quitado del medio en su integridad, sino únicamente es declarado ineficaz en la medida en que perjudica al acreedor que ejercita la acción...lo que no significa como se ha objetado por los adversarios de esta opinión, que la revocatoria se reduzca a una acción de resarcimiento del daño; por el contrario, se trata de una acción de rescisión o revocación, si se prefiere, pero rescisión o revocación limitada al acto en la medida en que estos efectos resultan lesivos". En el mismo sentido, Cfr. Cicu, A.: (n. 59), p. 31. Por nuestra parte, entendemos que la acción pauliana es una acción rescisoria que, como forma autónoma de ineficacia, afecta a contratos "válidamente celebrados".

trrimonio del deudor no quedarán bienes suficientes para pagar los créditos de los acreedores de éste, resulta determinante. Entendemos que, al margen de que se trate de un acto de enajenación a título gratuito —caso en el cual el fraude del tercer adquirente no es un requisito de admisión de la acción pauliana—, el acreedor puede probar el fraude del tercero adquirente para los efectos de hacer efectiva la responsabilidad civil de este último en el supuesto de imposibilidad de la restitución de los bienes.

La acción pauliana tendrá éxito en los casos de enajenaciones a título gratuito, incluso si el tercero adquirente está de buena fe. Son los llamados actos objetivamente fraudulentos. Tratándose de esta clase de actos, según un autor⁸⁵, el éxito de la acción pauliana es fuente de la obligación de restituir y, cuando sea imposible restituir el bien, el tercero adquirente queda obligado, no a indemnizar los daños y perjuicios, sino a restituir el enriquecimiento⁸⁶.

Como ha quedado dicho, ante un tercero adquirente a título oneroso o gratuito, la acción pauliana, con toda su ineficacia limitada y parcial, provoca la restitución de los bienes fraudulentamente enajenados.

Ahora, si esta restitución no es posible⁸⁷ cabe preguntarse si el acreedor defraudado que ya no puede proseguir con su acción pauliana está condenado a la inactividad y a la pérdida de cualquier compensación que pueda atenuar el perjuicio sufrido.

Lo último no es así, pues como una manifestación más de la *tutela aquiliana del crédito*, el tercero adquirente de mala fe de los bienes

⁸⁵ Cfr. Jerez Delgado, C.: (n. 58) p. 175. En efecto, cuando el acto o contrato impugnado es a título gratuito, el fundamento jurídico de la acción pauliana —y por lo mismo de la restitución del enriquecimiento que es su efecto— se encuentra fácilmente, pues es un principio general del Derecho que nadie puede enriquecerse en perjuicio ajeno; lo anterior justifica ampliamente la obligación del tercero que se enriqueció en perjuicio del acreedor de restituir a este último todo aquello de que se lucró, siempre que su ganancia tuviese por fundamento un acto o contrato ilegítimo del deudor, y para que el acto lo sea, basta el fraude del deudor mismo. En este sentido Cfr. Giorgi, G.: Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno, tomo II, Madrid, 1909, p. 344.

⁸⁶ Esta tesis tiene sentido si se recuerda que en el conflicto de intereses que surge entre el acreedor perjudicado y el adquirente a título gratuito, el primero trata de evitar un perjuicio ilícito, esto es, intenta evitar que su crédito resulte incobrable por la insolvencia de su deudor, en tanto que el segundo intenta obtener un enriquecimiento (adquirir el dominio de un bien sin dar nada a cambio). Es el clásico argumento de formulación latina de que no es justo que se enriquezca el tercero a costa de los acreedores, pues aquél busca un puro beneficio (*lucro captando*), y éstos aspiran a evitar un daño (*damno vitando*).

⁸⁷ Porque, por ejemplo, los bienes han perecido, o han pasado a manos de personas que han adquirido de buena fe.

enajenados en fraude de acreedores está en la necesidad de indemnizar a aquellos por los daños y perjuicios que la enajenación les hubiere causado, siempre que le fuese imposible restituir los bienes.

Dogmáticamente la solución es correcta, pues si ha tenido lugar la rescisión del acto de enajenación fraudulento nace la obligación de restitución, y si el adquirente de mala fe —a título oneroso o gratuito, según dijimos— no puede cumplir la obligación de restituir *in natura* los bienes enajenados en fraude de acreedores, la misma se transforma en la obligación de indemnización de daños y perjuicios⁸⁸. Ello es posible porque, precisamente, se mantiene el juego el mecanismo rescisorio.

Históricamente la acción pauliana procede contra los terceros adquirentes a título gratuito (aunque estén de buena fe); en efecto, en el interdicto fraudatorio —precedente sobre cuya estructura se compuso la acción pauliana— resultaban demandados tanto el adquirente oneroso de mala fe, como el adquirente gratuito, tanto si lo era de buena como de mala fe⁸⁹.

En nuestro Código Civil, con fundamento en el N° 1 del artículo 2468, procede la acción pauliana, entre otros, contra el donatario de buena fe. Sin perjuicio de lo anterior, el fundamento de la procedencia de la acción pauliana radica, no en una responsabilidad por ilícito del adquirente (que sería propia de quien actúa de mala fe) sino como aplicación del principio que impide a un sujeto enriquecerse gratuitamente a costa del perjuicio ajeno. Sin perjuicio de lo anterior, el donatario de *mala fe* será sujeto pasivo de la obligación de indemnización para el caso de imposibilidad en la restitución. He aquí, pues, la importancia de probar que el tercero adquirente a título gratuito está de mala fe.

⁸⁸ En este punto no se puede olvidar que como en la responsabilidad extracontractual no hay prestación previa alguna, sino que la obligación nace como consecuencia jurídica del daño a la víctima, en la contractual, en cambio, el incumplimiento lo es de un deber de prestación ya existente y bien concreto. Por lo anterior, sólo hay *perpetuatio obligationis* en la responsabilidad contractual, que supone transformación de la específica prestación en su equivalente. En la llamada responsabilidad extracontractual, la obligación de responder nace *ex novo*, pues el delito y el cuasidelito son fuente de obligaciones. Cfr. Bustamante, L.: Autonomía del equivalente pecuniario o su integración dentro de la indemnización de daños y perjuicios, en Estudios de Derecho Civil, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia, 2005, pp. 108 y 109.

⁸⁹ En este caso contra el adquirente gratuito de buena fe se trataba de un interdicto concedido como útil por el pretor. Cfr. D'Ors, X.: El interdicto fraudatorio en el Derecho romano clásico, Roma-Madrid, 1974, p. 164.

Lo señalado dejar ver que nuestro Código Civil resguarda los derechos de crédito frente a los ataques de los terceros que, colaborando conscientemente con el deudor, esto es, estando de mala fe, los lesionan extracontractualmente.

¿Qué naturaleza tiene la responsabilidad del tercero adquirente a título oneroso o gratuito de *mala fe* frente al acreedor lesionado?

Desde luego, el tercero no ha celebrado ningún acto o contrato con el acreedor lesionado y entre ellos no existe relación obligacional alguna anterior al daño. Se trata, entonces, de una responsabilidad extracontractual que es la que se produce sin que previamente medie obligación entre el autor del daño y la víctima o, mejor dicho, con independencia de la existencia o no de dicha relación.

Sin duda, la responsabilidad del tercero adquirente a título oneroso, en todo caso, y la del tercero adquirente a título gratuito de *mala fe*, puestos en la imposibilidad de restituir los bienes adquiridos del deudor en fraude de sus acreedores, es extracontractual.

Entendemos que una vez que prospera la acción pauliana, el tercero adquirente a título oneroso, en todo caso, y el tercero adquirente a título gratuito de *mala fe* deben restituir el bien objeto del acto de enajenación, y que si ello no es posible, deberán indemnizar los daños y perjuicios sufridos por el acreedor.

El delito civil cometido por el tercero adquirente que tiene conciencia que como consecuencia del acto de enajenación en el patrimonio del deudor no quedarán bienes suficientes para pagar los créditos de los acreedores de éste, es la fuente de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios sufridos por el acreedor.

No obstante que en nuestro Código Civil no se establece expresamente que el bien objeto del acto de enajenación debe volver al patrimonio del deudor para permitir que los acreedores de éste puedan cobrar sus créditos, en los términos que, por ejemplo, lo hace el Código Civil español⁹⁰, tal efecto restitutorio deriva del rescisorio y es consustancial a la naturaleza y fines de la acción pauliana, por lo cual su procedencia no puede discutirse.

⁹⁰ El artículo 1298 del Código Civil español dispone que "El que hubiere adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de acreedores, deberá indemnizar a éstos de los daños y perjuicios que la enajenación les hubiere ocasionado, siempre que por cualquier causa le fuere imposible devolverlas".

Como ya dijimos, sin duda, sobre los terceros adquirentes —a título oneroso o gratuito— pesa la obligación de restituir los bienes adquiridos del deudor en fraude de acreedores.

Tampoco es discutible que si al tercero adquirente de *mala fe* —a título oneroso o gratuito— le fuera imposible restituir los bienes objeto del acto de enajenación fraudulento⁹¹, nace para tal tercero la obligación de indemnizar los daños y perjuicios sufridos por los acreedores, pues éstos no podrán cobrar sus créditos porque el deudor es insolvente.

Tanto la obligación del tercero adquirente de restituir los bienes adquiridos del deudor mediante el acto de enajenación fraudulento, como la de indemnizar los daños y perjuicios causados a los acreedores, si lo primero no fuera posible, tienen carácter extracontractual. El acreedor ha sufrido daños y perjuicios como consecuencia de la *colaboración del tercero adquirente con el deudor en la lesión del derecho de crédito de aquél*, sin que medie entre el acreedor y el tercero adquirente ninguna relación obligacional anterior al daño.

Los hechos descritos en lo precedente quedan comprendidos en el supuesto del artículo 2314 de nuestro Código Civil; en efecto, la conducta de un sujeto —el tercero adquirente— causa daños y perjuicios en la esfera jurídica de otro —el acreedor—, y entre el autor del daño y la víctima no media relación obligacional alguna anterior al daño.

Es más, puede mantenerse que la acción pauliana y la acción de responsabilidad civil extracontractual se identifican en cuanto su finalidad, pues una y otra persiguen reparar el perjuicio sufrido por el acreedor como consecuencia de la conducta del tercero adquirente de *mala fe*; una lo hace en el supuesto de fraude de acreedores con fundamento en el artículo 2468 de nuestro Código Civil; y la otra lo hace como fuente de la obligación extracontractual de indemnizar daños y perjuicios, con fundamento en el artículo 2314 del mismo Código.

Independientemente que el título de adquisición sea oneroso o gratuito, la colaboración del tercero adquirente de *mala fe* con el deudor en la insolvencia de éste, es una manifestación más de la *tutela aquiliana del crédito* en nuestro Código Civil.

⁹¹ Sea porque ellos están en poder de un sujeto de buena fe (un subadquirente a título oneroso, por ejemplo), o porque ellos han perecido en poder del tercero adquirente de mala fe.

III. NUESTRAS CONCLUSIONES

En todos los Derechos estudiados, se invoca en contra de la tutela aquiliana del derecho de crédito el principio del *efecto relativo de los contratos*, y se discute si el estatuto de la responsabilidad civil extracontractual protege a los derechos de crédito, o sólo a los derechos absolutos.

En nuestro Derecho Civil Patrimonial no existe inconveniente serio para sostener que los derechos de crédito están protegidos frente a los ataques de los terceros, y que su lesión puede ser fuente de la obligación extracontractual de indemnizar daños y perjuicios.

En el ámbito del fraude de acreedores nuestro Código Civil tutela ampliamente los derechos de crédito frente a los actos de los terceros de *mala fe* que colaboran con el deudor en su lesión.

En efecto, en el supuesto de fraude de acreedores procede ampliamente la responsabilidad de los terceros de mala fe —adquirentes a título oneroso o gratuito— frente a los acreedores defraudados. Dicha responsabilidad se traduce en la obligación de restituir los bienes que fueron objeto del acto de enajenación fraudulento, a fin de que el acreedor pueda hacer efectivo el cobro de su crédito y, cuando no sea posible restituir los bienes adquiridos, la responsabilidad se transformará en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios sufridos por el acreedor.

La mala fe del adquirente, exigida en el N° 1 del artículo 2468 de nuestro Código Civil, está definida como *el conocimiento del mal estado de los negocios del deudor*, y más extensivamente debe entenderse que ella consiste *en tener conciencia que como consecuencia del acto de enajenación en el patrimonio del deudor no quedarán bienes suficientes para pagar los créditos de los acreedores de éste*.

