

LÍNEAS MAESTRAS DE LA REGULACIÓN ITALIANA DE LA ACCIÓN REVOCATORIA¹

SUMARIO.— 0. Introducción.— 1. Evolución de la acción revocatoria: unificación con Justiniano de los remedios del Derecho clásico. 2. Evolución de la acción revocatoria hasta el código italiano de 1942. 3. El perjuicio es el elemento básico en la articulación de la acción revocatoria. 4. La acción revocatoria combate el perjuicio (indirecto) causado al derecho de crédito al lesionar la garantía patrimonial. 5. Efecto de la acción revocatoria es la ineficacia del acto dispositivo en la medida necesaria para eliminar el daño. 6. El particular esquema en que se articula la acción revocatoria intenta armonizar los intereses contrapuestos. 7. Perfil del perjuicio revocatorio. 8. El perjuicio, elemento esencial de nuestra acción en la regulación del código de 1942, vacía de contenido el elemento del fraude. 9. Al ser concebido el perjuicio como «peligro de daño» ha eliminado en gran medida la importancia del nexo de la casualidad. 10. El perjuicio constituye también un elemento necesario en la acción revocatoria concursal. 11. El perjuicio en la acción revocatoria concursal persigue una doble función: reconstruir el patrimonio sujeto a ejecución (reconstituyendo la garantía patrimonial lesionada) y preserva el orden legal de preferencia en el pago (conocido con el término «par conditio creditorum»). 12. Incoherencias de la teoría «anti-indemnitaria». 13. Postura de la jurisprudencia italiana.

¹ Este trabajo deriva de la tesis que bajo la dirección del Profesor Galgano defendimos en la Universidad de Bolonia en julio de 1993 acerca de la relevancia del elemento *eventus damni* en las acciones revocatoria ordinaria y concursal del derecho italiano.

0) INTRODUCCIÓN

El nuevo Código italiano de 1942 ha significado importantes novedades en la regulación de muchas instituciones del Derecho Civil: entre ellas, la acción revocatoria. Hemos pasado de una parca y confusa regulación (un sólo artículo, el 1235 del *codice* de 1865) a una regulación más detallada y extensa, que dota de un régimen propio a nuestra acción (arts. 2901 a 2904, ambos incluidos).

Se han dado solución a muchas de las dudas que a la jurisprudencia se le planteaban al aplicar nuestra acción (referentes a los sujetos legitimados para su ejercicio, a los presupuestos que era necesario probar, y a los efectos derivados de la sentencia que admitía la acción revocatoria) tomando parte en la discusión que enfrentaba a la doctrina anterior al código acerca de la naturaleza, presupuestos y efectos de esta institución.

El debate producido, y la nueva orientación que ha tomado el ordenamiento italiano puede ser de gran provecho también para nuestra doctrina y sugerir una nueva orientación a nuestros tribunales; y, por qué no, propiciar en su caso una nueva regulación también en ordenamiento español. Nuestro artículo 1.111 recoge una primera mención de la acción revocatoria (que regula conjuntamente con la acción subrogatoria) en un precepto poco específico. García Goyena pensó otorgar a la acción revocatoria la regulación de que carecía incardinándola en la sección dedicada a la rescisión, de los contratos significando un nuevo supuesto además del tradicional supuesto de rescisión por lesión.

Esta ubicación de la acción revocatoria (extraña a otros ordenamientos) pasó del Proyecto de 1851 al actual código civil de 1889. Se trata de una aportación original que confiere un régimen propio a nuestra acción revocatoria (ahora con una orientación rescisoria). Pero muchos problemas siguen sin resolver, o la solución hasta ahora dominante en la doctrina y en la jurisprudencia nos resulta insatisfactoria y merecedora de aportar otras posibles orientaciones y sugerir nuevas interpretaciones. Estas breves referencias al Derecho italiano pueden servirnos a modo de argumentos para reflexionar y reabrir el debate acerca del régimen jurídico de la acción revocatoria.

ACCIÓN REVOCATORIA ORDINARIA²

1) EVOLUCIÓN DE LA ACCIÓN REVOCATORIA: UNIFICACIÓN CON JUSTINIANO DE LOS REMEDIOS DEL DERECHO CLÁSICO

La regulación de la acción revocatoria en el actual código italiano de 1942 es fruto de una larga evolución de nuestra institución. El viejo código de 1865 había seguido, prácticamente a la letra, la escasa regulación que se contenía en el *code civil* francés. La doctrina francesa ante dicha falta de regulación (equivalente a cuanto dispone nuestro artículo 1111) había remitido los aspectos no regulados a la tradición del derecho romano. Esta tradición no era sino cuanto se disponía en la Compilación justiniana recibida en el *code civil* principalmente a través de la obra de DOMAT (y no POTHIER que dedicó poca atención a nuestra acción por considerarla de escasa utilidad).

Con Justiniano se había unificado en una sola acción llamada posteriormente «pauliana» los diversos remedios que conocía el Derecho romano clásico contra el perjuicio sufrido por los acreedores debido a la insolvencia patrimonial de sus deudores: un *interdictum fraudatorium*, una *restitutio in integrum ob fraudem*, y se discute si una *actio in factum*. Justiniano contribuyó a una cierta simplificación y moralización del Derecho romano. La figura resultante representaba una mezcla de figuras precedentes diferentes cuyos distintos regímenes no fueron del todo armonizados (y dicha falta de armonización fue la causa de los debates medievales acerca de la naturaleza y función de la acción revocatoria). La nueva disciplina de la acción revocatoria justiniana va a girar en torno al fraude (*consilium fraudis*) y

2 Como primer acercamiento al régimen en general de la acción revocatoria ordinaria baste el trabajo de ROSELLI, Federico: *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, en la colección *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* fundada por W. BIGIAMI, U.T.E.T., Turín, 1990. En España son muy interesantes las recientes aportaciones de ORDUÑA MORENO, Francisco Javier: *La acción rescisoria por fraude de acreedores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Análisis del concepto y de los presupuestos y requisitos para el ejercicio de la acción)*, J. M. Bosch, Barcelona, 1992, y el trabajo de LLEBARÍA SAMPER, Sergio: *Fraude y perjuicio pauliano*, inédito.

no en torno al perjuicio (*eventus damni*) como sucedía en el Derecho clásico³.

Además, como hemos apuntado, la denominación no procede del Derecho clásico, y tampoco es justineana. Probablemente se debe a un compilador bizantino que dio este nombre de «pauliana» a la acción resultante de la unificación, confundiéndola o asimilándola con la regulada en otro pasaje del Digesto⁴. La interpolación tuvo éxito y se mantuvo, quizás como consecuencia del lógico recurso a lo antiguo como fuente de autoridad cuando se quiere consolidar y respaldar una novedad.

2) EVOLUCIÓN DE LA ACCIÓN REVOCATORIA HASTA EL CÓDIGO ITALIANO DE 1942

La evolución de la configuración de la acción revocatoria ha recibido dos líneas de aportaciones por una parte el viejo código de 1865 (que es lo mismo que decir el code francés y la tradición justineana); y por otra parte la *Anfechtungsgesetz* alemana (que recogía la orientación del derecho romano clásico y la disciplina de la acción revocatoria concursal en los estatutos medievales de algunas ciudades italianas).

Así como el *code* civil francés había acudido a la tradición romano-justiniana al regular la acción revocatoria (art. 1167 del *code*), en cambio la ley especial alemana, la *Anfechtungsgesetz* de 1879 buscó en los antecedentes de los textos clásicos romanos y en la legislación concursal estatutaria italiana, elementos (presunciones de fraude y de perjuicio) que hicieran más objetivos sus presupuestos y agilizarán el recurso a la acción revocatoria.

El código italiano de 1942 ha realizado en nuestra institución, como en otras tantas materias una provechosa compenetración de la tradición napoleónica del ordenamiento italiano con esquemas y soluciones germanas

3 Sobre la acción revocatoria en el Derecho Romano es muy ilustrativa la monografía de D'ORS, Xavier: *El interdicto fraudatorio en el Derecho Romano Clásico*, Roma, 1974.

4 COLLINET, P.: «L'origine byzantine du nom de la paulienne», en *Nouv. Rev. Hist. Droit*, 1919, vol. XLIII, pp. 206 y ss.

que la importante doctrina italiana del primer tercio del siglo XX venía pidiendo que se incorporara a su legislación⁵.

Los artículos 2901 y siguientes, que contienen la disciplina de la acción revocatoria, son fruto de dicha «compenetración». En muchas ocasiones son, además, formulación legal de las soluciones que debido a la escasa y ambigua regulación del código de 1865, venía acogiendo la jurisprudencia italiana, siempre más cercana a las exigencias de la realidad económica y social y receptora de las soluciones de la legislación y doctrina alemanas acogidas por la doctrina (en ciertos aspectos dividida) italiana.

3) EL PERJUICIO ES EL ELEMENTO BÁSICO EN LA ARTICULACIÓN DE LA ACCIÓN REVOCATORIA

En la disciplina de la acción revocatoria italiana tanto por cuanto se refiere a sus presupuestos como en lo referente a sus efectos, resulta determinante el papel desarrollado por el elemento denominado *eventus damni*, expresión bajo la cual se configura un tipo especial de daño con un perfil particular.

Se ha querido dotar a la acción revocatoria de un régimen más objetivo en cuanto a sus presupuestos y más concreto en cuanto a sus efectos. Se ha puesto el acento de la nueva regulación en el elemento perjuicio, que ha influido y mediatizado el alcance y configuración de otros dos grandes elementos de la acción revocatoria: el elemento subjetivo (fraude) y el nexo de causalidad (entre el acto del deudor y el daño sufrido por el acreedor).

4) LA ACCIÓN REVOCATORIA COMBATE EL PERJUICIO (INDIRECTO) CAUSADO AL DERECHO DE CRÉDITO AL LESIONAR LA GARANTÍA PATRIMONIAL

En efecto, la acción revocatoria no es sino el medio que el ordenamiento concede al acreedor para combatir un daño, en este caso, el daño causado a su derecho de crédito.

⁵ Sobre todo COSATTINI, Luigi: *La revoca degli atti fraudolenti*, C.E.D.A.M., Padua, 1939 y 1950, esta última edición concordada con el nuevo Código por CARRARO.

El acreedor espera que el deudor cumpla voluntariamente la prestación debida para que sea satisfecho su interés. En caso de incumplimiento voluntario por parte del deudor le queda al acreedor la posibilidad de obtener del ordenamiento una sentencia que condene al deudor al cumplimiento amenazándole que de lo contrario se procederá al cumplimiento forzoso específico. Cuando este cumplimiento específico no es posible (o se han producido otros daños además del valor de la prestación no cumplida) el Derecho acude para satisfacer (aunque sea subsidiariamente) el interés del acreedor a la ejecución del patrimonio del deudor sujeto a responsabilidad patrimonial.

Pero es posible (como la experiencia demuestra) que cuando el acreedor busca bienes que embargar de ese patrimonio no los encuentre, o no los encuentre libres. Bienes que cuando surgió la obligación sí estaban disponibles. En esta situación el acreedor puede defenderse con la acción revocatoria de modo que pueda impugnar los actos realizados por el deudor sobre bienes de su patrimonio que le resultan perjudiciales al acreedor en la medida que frustran sus expectativas de satisfacción (a través de la ejecución del patrimonio sujeto a responsabilidad).

Con la acción revocatoria la responsabilidad patrimonial resulta verdaderamente eficaz de modo que el acreedor no va a ver frustrada la confianza puesta en una gestión correcta del deudor para que su patrimonio se conservara solvente de cara a una eventual ejecución.

Para definir el daño que actúa como presupuesto de la revocatoria el legislador italiano utilizó la versátil expresión *pregiudizio alle ragioni del creditore* (perjuicio a las razones del acreedor) para dar idea de que se trata en definitiva de proteger las legítimas expectativas del acreedor a la realización de su crédito.

5) EFECTO DE LA ACCIÓN REVOCATORIA ES LA INEFICACIA DEL ACTO DISPOSITIVO EN LA MEDIDA NECESARIA PARA ELIMINAR EL DAÑO

En este punto la elección hecha por el legislador italiano de 1942 es decisiva, al establecer como efectos de la sentencia que admite la acción revocatoria no la revocación o nulidad del acto entero sino solo la ineficacia de dicho acto de disposición en la medida necesaria para eliminar el perjuicio ocasionado.

Bajo la vigencia del *codice* de 1865 la doctrina y la primera jurisprudencia (ante el silencio del código) mantenían la opinión de que la consecuencia de la acción revocatoria era la nulidad del acto (su revocación) de modo que se entendía que el tercero adquirente del bien estaba obligado a restituirlo. Es decir, que el bien, salido fraudulentamente del patrimonio sujeto a responsabilidad, volvía a él para, allí, poder ser objeto del embargo o la ejecución del acreedor.

Con la nueva regulación el acreedor (o los acreedores si son varios) perjudicado pide al juez la declaración de ineficacia frente a él de los actos de disposición que perjudican las expectativas de su crédito. Dicha declaración de ineficacia solo le beneficiará a él, de modo que no se podrán beneficiar de la acción revocatoria ejercida por un acreedor, otros acreedores no agentes: es pues, una ineficacia relativa. Y no sólo en el aspecto subjetivo (sólo hacia el acreedor agente) sino también en el aspecto objetivo pues la ineficacia no priva de validez el acto impugnado sino que está dirigida a permitir que el acreedor (agente en revocatoria) puede ejercitar otras acciones, conservativas o ejecutivas, sobre el bien objeto de la revocatoria.

Así pues el acreedor agente en revocatoria ejecutará dicho bien dirigiéndose al propio tercero, que sigue siendo propietario del bien (pues el acto de disposición que sigue siendo válido mantiene su eficacia para la transmisión). Con lo obtenido en la realización del bien se ha de satisfacer el crédito del acreedor instante de la revocatoria. El excedente queda a disposición del tercero propietario (que tendrá en su caso oportunidad de reclamar al deudor enajenante).

Con lo que resulta que (aunque esta cuestión no es pacífica en la doctrina) mediante la acción revocatoria se dota de eficacia a la responsabilidad patrimonial. La sentencia declarativa en que se traduce el ejercicio victorioso de la acción revocatoria significa restablecer la afección que los bienes del patrimonio del deudor al momento de la constitución de la obligación, tienen respecto a la satisfacción del acreedor.

6) EL PARTICULAR ESQUEMA EN QUE SE ARTICULA LA ACCIÓN REVOCATORIA INTENTA ARMONIZAR LOS INTERESES CONTRAPUESTOS

Se trata en definitiva de un régimen de impugnación *ex post* de determinados actos jurídicos no fundado en un vicio, sea estructural o de la voluntad, sino sobre un esquema, nuevo, con el cual el legislador de 1942 intenta armonizar los diferentes intereses en juego. Estos intereses son: de una parte, la libertad de disposición que debe conservar el deudor a pesar de tener deudas pendientes de pago; por otro lado, la seguridad de la adquisición del tercero a pesar de recibir el bien de tal deudor; y por último, y punto central de la nueva disciplina, el interés que tiene el acreedor (y que el ordenamiento no puede dejar de tutelar) en conservar la integridad o al menos la solvencia del patrimonio del deudor (pues este patrimonio cumple una función de garantía de su crédito).

Al acreedor no le hace falta que el bien vuelva al patrimonio del deudor; no necesita la declaración de nulidad del acto de disposición. Le basta con la posibilidad de poder ejecutar dicho bien aunque éste haya pasado a propiedad de un tercero. Como este tercero queda implicado en el entero proceso que la acción revocatoria comporta, uno de los presupuestos de nuestra acción es que el tercero (si el acto de disposición era oneroso) fuera consciente del perjuicio que se ocasionaba al acreedor (la expresión concreta que utiliza el Código es *fosse consapevole del pregiudizio*: expresión que suscitó en la doctrina la duda de si hacía falta un conocimiento efectivo de dicho perjuicio o bastaba que hubiera tenido suficiente oportunidad y razones para conocerlo con el uso de una diligencia media).

7) PERFIL DEL PERJUICIO «REVOCATORIO»

El perjuicio necesario para ejercer la acción revocatoria no es cualquier disminución del patrimonio embargable por enajenación de alguno de sus elementos, sino el acto de disposición que significa la disminución o transformación del patrimonio de modo que quede lesionada la garantía patrimonial.

La perspectiva adecuada para el estudio de la acción revocatoria sería identificarla como un poder del acreedor para conservar la garantía patri-

monial en la medida necesaria para que sus expectativas no sean perjudicadas. Es decir, el acreedor no puede solicitar la declaración de ineficacia de cualquier acto de disposición realizado por el deudor que disminuya los elementos de su patrimonio; hace falta que dicho acto de disposición *lesione* la garantía patrimonial y no sólo que la disminuya, de modo que se haya puesto en peligro la satisfacción (a través de su realización coactiva) del crédito⁶.

El perjuicio que funciona como presupuesto para la acción revocatoria es la lesión de la garantía patrimonial cuando el acreedor no dispone de otros medios legales para satisfacer su crédito (por ejemplo, acudir a otros deudores solidarios con patrimonio solvente).

Esto quiere decir que, aunque no se menciona expresamente por el legislador, se necesita para ejercer la acción revocatoria una *lesión suficiente* de la garantía patrimonial. Una lesión a la garantía, entendíamos nosotros a diferencia del resto de la doctrina, que significara un verdadero perjuicio a las razones del acreedor, a sus expectativas. De modo que la acción revocatoria se debía configurar en Italia como una *ultima ratio* de que dispone el acreedor para tutelar su crédito. Así pues, aunque hubiera una lesión de la garantía patrimonial, si no había *pregiudizio alle ragioni del creditore* porque éste contaba con otros medios legales de satisfacción, no podríamos decir que hay perjuicio revocatorio como presupuesto para el ejercicio de la acción.

8) EL PERJUICIO, ELEMENTO ESENCIAL DE NUESTRA ACCIÓN EN LA REGULACIÓN DEL CÓDIGO DE 1942, RELEGA Y VACÍA DE CONTENIDO EL ELEMENTO DEL FRAUDE

El elemento subjetivo es ahora solo relevante (como por otra parte es lógico) desde la perspectiva del tercero adquirente o destinatario del acto de disposición del deudor.

⁶ Monografía central sobre el tema es la de MAFFEI ALBERTI, Alberto: *Il danno nella revocatoria*, C.E.D.A.M., Padua, 1970. Consúltese también a CORSI, Francesco: *La revocatoria ordinaria nel fallimento*, Morano, Nápoles, 1965.

El elemento esencial de la acción revocatoria ordinaria italiana (denominado con el término clásico *eventus damni*) es el *pregiudizio alle ragioni* (perjuicio a las razones o expectativas) del acreedor.

El daño o perjuicio sufrido por el acreedor consiste en la lesión, a través del acto de disposición, del patrimonio de su deudor que cumple en derecho italiano la función de «garantía genérica» de su crédito. El ordenamiento no puede dejar de tutelar la posibilidad del acreedor de ejecutar «con provecho» el patrimonio sujeto a responsabilidad patrimonial para el caso en que el deudor no realice la prestación debida y no sea posible la ejecución específica.

La relevancia que ha adquirido en el código italiano de 1942 el *eventus damni* ha significado que se haya vaciado de contenido al fraude (término que por otra parte ha desaparecido incluso de la propia redacción de los artículos dedicados a la acción revocatoria). Se mantiene como relevante el elemento subjetivo solo desde la perspectiva del tercero (como criterio de valoración e imputación de su conducta que en nuestro derecho podríamos incluir en el concepto de buena fe, para así acabar con el doble significado objetivo y subjetivo del término «fraude») que evita el carácter totalmente objetivo de la acción revocatoria.

9) AL SER CONCEBIDO EL PERJUICIO COMO «PELIGRO DE DAÑO» HA ELIMINADO EN GRAN MEDIDA LA IMPORTANCIA DEL NEXO DE CAUSALIDAD

La amplia concepción del perjuicio realizada por la jurisprudencia italiana posterior al código del 42 (llegando a ser concebido como mero peligro de daño en el sentido de hacer más difícil la ejecución por parte del acreedor del patrimonio del deudor) ha significado también la reducción del alcance del elemento nexo de causalidad que, en nuestra opinión, sigue siendo un criterio muy válido para solucionar algunos problemas que se siguen planteando al ejercitar la acción revocatoria.

Para que la responsabilidad patrimonial sea un remedio eficaz para el acreedor frente al incumplimiento del deudor, el ordenamiento procura la conservación de la «garantía patrimonial» que significa, no que el deudor resulta privado de la administración o disposición de su patrimonio, pero sí que el acreedor podrá después impugnar los actos de gestión del patrimonio

realizados por el deudor que perjudiquen sus expectativas. Se trata de una intervención del Derecho *ex post* y limitada a la eliminación de los efectos perjudiciales sin afectar a la validez del acto o a su eficacia entre partes y frente a terceros distintos del acreedor perjudicado (y que ejercite la acción revocatoria). El expediente utilizado es la declaración de ineficacia frente al acreedor agente de los actos impugnados con la acción revocatoria.

ACCIÓN REVOCATORIA CONCURSAL⁷: REINTEGRACIÓN DE LA MASA EN LA QUIEBRA⁸

El sistema del Código de Comercio español de reintegración de la quiebra se articula (artículos 878 a 882) en una primera fase de retroacción de la quiebra (que lleva los efectos de la declaración de la quiebra en cuanto a indisponibilidad del patrimonio del deudor quebrado a un momento anterior, fijado por el juez en el auto declarativo) que significa —según la jurisprudencia aún dominante y la doctrina más tradicional— la nulidad de todos los actos realizados durante dicho periodo y, en consecuencia, la restitución a la masa de la quiebra de los bienes salidos del patrimonio del deudor luego quebrado (pero sin recíproca restitución de cuanto dicho deudor había recibido). Y, además de la fase de retroacción, unas acciones revocatorias especiales que, debido a la amplitud con que viene concebida la retroacción y a la confusión y casuismo con que aparecen reguladas, son escasamente aplicadas por nuestros tribunales⁹.

7 Recogen la última tendencia de la jurisprudencia en materia de acción revocatoria concursal las obras de GALLESIO PIUMA, Maria Elena: *L'azione revocatoria fallimentare*, en la colección dirigida por GALGANO: *I grandi orientamenti della giurisprudenza*, n. 19, C.E.D.A.M., Padua, 1992; y PAJARDI, Piero y BOCCHIOLA, Manuela: *La revocatoria fallimentare*, en la colección *Raccolta sistematica di giurisprudenza commentata*, Giuffrè, Milán, 1993.

8 En la doctrina española lo más afortunado lo encontramos en ROJO FERNÁNDEZ, Ángel: «Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra», en la *Revista de Derecho Mercantil*, 1977, pp. 37-100; y MASSAGUER FUENTES, José: *La reintegración de la masa en los procedimientos concursales*, Bosch, Barcelona, 1986.

9 Sobre los problemas y las críticas del sistema actual tal y como viene siendo aplicado por la última jurisprudencia, véase nuestro trabajo «Última jurisprudencia, a la espera de la reforma del sistema concursal, en materia de retroacción de la quiebra», que aparecerá publicado en el n.º 18 de la *Revista Jurídica de la Región de Murcia*.

10) EL PERJUICIO CONSTITUYE TAMBIÉN UN ELEMENTO NECESARIO EN LA ACCIÓN REVOCATORIA CONCURSAL ITALIANA

El perjuicio constituye un presupuesto necesario para el ejercicio de la acción revocatoria concursal italiana. Es cierto que el legislador italiano de 1942 al redactar la ley concursal (*legge fallimentare*) no lo recogió explícitamente, pero se trata de un presupuesto subyacente a la función misma de la revocatoria como medio para permitir la reintegración de la masa de la quiebra. Además, el epígrafe de la sección que regula la acción revocatoria concursal se titula precisamente «actos *perjudiciales* a los acreedores» y el mismo da idea de que los actos que pueden ser impugnados son los que ocasionan perjuicio a los acreedores concursales. El problema será, entonces, decidir qué debemos entender por perjuicio en la acción revocatoria concursal o, dicho de otro modo, cuál es el contenido del elemento *eventus damni* en la revocatoria concursal.

En general concebimos el perjuicio como el resultado de daño ocasionado al objeto merecedor de tutela (en este caso las razones o expectativas de satisfacción de los acreedores) proveniente dicho daño de un acto (en este caso, un acto del deudor que luego es declarado en concurso o quiebra, sobre los elementos de su patrimonio que con el procedimiento concursal formará la masa activa de la quiebra).

La diferencia de la acción revocatoria en el concurso es que ésta se ejerce siempre después de la declaración de quiebra, de modo que el legislador ha podido valerse en su disciplina de la ayuda de unas presunciones legales de daño (derivada del hecho acreditado con la declaración de quiebra de insolvencia o imposibilidad de satisfacción conjunta de todos los acreedores sobre el patrimonio responsable) y presunciones de fraude (en el sentido de que la situación precaria en que se encuentra su patrimonio no es normal que se le escape al deudor).

De modo que el perjuicio es un elemento, por así decirlo, estructural de la propia acción revocatoria (que no tiene sentido sino para eliminar el daño de un acto «perjudicial»). De modo que no compartimos la postura de los seguidores de la llamada «teoría anti-indemnitaria» que mantienen que el perjuicio no es un elemento relevante de nuestra acción; ni nos conformamos con quienes opinan que el perjuicio es solo un elemento en abstracto, referido a la idoneidad en abstracto de los actos realizados durante un

período de tiempo anterior a la declaración de quiebra de suponer un perjuicio para los acreedores en tanto en cuanto significan una disposición o alteración en la composición del patrimonio responsable.

- 11) EL PERJUICIO EN LA ACCIÓN REVOCATORIA CONCURSAL PERSIGUE UNA DOBLE FUNCIÓN DE UN LADO PERMITE RECONSTRUIR EL PATRIMONIO SUJETO A EJECUCIÓN (RECONSTITUYENDO LA GARANTÍA PATRIMONIAL LESIONADA) Y DE OTRO PRESERVA EL ORDEN LEGAL DE PREFERENCIA EN EL PAGO (CONOCIDO CON EL TÉRMINO «PAR CONDITIO CREDITORUM»)

La quiebra pretende recomponer, mediante la acción revocatoria, el patrimonio del deudor declarado en quiebra para satisfacer en la mayor medida posible a los acreedores afectados. La reconstitución de la garantía patrimonial se lleva a cabo mediante la impugnación de los actos «perjudiciales». La quiebra no es, por tanto, como defienden los autores defensores de la teoría «*anti-indemnitaria*» el sistema de distribución social de la pérdida que supone la quiebra de un sujeto, entre aquellos sujetos que hayan adquirido o hayan recibido algo del deudor (luego quebrado) durante el plazo anterior a la declaración de quiebra que marca la propia ley (distinto plazo en función de la naturaleza del acto impugnado). La acción revocatoria, así concebida, desempeñaría una función *preventiva* en el sentido de formar en torno a los empresarios con dificultades económicas (en torno a las empresas en crisis) una especie de cordón de seguridad que advierte al resto de sujetos del tráfico el peligro que corren manteniendo relaciones con estos sujetos pues caen en la eventualidad de sufrir después los efectos de la acción revocatoria concursal. Esta función preventiva significa impedir la continuidad de la empresa e induce al deudor o empresario a solicitar voluntariamente un procedimiento de administración controlada (vía alternativa al procedimiento liquidatorio de la quiebra).

Porque, qué duda cabe, los presupuestos y efectos de la acción revocatoria deben estar en consonancia con la función que el sistema revocatorio de reintegración de la quiebra, y la misma institución de la quiebra, están llamados a desempeñar¹⁰.

¹⁰ Un interesante debate acerca de la función de la acción revocatoria concursal se abrió entre MAFFEI ALBERTI, Alberto: «La funzione della revocatoria fallimentare», en

Si resulta común a la acción revocatoria concursal y a la acción revocatoria ordinaria la reintegración del patrimonio sujeto a responsabilidad, hay en cambio un aspecto y función que es propio de la primera: se trata de impedir la discriminación entre los acreedores. La acción revocatoria concursal tutela el principio de *par condicio creditorum*, o, mejor dicho, permite mantener el orden legal de pago (en favor de los acreedores privilegiados legales). El deudor insolvente no puede pagar libremente al acreedor que primero le reclame o, mucho menos, a los acreedores que le sean más cercanos o afines (por amistad, parentesco u otra razón). El deudor deberá proceder al pago conforme al orden legal (o bien esperar a que los pagos se realicen en sede concursal por los síndicos nombrados al efecto).

12) INCOHERENCIAS DE LA TEORÍA «ANTI-INDEMNITARIA»

¿Qué sentido tiene revocar actos realizados por el deudor antes de la declaración de quiebra pero que no sean perjudiciales para los acreedores?

En efecto, no tiene sentido alguno que los síndicos soliciten la impugnación de actos que, realizados es cierto durante el periodo anterior a la declaración de quiebra que marca la ley, no ocasionan perjuicio a los acreedores al contrario, incluso, eran beneficiosos.

Además, por lo que se refiere al régimen de los efectos, los autores defensores de la teoría anti-indemnitaria aplican a los actos de disposición los efectos propios de la revoca de los pagos, resultando una regulación confusa y carente de lógica.

Sin olvidar que la impugnación de todos los actos incluidos en las categorías de actos susceptibles de causar un daño y realizados en el plazo legal previsto (con independencia de que sean necesarios para resarcir el daño causado mediante la oportuna recomposición del patrimonio sujeto a responsabilidad) puede comportar un exceso del activo sobre el pasivo (no nos engañemos, a costa de haber sacrificado a numerosos terceros adquirentes o beneficiarios): ¿cuál será el destino de ese exceso de activo?

Giurisprudenza Commentata, 1976, I, pp. 362-388; y LIBERTINI, Mario: «Sulla funzione della revocatoria fallimentare: una replica e un' autocritica», en *Giurisprudenza Commentata*, 1977, I, pp. 84-116.

13) POSTURA DE LA JURISPRUDENCIA ITALIANA¹¹

La jurisprudencia italiana (en medio del debate entre partidarios o contrarios a los postulados de la teoría «*anti-indemnitaria*») sigue anclada en el esquema de la acción revocatoria ordinaria de modo que considera necesario la existencia de un perjuicio, (que se pueda presumir *iuris tantum* por la ley). Corresponde entonces al tercero demandado ofrecer la prueba negativa de que el acto impugnado no era perjudicial a los acreedores. Pero la prueba más frecuente a la que suele acudir el tercero demandado está dirigida a atacar el presupuesto subjetivo de la acción revocatoria concursal respecto al tercero: demostrar que el no conocía (ni tuvo oportunidad de conocer) la insolvencia del deudor al momento de realizar el acto¹².

Dr. JUAN ANTONIO FERNÁNDEZ CAMPOS
Profesor de Derecho Civil

11 BONSIGNORI, Angelo: *Diritto Fallimentare*, U.T.E.T., Turín, 1992. SATTA Salvatore, *Diritto Fallimentare*, C.E.D.A.M., Padua, 1993.

12 Además de la ya citada sería interesante manejar la siguiente bibliografía básica (por orden alfabético): DÍEZ PICAZO, Luis: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid, 1993. DÍEZ PICAZO, Luis: «La aceptación de la herencia por los acreedores del heredero», en *Anuario de Derecho Civil*, 1959, pp. 139-191. LIBERTINI, Mario: *Pagamento cambiario e revocatoria fallimentare*, Giuffré, Milán, 1983. PAJARDI, Piero: *Il sistema revocatorio*, Giuffré, Milán, 1990. RAGUSA MAGGIORE, Giuseppe: *Contributo alla teoria unitaria della revocatoria fallimentare*, Giuffré, Milán, 1960. SANDULLI, Michele: *Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare*, Jovene, Nápoles, 1976. TERRANOVA, Giuseppe: *Conti correnti bancari e revocatoria fallimentare*, Giuffré, Milán, 1982.