

Inoponibilidad y acción pauliana (la protección de los acreedores del donante en el artículo 340.3 de la Compilación del Derecho civil de Cataluña)*

ANTONI VAQUER ALOY
Profesor titular de Derecho civil
Universitat de Lleida

SUMARIO: I. *La protección de los acreedores en la tradición jurídica catalana:* 1. El proceso de objetivización de la protección de los acreedores en el Derecho histórico: la constitución *Per tolre fraus*. 2. La protección de los acreedores del donante en la constitución *Per tolre fraus*: presupuestos y eficacia jurídica: 2.1. El presupuesto de la eficacia definitiva de la donación: la insinuación. 2.2. La donación no insinuada. 2.3. La problemática delimitación de los respectivos efectos del defecto de insinuación: el proceso codificador y la Memoria de Durán y Bas. 3. El proyecto de apéndice de 1930 y el proceso compilador. El artículo 340.3 de la Compilación.—II. *La protección de los acreedores del donante en el artículo 340.3 de la Compilación del Derecho civil de Cataluña:* 1. La pretendida naturaleza revocatoria del artículo 340.3 de la Compilación: 1.1. Los contradictorios argumentos a favor de la naturaleza revocatoria. 1.2. La delimitación entre la acción pauliana y el mecanismo protector de los acreedores del artículo 340.3 de la Compilación. 2. La inoponibilidad a los acreedores del donante de la enajenación a título gratuito.—III. *Presupuestos de la aplicación del artículo 340.3 de la Compilación del Derecho civil de Cataluña:* 1. La existencia de un crédito contra el donante. 2. El acto de enajenación a título gratuito. 3. El perjuicio del acreedor. 4. La subsidiariedad del remedio protector del artículo 340.3 de la Compilación.—IV. *La inoponibilidad:* 1. Eficacia jurídica, ineficacia e inoponibilidad: 1.1. La ineficacia relativa. 1.2. Inoponibilidad e ineficacia. 1.3. Inoponibilidad y ficción. 2. Los efectos de los actos jurídicos y los terceros. 3. La inoponibilidad registral y la no registral. 4. El fundamento de la inoponibilidad. 5. El ejercicio de la inoponibilidad. 6. Régimen jurídico de la inoponibilidad.—V. *El plazo de ejercicio del mecanismo protector ex artículo 340.3 de la Compilación:* 1. La determinación del plazo. 2. El *dies a quo*.

* La realización de este trabajo ha merecido una ayuda a la investigación del Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalidad de Cataluña. Además, el autor quiere agradecer la inestimable colaboración bibliográfica que le han prestado los

I. LA PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES EN LA TRADICIÓN JURÍDICA CATALANA

1. EL PROCESO DE OBJETIVIZACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES EN EL DERECHO HISTÓRICO: LA CONSTITUCIÓN *PER TOLRE FRAUS*

A lo largo de la Edad Media, con el desarrollo de la actividad comercial, surge la necesidad de arbitrar mecanismos de protección de los acreedores más flexibles y ágiles que la acción pauliana, la acción típica del derecho romano para tal finalidad, acción que permitía a los acreedores impugnar los actos con que el deudor perjudicaba sus derechos de crédito mediante la disminución o la ocultación de su patrimonio. El triunfo de esta acción exigía probar en el deudor enajenante el *animus o consilium fraudandi*, y en el adquirente el conocimiento del fraude o *scientia fraudis*¹. Por ello, en toda Europa, y empezando en los derechos locales, se inicia una clara tendencia a la objetivización de la protección de los acreedores, abandonando paulatinamente la noción de fraude como elemento decisivo de la protección para centrarse en la idea del perjuicio patrimonial que se deriva de los actos de enajenación realizados por los deudores².

profesores Anna Casanovas, Juan Marsal, Elena Lauroba y Esther Arroyo (U. de Barcelona); Albert Lamarca (U. Pompeu Fabra); Reinhard Zimmermann (U. de Regensburg); la entonces estudiante Erasmus de la U. de Lleida Núria Torres; y el Servei d'Obtenció de Documents de la U. de Lleida. Y las valiosísimas observaciones y sugerencias que le han formulado los profesores Ferran Badosa (U. de Barcelona) y Santiago Espiau (U. de Lleida). Este trabajo se incluye en el proyecto de investigación DGES PB97-1459-C02-01.

¹ Entre la romanística moderna, IMPALLOMENI, Giovanbattista, voz «Azione revocatoria (diritto romano)», *Novissimo Digesto Italiano*, t. II, Torino, 1958; BONFANTE, Pedro, *Instituciones de derecho romano*, Madrid, 1965, pp. 536 ss.; BIONDI, Biondo, *Istituzione di diritto romano*, Milano, 1972^a (ristampa), p. 354; D'ORS, Xavier, *El interdicto fraudatorio en el derecho romano clásico*, Roma-Madrid, 1974, pp. 129 ss. Es el planteamiento del tema en relación al derecho romano que se halla en el fundamental estudio de ROCA SASTRE, Ramón María, «L'acció pauliana i la Constitució *Per tolre fraus*», *RJC*, 1935, pp. 124-125.

² Así, en Alemania, diversos derechos locales (Magdeburgo, Bamberg, Lübeck), en atención a la huida del deudor, declaraban en interés de los acreedores nulas las enajenaciones de fincas, de modo que dichos acreedores podían agredir directamente aquellos bienes aunque hubieran pasado a manos de terceros [SCHULTZE, Alfred, «Über Gläubigeranfechtung und Verfügungsbeschränkung des Schuldners nach deutschem Stadtrecht des Mittelalters», *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (germanistische Abteilung)*, Band 41, 1920, pp. 210 ss.]. En Italia, las medidas que se prevén son diversas: desde la aplicación de la máxima *nemo liberalis nisi liberatus* hasta la obligación de insinuar o registrar las donaciones entre vivos que se aplica en Milán desde el año 1209, ordenación que aún fue confirmada en el siglo XVI (SALVIOLI, Giuseppe, *Storia del diritto italiano*, Torino, 1921, p. 601; BUTERA, Antonio, *Dell'azione pauliana o revocatoria*, Torino, 1934, pp. 27-28). Más datos en KIPP, Theodor, «Impugnación de los actos *in fraudem creditorum*, en Derecho romano y en el moderno Derecho alemán, con referencia al derecho español», *RDP*, 1924, pp. 10-11; CASTRO, Federico de, «La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los artículos 1911 y 1111 del Código Civil», *RDP*, 1932, p. 203; PUGLIATTI, Salvatore, *La trascrizione*, vol. I, t. I, Milano, 1957, pp. 154-157; BIONDI, Biondo, *Le donazioni*, Torino, 1961, pp. 433-434; ROCA SASTRE, *ob. cit.*, pp. 128-130; ROJO,

Es, sin duda, en Francia donde se aprecia una evolución legislativa más interesante y, a la vez, más próxima a Cataluña. Fue primero en el Delfinado que, el año 1456, Luis XI ordenó que se publicaran las donaciones, con la finalidad de prevenir fraudes, en presencia «bailluii iudiciis aut castellani loci sive parrochie domicillis donatoris»; de otro modo, eran «nullas atque irritas». Posteriormente, en el año 1539, Francisco I, por medio de la Ordenanza de Villers-Cotterets (art. 132³), sancionó la obligación de insinuar en todo el reino, con el fin de facilitar su conocimiento a los acreedores⁴, de cualquier donación entre vivos, precepto que fue completado con la declaración de febrero de 1549 y la Ordenanza de Moulins de 1566. La insinuación acabó siendo obligatoria en todo acto de enajenación inmobiliaria, onerosa o gratuita, con el Edicto de Luis XIV del año 1703, pero con una finalidad ya eminentemente fiscal. La insinuación diseñada en esta variada legislación ha sido conceptuada como un registro de actos traslativos, y, por constituir «une condition intrinsèque de la validité du contrat lui-même, la donation non-insinuée, était juridiquement inexistante et ne pouvait, dès lors, nuire aux tiers»⁵. No obstante, parece más preciso Regnault, quien, tras analizar abundante jurisprudencia de la época, afirma: «[I]’ordonnance de 1539, les textes législatifs royaux qui l’ont suivie, les arrêts, la doctrine déclarent que la donation est nulle et de nulle effet faute d’avoir été régulièrement insinuée. Juridiquement, cette conception est inexacte. Car, elle tendrait à faire croire qu’une donation non insinuée ne peut produire aucune conséquence dans l’ordre du droit, alors qu’au contraire, elle est parfaitement valable dans les rap-

Ángel, «Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra», *RDM*, 1979, pp. 40-44; MÖHLENBROCK, Rolf, *Die Gläubigeranfechtung im deutschen und spanischen Recht*, Frankfurt am Main, 1996, pp. 18-22.

³ «Nous voulons que toutes donations qui resont faites cy-après par & entre nos sujets, soient insinuées & enregistrées en nos Cours, & Jurisdictions ordinaires des parties, & de choses données: autrement seront réputées nulles, & ne commenceront à avoir leur effet que du jour de ladite insinuation. Et ce quant aux donations faites en la presence des donataires & par eux acceptées» (transcripción de MOLINÆUS, Carolus, *Commentaires et annotations sur l’ordonnance du roy François I du mois d’Aoust mil cinq cent trente-neuf, vérifiée en Parlement le 6 setembre ensuivant*, en *Omnia quæ extant opera*, t. II, Parisiis, 1681, p. 787).

⁴ MARTIN, Olivier, *Histoire de la coutume de la Prévôté et Vicomté de Paris*, París, reimp. 1972, p. 486, que también señala motivaciones fiscales y la defensa de los intereses de los herederos; OURLIAC, Paul y MALAFOSSE, J. de, *Histoire du droit privé*, t. III, París, 1968, p. 465; LAGARDE, Xavier, «Reflexions sur le fondement de l’article 931 du code civil», *RTDC*, 1997, p. 26 y nota 6, citando a Ricard, *Traité des donations entre vifs et testamentaires*, París, 1685, t. I, núm. 1084. Aunque DAWSON, John P., *Gifts and promises. Continental and american law compared*, New Haven-London, 1980, p. 44, considera que los motivos principales eran la protección de los herederos y evitar la disipación de los patrimonios familiares.

⁵ BESSON, Emmanuel, *Les livres fonciers et la reforme hypothécaire*, París, 1891, pp. 68 a 71, que gráficamente rubrica «Renaissance de l’insinuation». Para la evolución tardía de la insinuación en el siglo XVIII, véanse POTHIER, Robert Joseph, «Costums des Duché, bailliages et prévôté d’Orléans, et ressort d’iceux», *Oeuvres de Pothier*, t. 7, Bruxelles, 1833, pp. 282 ss.; y MERLIN, *Dizionario universale, ossia repertorio ragionato di giurisprudenza e questioni di diritto*, voz «Insinuazione», t. VI, Venezia, 1837, pp. 1245 ss.

ports du donateur et du donataire, mais que, du défaut d'insinuation, il résulte qu'un certain nombre de tiers ne peuvent se voir opposer la donation. D'où il faut dire que *la donation non insinuée est valable, mais qu'elle demeure inopposable à un certain nombre de personnes* qui n'y ont point été parties et qu'elle *ne peut préjudicier à leurs droits*»⁶.

Cataluña no permaneció al margen de esta corriente. Es, en efecto, en este contexto que debe situarse, como primer peldaño, la pragmática de Juan I de 1384⁷, en que se contiene una presunción del carácter defraudatorio de aquellos actos o negocios transmisivos⁸ en los cuales el enajenante retiene de algún modo la posesión del objeto transmitido. Sin

⁶ REGNAULT, Henri, *Les ordonnances civiles du Chancelier Daguesseau. Les donations et l'ordonnance de 1731*, París, 1929, p. 330 (la cursiva es mía). Es, en particular, significativo el artículo 58 de la ordenanza de Moulins, cuando establece que «à faute de ladite insinuation, seront et demeurent lesdites donations nulles et de nul valeur, tant en faveur du créancier que de l'héritier du donnant» (reproducido por REGNAULT, *id.*, p. 270, nota 4; véase también p. 281). Por esto considera que la insinuación presenta un doble carácter: «conformément à ses origines romaines et au but qui l'a fait établir, produit ses effets dans l'ordre du droit privé: elle permet à certains tiers de prétendre ignorer la donation, de ne pas se la voir opposer, lorsque la formalité n'a pas été remplie. Mais elle se présente aussi avec un caractère nettement fiscal» (p. 271). Una muestra de la jurisprudencia que, más allá de la literalidad de sus afirmaciones, responde a estas ideas, pp. 294 ss. En el mismo sentido, MARTIN, *ob. cit.*, pp. 486-487: «la donation non insinuée en leur était pas opposable [a los acreedores] mais n'en liait moins le donateur.»

⁷ Joan Princep y Loctinent General de Pere Terç en la Pragmática dada a Gerona a 18. de octubre de 1384 [*Constitutions y Altres Drets de Catalunya (CYADC)*, 2, 7, 4 (de alienations fetas en frau de creedors)]: «[c]ogit nos justitiæ debitum, ut nedum subditorum damna, fraudes, & pericula auferamus, verum etiam materijs unde prevenire possunt, toto studio, & viribus obviemus. Considerantes igitur in Civitate, & Vicaria Gerundæ ab aliquo citra tempore quendam usum, immo potius abusum reprobatum, hactenus per non nullos debitores fuisse introductum, videlicet, quod pro auferendo eorum creditoribus debita, aut pro impediendo ne contra ipsos debitores executio prompta fieri possit, Donationes, Venditiones, & alias alienationes de eorum bonis, atque rebus mobilibus, vel semoventibus, aut fructibus, seu expletis possessionum eorundem sæpe faciunt, possessionem corporalem, usum, & ademprivium illorum bonorum sic alienatorum pœnes se retinendo, & cum instrumentis publicis se præcario, aut in comanda illorum in quos ipsæ sunt alienationes tenere, pro colore eorum confitendo, unde cum informatione habita tam a jurisperitis, Notarijs, & alijs personis expertis, reperimus tales donationes in damnum, atque fraudem dictorum eorum creditorum, & ad auferendum eorum jus fieri potius, quam alia de causa, & a jure fictæ tales alienationes, quorum possessio pœnes alienantes remanet, reputentur, nostraque intersit talibus exquisitis, & excogitatis coloribus, maquinationibus, atque fraudibus salubriter providere. Tenore præsentis, maturo, & digesto Consilio habito super his, provideamus, & etiam ordinamus, quod si forte quicumque, & per quancunque personas tales donationes, venditiones, & alienationes in judicio, vel extra jam factæ, vel in posterum fiendæ exhibitæ fuerint, seu ostensæ, & pro impediendo aliquam executionem, quæ ex debito justitiæ ad instantiam alicuius creditoris, seu alias fieri habeat contra illum, vel illos qui dictas tales donationes, venditiones, & alienationes facerent cuicumque, eidem minime obsistentibus executio fieri valeat contra eos, & bona eorundem, prout fieret, & prout fieri posset, antequam dicta ficta donatio, seu venditio, vel alienatio præmissorum omnium facta esset. Nos enim tales donationes tanquam fictas, & simulatas, ac in fraudem creditorum factas declaramus irritas, atque nullas.»

⁸ Merece destacarse la amplitud del concepto «enajenación» en el derecho histórico catalán, que engloba la donación, la venta, la permuta, la dación en pago, la pignoración o el establecimiento, entre otras figuras (*cf.* CYADC 1, 4, 19, 2 –*usatge statuímus quod aliquis*–; 1, 4, 31, 2; 2, 1, 21, 1; 2, 1, 22, 1; 2, 4, 12, 2; y BROCA Y MONTAGUT, Guillermo María de; AMELL Y LLOPIS, José, *Instituciones del derecho civil catalán vigente*, t. 2.º, Barcelona, 1886², pp. 139-140).

embargo, no deja de ser un fraude derivado de una presunción de simulación de dicha enajenación con un alcance limitado a los supuestos que enumera⁹, presunción que comporta aparejada la sanción de nulidad de la enajenación, si bien, como resulta evidente, supone un avance respecto de la acción pauliana, en la que el acreedor debe probar el fraude, mientras que la pragmática obliga al enajenante a acreditar la ausencia de fraude en tales enajenaciones, de modo que invierte la carga probatoria —o introduce una norma de asignación del *onus probandi*— en favor de los acreedores.

El primer peldaño en este proceso de reforzamiento de la protección de los acreedores lo constituye, pues, la presunción del fraude. Por ello, el paso siguiente no podía ser sino prescindir de cualquier idea de fraude. La constitución *Per tolre fraus*, de Fernando II en la Corte de Barcelona de 1503¹⁰, es la que lo da. Su tenor es el siguiente:

«Per tolre fraus que sovint se cometen en las donacions ques fan, ab consentiment, e approbatio de la present Cort statuim, e ordenam, que qualsevol donacions universals, o de la major part del patrimoni, o que excedissen sinc cents florins, ques faran, hajan esser scrites en las Corts dels Ordinaris, en lo cap de la Vegueria hon ditas donacions se faran, scrivint lo die que ditas donacions se continuaran en dit Libre, qui sie intitulat *de donacions, e heretaments*, ab una Rubrica continent los noms, e cognoms dels donadors, e donataris, e del Notari qui haura testificada la donatio: e sino seran continuades tals donacions deu dies ans del prestic, o contracte, no perjudiquen, ne puga perjudicar a creadors censalistas, ne altres que tingan lurs credits ab cartas, o albarans, encara que sien posteriors. Empero no sien entesas en la present, donacions ques fan per contemplatio de Matrimoni, continuadas en los Capitols Matrimonials, si aquell sortira son effecte. E si las ditas donacions se faran entre Vassalls de alguns Barons, o de Ecclesiastics, o de altres havents jurisdicchio, e dins los termens de la jurisdicchio de aquells, que aquellas hajan esser registradas, e continuadas en las Scrivancias de las Vilas, e Locs de hon era Domiciliat lo donador: e si tals donacions seran fetas per los dits Barons, o altres havents jurisdicchio, aquellas hajan de ser registradas, e continuadas en lo cap de la Vegueria de la Ciutat, Vila o Loc ahont tendra lo donador lo principal Domicili. E las ditas donacions no hajan força, ni valor en perjudici dels dits creadors censalistas, ni altres qui tingan lurs credits ab carta, o ab albara, sino del die de las

⁹ CANCERUS, Jacobus, *Variae resolutiones iuris cæsaris, pontificii et municipalis Principatus Cataloniae*, Turnoni, 1635, I, 13, 84: «talis contractus præsumitur simulatus, & in fraudem factus. Et sic per dicta Prag. in Catalonia, qui talem contractum verum, & non simulatum dicere velit debet id probare, cum per d. iuris municipalis præsumptionem in ipsum sit onus probandis». En el mismo sentido —esto es, que la Pragmática contiene una presunción de simulación en fraude de acreedores— se manifestaron primero VIVES Y CEBRIÁ, Pedro Nolasco, *Traducción al castellano de los usages y demás derechos de Cataluña que no están derogados o no son notoriamente inútiles*, Barcelona, 1989 (reimp.), pp. 1257-1258 y, ya en la primera mitad del siglo XX, BORRELL Y SOLER, Antonio María, *Derecho civil vigente en Cataluña*, t. I, Barcelona, 1944, p. 232 y nota 18, y ROCA SASTRE, ob. cit., p. 127.

continuacions de aquelles en avant, e que lo Notari per continuar la donatio no haja, ne puga haver, ne exigir sino tres sous per son salari, e en los Locs dels Ecclesiastics, e Barons sia pagat dit salari, a arbitre dels Senyors.»

2. LA PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES DEL DONANTE EN LA CONSTITUCIÓN *PER TOLRE FRAUS*: PRESUPUESTOS Y EFICACIA JURÍDICA

La constitución *Per tolre fraus* construye los cimientos sobre los que se edificará el sistema de protección de los acreedores del donante que todavía perdura en el derecho actualmente vigente en Cataluña. Como su antecesora, la pragmática de Juan I [«*eidem (las ventas y enajenaciones) minime obsistentibus executio fieri valeat contra eos*»], la constitución permite que los acreedores ejecuten los bienes a pesar de que salieron del patrimonio del deudor. Por contra, si bien se reduce su alcance, por cuanto mientras la constitución sólo contemplaba las donaciones, la pragmática afectaba «donaciones, vendiciones, & alienaciones», su eficacia va mucho más allá: si la pragmática, ya que presumía la existencia de simulación («*tanquam fictas, & simulatas, ac infraudem creditorum factas*»), declaraba las enajenaciones «*irritas atque nullas*», por su parte la constitución se limita a establecer la idea esencial del «no perjuicio de los acreedores», prescindiendo, además, de la limitación a las cosas «*mobiliibus, vel semoventibus, aut fructibus*»¹¹.

En efecto, la clave de bóveda sobre la que se articula la protección de los acreedores del donante es su indemnidad: «no perjudiquen, ne puga perjudicar». Y debe remarcar que en ningún momento la constitución sanciona de otro modo los actos de empobrecimiento del deudor: no se estatuye que sean nulos, como en la anterior pragmática, sino que simplemente se dice que «no hajan força, ni valor en perjudici dels dits creadors»; es decir, mientras en la pragmática la enajenación es nula, incluso entre las partes, en la constitución es válida entre las partes, aunque inoponible a terceros. La única exigencia para que los acreedores resulten protegidos es que sus créditos sean escriturarios («*creadors censalistas, [o] altres qui tingan lurs credits ab carta, o ab albara*»).

La aplicación de la consecuencia jurídica prevista en la constitución *Per tolre fraus*, el «no perjuicio», tiene lugar cuando el acreedor omite un requisito de publicidad: la insinuación de la donación.

¹⁰ CYADC, 1, 8, 9, 4.

¹¹ Vid. BADOSA COLL, Ferran, comentario al artículo 58 de la Compilación, en CASANOVAS MUSSONS, Anna; EGEA FERNÁNDEZ, Joan; GETE-ALONSO CALERA, María del Carmen; MIRAMBELL ABANCÓ, Antoni (coordinadores), *Comentari a la modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges*, Barcelona, 1995, p. 356.

2.1 El presupuesto de la eficacia definitiva de la donación: la insinuación

La protección de los acreedores ante las donaciones de su deudor se fundamenta en la publicidad que se exige, a fin de que ganen eficacia definitiva, a dichas donaciones: «hagen de ser scritas en las Corts dels Ordinaris, en lo Cap de Vegueria hon ditas donacions se faran». A tales efectos, la constitución *Per tolre fraud* prevé la existencia de un Libro de insinuaciones y donaciones –un registro– cuya misión es la de dar forma a la publicidad, y en el cual debe hacerse constar, además del objeto de la donación, la identidad de donante y donatario, el notario ante el cual se había realizado la donación y «lo die en que ditas donacions se continuaran». En definitiva, el instrumento de publicidad que se acoge es la insinuación¹². Ello significa que no se crea un instrumento de publicidad *ex novo*, sino que se acude a una figura, la insinuación, ya conocida en el Derecho romano, Derecho supletorio en Cataluña.

Mas la insinuación, tal como se configura en la constitución *Per tolre fraud*, no es sino un registro¹³ de las donaciones que efectúan los deudores,

¹² «Quid sit insinuatio?», se pregunta GALÍ ET RAMON, Hyeronimus, *Opera Artis Notariae, theoreticam simul, et practicam eruditionem complectentia*, Barcinone, 1682, p. 417. «Et respondetur, quod insinuatio est actus quidam declaratorius, & denuntiatorius, in quo iudicis ordinarii assensus petitur, & requiritur». Un ejemplo de asentamiento de insinuación puede verse en LALINDE ABADÍA, Jesús, *La jurisdicción real inferior en Cataluña («Corts, veguers, batlles»)*, Barcelona, 1966, pp. 288-289 (apéndice documental XXXI). El veguer (juez) se limitaba a autorizar la donación; aunque advertía VIVES Y CEBRIÁ, *ob. cit.*, p. 816, nota 6, que «muchas veces y casi siempre la insinuación se hace sin conocimiento del juez y sólo se toma razón por el escribano encargado del registro de donaciones».

¹³ Así se desprende, en la tradición jurídica catalana, de FERRER, Franciscus, *Commentarius analyticus ad Constitutionem ex insignioribus Principatus Cathaloniae primam, sub titulo soluto matrimonio, incipientem Hac nostra*, Ilerdae, 1629, temp. 1, decl. 3, n. 8, quien afirma que «omnes donaciones (...) insinuandas fore, vel describendas in libro inscripto de donationibus, & hereditamentis».

En esta línea, ROCA SASTRE, Ramón María, «La acción revocatoria de donaciones en la Compilación», *ADC*, 1962, p. 8, considera, a pesar de la unanimidad en la tradición jurídica catalana, que la constitución *per tolre fraud* no establece una verdadera insinuación de donaciones sino una registración, como se desprende del hecho de que en la constitución no aparece tal denominación y de la distinta finalidad que se persigue con ella en el derecho romano. Insiste tanto en la idea de que la constitución establece un sistema de registración de donaciones que en «L'acció pauliana...», *ob. cit.*, p. 137, llega a indicar que constituye un precedente del Registro de la propiedad (también en «La acción revocatoria...», *ob. cit.*, p. 8, y ahora en ROCA SASTRE, Ramón María y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho hipotecario*, t. I, Barcelona, 1995⁸, pp. 147-150). Destaca asimismo el carácter de instrumento de publicidad registral de esta insinuación LINARES GIL, Maximino I., «Inoponibilidad de las donaciones en el Derecho civil catalán (Una propuesta de interpretación del artículo 340.3 de la Compilación de Cataluña)», *RJC*, 1998, pp. 45-46. Otra muestra, ciertamente posterior, de la incipiente organización registral en Cataluña la constituye la Instrucción de la Real Audiencia de 11 de julio de 1774, dictada para aplicar la pragmática de Carlos III de 31 de enero de 1768 (Nov. R., lib. X, tit. XVI, ley 3.^a), sobre la cual (con transcripción los dos últimos) DOU Y DE BASSOLS, Ramón Lázaro de, *Instituciones del Derecho público general de España con noticia del particular de Cataluña y de las principales reglas del gobierno de cualquier estado*, t. V, Madrid, 1802 (reimp. Barcelona, 1975), pp. 139 ss.; VIVES Y CEBRIÁ, *ob. cit.*, pp. 923 ss.; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito, *Códigos ó estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, t. sexto, Madrid, 1874, p. 581 ss.

con la finalidad ya indicada de protección de sus acreedores. Esto comporta que si bien se adopta un instrumento ya conocido en el Derecho romano, su finalidad sufre una transformación decisiva¹⁴. En el Derecho romano, la insinuación se configuraba como un instrumento de protección del propio donante, aunque por razón de la publicidad pudiera alcanzar otras finalidades, entre las cuales incluso, indirectamente, la defensa de los intereses de terceros¹⁵. En cambio, en el Derecho catalán, como en el Derecho europeo coetáneo, el objetivo que se pretende es la protección de los acreedores del donante. Fontanella lo manifiesta claramente: «[n]ostra iura municipalia aliud proculdubio in his insinuationibus respererunt, quam ius commune: non enim curant de interesse donantis, ad quod ius commune attendisse visum est, sed imo ad interesse creditorum eorum, qui donationes fecissent»¹⁶. Por ello, Oliba calificará esta insinuación de «especial», porque se introduce «ad effectum ut creditores donatoris notitiam habere possint huiusmodi donationum»¹⁷.

¹⁴ ROCA SASTRE, «L'acció pauliana...», *ob. cit.*, pp. 137-138; PINTÓ RUIZ, José J., voz «Insinuación», *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. XII, Barcelona, 1977, p. 859; PUIG FERRIOL, Lluís y ROCA TRÍAS, Encarna, *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*, t. 4, vol. II, Barcelona, 1982, pp. 74-77; EGEA FERNÁNDEZ, Joan, comentario al artículo 340 CDCC, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (Dir. Manuel Albaladejo), t. XXX, Barcelona, 1985, pp. 802-804.

¹⁵ Además de proteger al propio donante evitando el carácter irreflexivo de la donación, ZIMMERMANN, Reinhard, *The law of obligations (roman foundations of the civilian tradition)*, Cape Town-Deventer-Boston, 1992, pp. 492-493 y 495, hace referencia a la facilidad de la prueba y a la prevención de la disposición liberal de bienes ajenos por parte de personas sin legitimación para ello, rechazando que tuviera un propósito fiscal, como así afirman KASER, Max, *Das römische Privatrecht*, zweiter Abschnitt, München, 1975², p. 395, y DAWSON, *ob. cit.*, pp. 23-24 (autor, este, que añade como motivo la provisión de autenticidad a la donación). Por lo que se refiere a Suráfrica, donde la insinuación proveniente del Derecho romano, como ha sucedido en Cataluña, ha permanecido en vigor hasta tiempos bastante recientes (se ha suprimido mediante la General Law Amendment Act 70/1968, según informa ZIMMERMANN, *ob. cit.*, p. 500, nota 144), la jurisprudencia había considerado que la protección a los acreedores constituía la única razón para el mantenimiento de la institución (MCKERRON, R. G., «Registration of gifts», *South African Law Journal*, vol. 52, 1935, p. 30 y nota 55, y pp. 17 a 23 para una serie de decisiones judiciales).

¹⁶ FONTANELLA, Joannes Petrus, *Tractatus de pactis nuptialibus sive capitulis matrimonialibus*, Genevæ, 1684, claus. IV, gl. XXIX, núm. 12. La misma idea se puede entrever de la argumentación de PEGUERA, Ludovicus a, *Decisiones aureæ*, Barcinone, 1605, t. I, Dec. 150, núm. 4, en relación a si el juramento suple el defecto de insinuación, aspecto al que me referiré *infra*, notas 22 y 23 y texto correlativo.

¹⁷ OLIBANUS, Antonius, *Commentarii de actionibus*, Barcinone, 1606, pars I, lib. III, ad § rei quaedam action., núm. 6. FONTANELLA, *ob. cit.*, claus. IV, gl. XXIX, núm. 13, insiste en la misma idea [haciendo remisión al francés MAYNARD, Gérard de, *Notables et singulieres questions du droit écrit, decises ou preiugees par arrests memorables de la Cour Souveraine du Parlement de Tholose par...*, París, 1604, liv. second, chap. 53. núm. 2, quien, comentando las Ordenanzas francesas que establecen la obligación de insinuar (y que FONTANELLA califica de «proprissime nostræ constitutioni»), señala que «l'insinuation fuit introduite pour obvier au dol fraude, & circonventions clandestines (...) pour n'ignorer la qualité du donateur, avec lequel ils viendroient apres à contracter, & pour y adviser sans danger», e indica que la insinuación representa un beneficio para los acreedores, «scientes enim nullam valituram donationem in excessu, quæ non sit insinuata, facile locum adibunt, ubi it faciendum esset, ut videat num adsit aliqua donatio eius, cum quo volunt contrahere, per hoc sibi optime providebunt ut secure contrahant».

En cualquier caso, a pesar de la distinta función que venían a cumplir una y otra modalidad de insinuación, la confusión entre ambas y los intentos de delimitarlas, en especial por lo que se refiere a sus respectivas consecuencias jurídicas, constituirán una constante hasta la promulgación de la Compilación en 1960, como se podrá comprobar en seguida.

2.2 La donación no insinuada

En el Derecho romano, el defecto de insinuación de la donación acarrea su nulidad. La reforma justiniana de las donaciones mantuvo como requisito la donación, pero sólo para aquellas que excedieran los quinientos *solidi*: en la cantidad que superaban este límite, la donación devenía nula¹⁸.

La constitución *Per tolre fraus* no sanciona de nulidad las donaciones no insinuadas. En realidad, no estatuye de manera directa sanción alguna al defecto de cumplimiento del requisito de la insinuación. Simplemente se limita a establecer que las donaciones universales, de la mayor parte del patrimonio o que excedan de los quinientos florines, si no son registradas, «no perjudiquen ne puga[n] prejudicar», y que «no hajan força, ni valor en perjudici dels dits creditors»¹⁹.

La doctrina catalana de los siglos XVI y XVII distingue, en este sentido, los efectos de la insinuación romana y de la registración catalana con claridad. Así, Cáncer, que como se ha visto antes, reconoce que la ausencia de insinuación provoca en Derecho romano la nulidad de la donación, tiene mucho cuidado en señalar el distinto efecto que provoca en Cataluña: «non praefigit tempus ad insinuandum (la exigencia de registrar la donación con diez días de antelación que se establece en la constitución *Per tolre fraus*) respectu donatoris, quoad donationis validitatem», y si en

¹⁸ Que la sanción por ausencia de insinuación en el Derecho romano era la nulidad es una conclusión en la que coinciden tanto los romanistas actuales [HONSELL, Heinrich; MAYER-MALY, Theo, y SELB, Walter, *Römisches Recht* (JÖRS, Paul; KUNKEL, Wolfgang, y WENGER, Leopold, *Römisches Recht*, 4.^a ed.), Berlín, 1987, pp. 110-111; ZIMMERMANN, *ob. cit.*, pp. 492 y 499; IGLESIAS, Juan, *Derecho romano (Instituciones de derecho privado)*, Barcelona, 1994¹¹, p. 616; MIQUEL, Joan, *Dret privat romà*, Madrid, 1995, p. 451] como los propios autores de la tradición jurídica catalana (CANCERUS, *ob. cit.*, p. I, cap. 8, núm. 1: «[d]onatio excedens quingentos aureos de iure communi indiget insinuatione, alias est nulla, quatenus excedit»; PEGUERA, *ob. cit.*, *Dec.* 150, núm. 1; COMES, Josephus, *Viridarium artis notariatus*, Gerundæ, 1704, cap. XX, § V, núm. 46). Es sintomático a este respecto un autor muy cercano en el tiempo a la promulgación de la constitución *per tolre fraus* como MARQUILLES, Jacobus a, *Commentaria super usaticis barchinon.*, Barcinone, 1505, comentario al *usatge Auctoritate et rogatu*, vers. Et sic nota, quien, puesto que conoce una única insinuación, señala que sin ella la donación «non valeret».

¹⁹ La idea de «no perjuicio» también aparece, en el Derecho histórico catalán, en el capítulo XXVIII de las *Commemoracions de Pere Albert* (CYADC, 1, 4, 30). Se prevé en él el heredamiento realizado por el vasallo en favor de su hijo con reserva de usufructo y la cuestión de quién debe de prestar el homenaje, y se permite que rinda el homenaje el usufructuario en lugar del heredado para evitar la pérdida de dicho usufructo, pero rehuendo, a la vez, el doble vasallaje de padre e hijo, y establece que «daço faça lo Senyor carta, que no puxa a altre perjudicar».

algún momento manifiesta que la donación no insinuada es nula, inmediatamente añade que lo es respecto de los acreedores: «(...) donationem non insinuatam nullam, in præiudicium creditorum»²⁰. En la misma línea, Fontanella, tras destacar el interés distinto que persigue la insinuación en el Derecho romano y en el Derecho catalán, indica que las donaciones a los acreedores «non præiudicent, nec quoad ipsos robur, & firmitatem aliquam habeant nisi a die insinuationis», o que «si insinuatæ nostræ donationes non fuerint, in nihilo prorsus creditoribus præiudicent»²¹.

En fin, el diferente alcance de una y otra insinuación se manifiesta en los diversos argumentos sostenidos por Cáncer y Peguera cuando se trata de concluir que la insinuación en el Derecho catalán no podía sustituirse por un juramento, a diferencia de cuanto acontecía en el Derecho romano. Ambos coinciden en la idea de que el interés protegido en el Derecho catalán es el de los acreedores no intervinientes en la donación²², y que, por consiguiente, el juramento no puede suplir el defecto de insinuación²³. Siendo esta, pues, la finalidad de la insinuación, la de evitar el perjuicio del acreedor que ignora la donación efectuada por su deudor, si a pesar de

²⁰ CÁNCER, *ob. cit.*, p. I, cap. 8, núms. 19 y 24. Este autor indica otras diferencias: en el Derecho común, si la donación se insinuaba en un lugar determinado, expandía sus efectos también a los bienes situados en otro territorio distinto, cosa que no sucede en el derecho catalán, porque «id procedit respectu validitatis donationis, secus in præiudicium creditorum» (núm. 8); que si la donación solamente se insinúa con dos días de antelación, «in contrahentium cum donatoribus præiudicium, non nocet insinuatio», (...) «talís insinuatio non habeat effectum in eorum præiudicium» (núm. 20); o que «talís donatio iure Cathalonix simpliciter prohibeatur in præiudicium creditorum» (núm. 24).

²¹ FONTANELLA, *ob. cit.*, claus. IV, gl. XXIX, núms. 12 y 14. Además, la idea del no perjuicio de los acreedores aparece explicitada en el núm. 10, donde, en la línea de lo dicho en el texto, afirma que las expresiones de la constitución *per tolre fraus* «solum disponunt non valere adversus creditores donationes quæ non appareant insinuatæ decem dies ante contracto creditum»; es decir, igual que Cáncer, cuando introduce la idea de «validez», esta se predica en relación a los acreedores. Por su parte, también OLIBA, *ob. cit.*, p. I, lib. III, ad § rei quaedam action., núm. 7, se limita a afirmar que la donación «non noceret creditoribus donatoris, nisi continuata in libro donationum in capite vicariae».

²² Así lo denota igualmente la cláusula de insinuación inserta en el repertorio de notaría de GALÍ, *ob. cit.*, p. 468 (cláusula, cuando donator voluerit donationem obesse creditoribus posterioribus): «[e]t volo, & consentio præsentem donationem in Curia Magnifici Vicarii Barcinone insinuari, seu verius, describi, & continuari in libros seu registros Curix ipsius Vicarii Barcinone, iuxta formam Constitutionis Cathalonix disponentis, quod ad hoc ut donationes creditoribus obsint continuari habeant modo & forma in Constitutionem eadem contentis. Supplicans humiliter cum præsentí dicto Vicario, seu regenti Vicariam Barcinone, quatenus presentem donationem continet, seu continuari & scribi faciat, atque mandet, in dictis suis registris modo necessario, solito, & assueto, adeo ut creditores aliqui obligationes aliquas a me non acquirant, & si acquisierint ipsæ obligationes inanes sint, atque nullæ, ut vos dictos donatarius & vestri frustrati non sitis. Constituens propterea quatenus opus sit, & ad maiorem cautelam, procuratores meos, omnes Notarios & scribas dictæ Curix iuratos, & quemlibet, &c, ad præmissa omnia faciendum, exequendum, & procurandum iuxta prædictæ Constitutionis seriem, tenorem, atque formam».

²³ CÁNCER, *ob. cit.*, p. I, cap. 8, núms. 5 y 41; PEGUERA, *ob. cit.*, Dec. 150, núm. 4; FONTANELLA, *ob. cit.*, claus. IV, gl. XXIX, núms. 5 a 9; XAMMAR, Joannes Paulus, *Rerum iudicatarum in Sacro Regio Senato Cathalonix*, pars prima, Barcinone, 1657, Def. 133, núms. 3 ss.; COMES, *ob. cit.*, cap. XX, § 5, núm. 50. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el juramento como mecanismo de protección contra fraudes fue introducido en CYADC, 1, 4, 31, 6 [el llamado juramento de Monzón, localidad donde se celebró Corte

la ausencia de insinuación, el acreedor tenía conocimiento de la existencia de la donación efectuada por su deudor, sí que va a resultar perjudicado por ella²⁴.

El efecto del incumplimiento de la formalidad de la insinuación es, pues, el «no perjuicio» de los acreedores, su inmunidad ante la donación. Pero, ¿en qué se traduce este efecto? Fontanella²⁵ lo explica con suma claridad: los acreedores «salva semper, & illesa eorum iura servabuntur, quod contractaverint ante insinuationem». O sea, para los acreedores es como si el bien donado no hubiera salido del patrimonio del deudor, puesto que pueden agredirlo con el fin de cobrar sus créditos, de igual modo que ya acontecía con la pragmática de Juan I²⁶.

Por consiguiente, si la donación no resulta afectada por ningún motivo de invalidez, si no se establece sanción alguna de manera expresa —a diferencia, en este caso, de la citada pragmática, que calificaba las donaciones que contemplaba de «irritas, atque nullas»—, si no se hace mención de una hipotética legitimación de los acreedores para impugnarlas, sino que simplemente se estatuye que tales donaciones no perjudican y que no tienen fuerza, no podemos afirmar que nos hallemos en el terreno de la validez, por lo que hay que rechazar que la consecuencia del defecto de insinuación sea la nulidad²⁷ o la anulabilidad. Por cuanto que se prescinde

en 1537 por Carlos I (V) en que se aprobó esta constitución], aunque ya no es tema de «perjuicio», sino de «fraude».

Sin embargo, en su formulario, GALÍ, *ob. cit.*, p. 468, incluye una cláusula «ut non opponatur insinuatio, et valebit donatio», consistente no en otra cosa que en la aposición de juramento: «[e]t ut prædicta omnia & singula gaudeant firmitate, & ut ipsa donatio excedens summam 500 aureorum, & proinde iuxta legitimas sanctiones insinuanda, absque eadem insinuatione plenissimum sortiatur effectum, non vi, nec dolo, sed sponte, iuro &c. Cuius iuramenti virtute volo, & expresse declaro, prædictam donationem licet summam prædictam excedentem tantum valere, tantumque roboris firmitatem obtinere, qualem & quantum obtineret donatio facta coram præside, vel alio Magistratu. Renunt. de certa scientia, eodem iuramento interveniente, dictæ insinuatione faciendæ, & omni legi, &c.». Mas el autor no debía de confiar demasiado en la virtualidad de la cláusula, porque a continuación, «ad abundantem cautelam», añade: «ipsam insinuo, &c. *Fiat cláusula insinuationis*». Que el juramento suplía la falta de insinuación lo decía también GIBERT, aunque FALGUERA en nota lo enmienda (*ob. cit.*, p. 101, nota hh).

²⁴ XAMMAR, *ob. cit.*, prefacio a la *Def.* 133, donde resume de la siguiente manera la doctrina de la Real Audiencia plasmada en la sentencia de 26 de junio de 1603, relator Jeroni Astor: «is qui scivit donationem factam, non potest illam impugnare propter insinuationis defectum, etiam si hoc scivisset ut tertis in donatione vocatus, cum insinuatio in donatione ex præfata constitutione requiratur ad occurrendum fraudibus, quæ committuntur contra ignorantes donationes.»

²⁵ FONTANELLA, *ob. cit.*, claus. IV, gl. XXIX, núm. 20.

²⁶ Debe recordarse, también, la anteriormente transcrita (*supra*, nota 23) cláusula de insinuación de GALÍ, en la cual manifiesta expresamente que la insinuación tiene como objetivo que los bienes donados, ante los acreedores, «ipsæ obligationes inanes sint, atque nullæ, ut vos dictos donatarius & vestri frustrati non sitis».

²⁷ Así se manifestó, además, el Consejo Superior del Rosellón (incorporado ya años atrás este territorio a la corona francesa) en la respuesta al cuestionario previo a la ordenanza de Luis XV de 1731 (cuestión sexta), en la que, cuando se hace referencia a la introducción de la formalidad de la insinuación en la constitución *per tolre frauds*, acaba por afirmar: «mais les commissaires ont observé que la constitution qui a prescrit la formalité ne prononce point la peine de la nullité» (REGNAULT, *ob. cit.*, p. 442).

de toda idea de fraude para centrarse en la noción de perjuicio, no parece sencillo apreciar un efecto rescisorio o revocatorio. Más bien el término *fuerza* evoca el concepto de *eficacia* , y que esa falta de *fuerza* o *valor* se predique de los *acreedores* –y deben de retenerse las afirmaciones de Cáncher y Fontanella antes transcritas–, permite pensar, como en el caso de las ordenanzas francesas, en la *inoponibilidad* ²⁸.

2.3 La problemática delimitación de los respectivos efectos del defecto de insinuación: el proceso codificador y la Memoria de Durán y Bas

Durante el siglo XIX se aprecia con frecuencia una cierta confusión entre los efectos derivados del incumplimiento de la formalidad de la insinuación en el Derecho catalán a consecuencia de la supletoriedad del derecho romano. En particular, la confusión afecta al Tribunal Supremo, con una jurisprudencia cambiante en relación a las demandas de nulidad de donaciones por defecto de insinuación, confusión que acaba por extenderse a la doctrina.

El tema objeto de discusión es si ambas modalidades de insinuación son vigentes o si, por contra, la que convencionalmente se llama insinuación catalana habría derogado la romana. Con todo, por lo que interesa para este trabajo, el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de este período pone de manifiesto que cuando las sentencias distinguen los respectivos ámbitos y efectos de cada insinuación es para considerar vigente sólo la registración de la constitución *Per tolre fraudus* , que habría derogado la insinuación romana²⁹, mientras que si las sentencias consideran que ambas son vigentes, entonces la delimitación es, si cabe, aún más confusa, por cuanto se considera que prácticamente una es especificación de la otra³⁰.

²⁸ Que ya ha resultado aplicado al caso por PINTÓ RUIZ, voz «Insinuación», *ob. cit.* , p. 856 (y también pp. 859, 860 y 861): «[I]a constitución *Per tolre fraudus* (...) establece con claridad que aquellas donaciones que no se insinuaron *no producen efecto, no existen* con respecto a terceros *que sean acreedores* . La donación no insinuada no es *oponible a un acreedor* ; éste tiene acción para perseguir los bienes así donados; *ignorando la transmisión* ; para el acreedor no existe tal transmisión» (véase, también, del mismo autor «Los bienes puestos a nombre de la mujer en el Derecho civil de Cataluña», CÁTEDRA «DURÁN Y BAS», *Estudios jurídicos sobre la mujer catalana* , Barcelona, 1971, pp. 92, nota 21, 108, nota 73 110 o 111, nota 82; las cursivas en el original); y por LINARES GIL, *ob. cit.* , pp. 47-49: «la Constitución catalana limitaría la oponibilidad de ciertas donaciones de modo que nunca podrán perjudicar a los acreedores», «simplemente se declara su inoponibilidad».

²⁹ Así, la STS de 31 de enero de 1861 (CÁTEDRA «DURÁN Y BAS», *El derecho civil catalán en la jurisprudencia* , t. I, vol. 1.º, a cargo de Pedro del Pozo Carrascosa y Josep Ferrer i Riba, Barcelona, 1990, pp. 679 ss.): «[c]onsiderando que la constitución [*Per tolre fraudus*] solo anula las donaciones que carecen de los requisitos en ella expresados cuando se hacen ó resultan en perjuicio de los acreedores, circunstancia que no ha tenido lugar en el caso de este pleito»; en idéntico sentido, las SsTS de 29 de septiembre de 1865 (*id.* , pp. 683 ss.) y de 29 de diciembre de 1870 (*ibid.* , p. 696).

³⁰ Interpretación que inicia la STS de 13 de marzo de 1869 (*ob. cit.* nota anterior, pp. 686 ss.) y que se refleja claramente en la posterior de 11 de marzo de 1876 (CÁTEDRA

En cualquier caso, con independencia de la interpretación en cuanto al pretendido efecto derogatorio del derecho romano por parte de la constitución *Per tolre frauds*, que conforma el tema principal de debate, se va a considerar de forma prácticamente unánime la insinuación como requisito de validez de la donación: «la constitucion (...) solo *anula*» (STS de 31 de enero de 1861); «solamente declara *nulas*» (STS de 13 de marzo de 1869); «declara *nulas*» (STS de 29 de diciembre de 1870); «*nula por falta de insinuacion, conforme á lo dispuesto en la constitucion*» (STS de 11 de marzo de 1876). Sólo la STS de 11 de junio de 1862 es precisa, cuando afirma que «la donación, objeto de este litigio, como universal y no insinuada (...), *no tiene eficacia contra el acreedor (...)*, porque según lo establecido en la constitucion [*Per tolre frauds*], las donaciones universales que no sean insinuadas 10 días antes de contraída la deuda *no tienen valor en perjuicio de los acreedores*»³¹, mientras que la STS de 29 de septiembre de 1865 repite la expresión de aquella constitución, al señalar que «*solo determina que las donaciones que no hayan sido insinuadas oportunamente no puedan perjudicar á los acreedores*».

Por lo que se refiere a la doctrina, no se aparta de la línea jurisprudencial mayoritaria, y coincidirá en considerar a la insinuación como requisito de validez y su defecto como causa de nulidad de la donación. Así, Vives y Cebriá³², o Brocá y Amell³³, representantes de la corriente mayoritaria que reputa vigentes ambas insinuaciones al considerar que la constitución *Per tolre frauds* no derogó el derecho romano supletorio³⁴, o, aun-

«DURÁN I BAS», *El dret civil català en la jurisprudència.*, t. I, vol. 2, a cargo de Esther Arroyo i Amayuelas, Barcelona, 1995, pp. 121 ss.) que, teniendo en cuenta la posición de juramento a la donación, considera —en contra del parecer de la doctrina catalana recogida en la nota 23— que el recurrente «no tenía derecho ni lo tienen sus herederos á impugnar la donacion de que se trata, aun cuando debiera declararse *nula en el exceso de 500 florines por falta de insinuacion, conforme á lo dispuesto en la constitucion [Per tolre frauds]*». En esta posición, y considerando la donación nula por defecto de insinuación, puede citarse la más antigua y poco definida STS de 21 de mayo de 1845, transcrita por VIVES Y CEBRIÁ, *ob. cit.*, pp. 816 y 817.

³¹ CÁTEDRA «DURÁN I BAS», *El derecho civil catalán, ob. cit.*, t. I, vol. 1 pp. 681 ss.

³² VIVES Y CEBRIÁ, *ob. cit.*, p. 820: «es lo cierto que en Cataluña se han reputado siempre *nulas* las donaciones que esceden de 500 florines, ora haya ó no acreedores á quienes pueda perjudicar la donacion; porque esta constitucion no sólo no deroga el § 2, de las Instituciones de Justiniano y la ley 36, § 2, Cod., ambas del tít. de Donaciones, sino que al contrario añade algo á dichas leyes. (...) De todo esto, empero, puede deducirse que si uno hace donacion de sus bienes ó de su mayor parte será *válida* la donacion, si no hay perjuicio de acreedores y no escede de 500 florines». Le sigue GUTIÉRREZ, *ob. cit.*, t. VII, pp. 669-670.

³³ BROCÁ-AMELL, *ob. cit.*, t. 1.º, p. 246: «[L]os tratadistas catalanes aplican tambien la disposicion romana que declara la eficacia de la donacion no insinuada en la parte que no exceda de 500 florines; mas, conceptuamos que si envuelve fraude á los acreedores, éstos podran reputarla *nula* en su totalidad», aunque la referencia a «éstos» (los acreedores) permite pensar que, como antes Cáncer y Fontanella (*supra*, notas 20 y 21), la nulidad sólo les beneficia a ellos.

³⁴ Esta es la opinión defendida con ahínco por FALGUERA, Félix María, en las notas a GIBERT, Vicente, *Teórica del arte de notaría*, Barcelona, 1875³, p. 101, nota ii: «una donación que escede de 500 florines y no fuese insinuada *no valdrá* sino hasta la cantidad de 500 florines. Aunque esta ha sido la jurisprudencia de Cataluña fundada en las leyes

que con una terminología más vacilante, Elías³⁵, que parece inclinarse por la derogación de la insinuación romana.

El marco doctrinal y jurisprudencial que se acaba de esbozar no va a sufrir ninguna modificación significativa hasta el Proyecto de Apéndice al Código civil para Cataluña de 1930. Durán y Bas, por ejemplo, parte de la vigencia de las dos insinuaciones, y parece que tímidamente distingue sus respectivos efectos, en la medida que aunque en la exposición habla de nulidad, en el artículo CCXXXVIII prevé que, «[a]demás de los efectos que por derecho común produce la falta de insinuación, no perjudicarán a los acreedores del donador las donaciones no insinuadas diez días antes de la fecha del contrato de que nazca el crédito de aquellos». La nulidad, pues, permanecería reservada al defecto de insinuación según el derecho romano —«derecho común»—, sin que, sin embargo, en cuanto a los efec-

romanas que así lo disponen, y lo espone perfectamente Cancr, hace algunos años se había tratado de poner en duda la justicia de esta doctrina suponiendo algunos que la constitución [*Per tolre frauds*] había derogado el derecho romano en esta parte, declarando que una donación no insinuada no era nula en Cataluña, si tan solo que no perjudicaba á los acreedores. Esta opinion dimanaba de una mala inteligencia de la Const. unica lib. 8, tit. 9, la cual no es derogatoria de las leyes romanas que tratan la insinuacion, sino que se reduce á declarar los efectos de la falta de insinuacion ó del retardo de ella respecto á los acreedores, dejando subsistentes los efectos de la falta de insinuacion prescritos por las leyes romanas entre el donador y el donatario». No explicita más los efectos de la insinuación catalana, que circunscribe a los acreedores, y también en los *Apuntes de Notaría*, Barcelona, 1871, p. 186, se refiere simplemente al no perjuicio. Cabe destacar que FALGUERA, en sus *Conferencias de derecho catalán*, Barcelona, 1890, p. 30, relata que él fue el abogado que defendió la nulidad de una donación de más de quinientos florines no insinuada y que no perjudicaba acreedor alguno, con fundamento en la tradición jurídica, demanda que originó la antes citada STS de 13 de marzo de 1869 (*supra*, nota 30), remarcando que el abogado contrario fue Estanislao Figueras, que al poco accediera a la presidencia de la primera república.

³⁵ ELÍAS, José Antonio, *Derecho civil general y foral de España*, t. III, Madrid-Barcelona, 1877, señala en el artículo 4706 que «[I]as donaciones que carecen de estos requisitos [Cataluña. Art. 4704: «[I]as donaciones cuyo valor pasa de 500 florines deben ser insinuadas (*Const. de Cataluña, Cons. 1, tit. 8, lib. 8, vol. 1*)] son nulos (*sic*) cuando se hacen ó resultan en perjuicio de los acreedores», mientras que en el artículo 4731 establece: «[I]as donaciones universales que no sean insinuadas diez días antes de contraída la deuda por el donante, no tienen valor en perjuicio de los acreedores, cuyos créditos consten en escrituras ó vales, y con igual ó mayor razon si proceden de cosa juzgada» (*Const. de Cataluña, Cons. 1, tit. 8, lib. 8, vol. 1*)». Además, en las pp. XV y XVI del Apéndice, intenta rebatir la crítica de Falguera por no haber transcrito en su integridad la STS de 13 de marzo de 1869, alegando que tal decisión es contraria a la mantenida en la STS de 11 de enero de 1861. En cambio, en ELÍAS, José Antonio, y FERRATER, Estban de, *Manual del Derecho civil vigente en Cataluña. Segunda edición por D. Alejandro de Bacardí*, Barcelona, 1864, confirma el defecto de insinuación como causa de nulidad de les donaciones sólo cuando se han efectuado en fraude de acreedores (art. 1504: «[I]as donaciones que carecen de este requisito son nulas cuando se hacen ó resultan en perjuicio de los acreedores», citando la constitución *Per tolre frauds*; también en el artículo 1505 afirma expresamente que la insinuación constituye un requisito de validez), mientras que en el artículo 1511 establece que las donaciones no insinuadas que superen los 500 florines son nulas en el exceso (o sea, la insinuación romana) [en la 3.ª edición en vista de la segunda publicada por D. Alejandro de Bacardí, Madrid-Barcelona, 1885, el transcrito artículo 1504 se convierte en párrafo segundo del artículo 3952, a pesar de que el primer párrafo indica que «las donaciones cuyo valor esceda de 500 florines deben ser insinuadas» y de que en la nota 1 afirma que «el derecho romano como supletorio del catalán debe aplicarse en defecto de este y por lo tanto son nulas las donaciones no insinuadas en cuanto escedan de 500 marcos ó florines»].

tos de la insinuación que el artículo contempla de modo específico vaya más allá del consabido «no perjuicio». En cualquier caso, debe observarse que conceptúa de forma expresa esta insinuación como un verdadero registro de donaciones³⁶.

En los Proyectos privados de Apéndice no aparece norma alguna emparentada con la constitución *Per tolre fraus*³⁷. Por lo que se refiere al resto de la doctrina, se mantiene la imprecisión terminológica³⁸, y tan sólo algunos autores intentarán perfilar un poco más la institución. Así, Pella y Forgas reabrirá el debate en torno a la subsistencia

³⁶ DURÁN Y BAS, Manuel, *Memoria acerca de las instituciones del derecho civil de Cataluña, escrita con arreglo á lo dispuesto en el artículo 4 del Real Decreto de 2 de febrero de 1880*, Barcelona, 1883, p. 161, de la exposición, donde, por lo que hace al registro de donaciones, indica que «[n]o se ha llevado semejante libro [se refiere al libro de donaciones y heredamientos previsto en la constitución *per tolre fraus*], á lo menos de muchos años a esta parte, a pesar de su notoria utilidad, puesto que estaba destinado á ser como un registro que pudiese advertir de las disminuciones que por actos de liberalidad haya tenido el patrimonio de una persona», razón por la que sanciona el artículo CCXXXVI que «[l]as donaciones universales o de la mayor parte de los bienes que excedan la cantidad de (...) se deberán registrar en el libro llamado de donaciones y heredamientos por mandato del juez de Primera instancia del domicilio del donador. Este libro deberá llevarse en todos los juzgados por el secretario del mismo». Hay que dejar constancia de que la jurisprudencia había negado que la inscripción en el Registro de la propiedad supiera la insinuación (STS de 11 de julio de 1862, ya citada, y en este sentido VIVES Y CEBRIÁ, *ob. cit.*, p. [816], nota 6, y BROCA-AMELL, *ob. cit.*, t. II, p. 245); por más que, como se verá después, el Proyecto de Apéndice de 1930 substituyó la insinuación por la inscripción de la donación en el Registro de la Propiedad. En todo caso, ya antes de DURÁN Y BAS, se habían referido a la insinuación como un puro registro judicial de donaciones ELÍAS-FERRATER, *ob. cit.*, pp. 212-213, artículo 1504: «[l]as donaciones cuyo valor esceda de 500 florines (425 libras) deben registrarse en la curia de la cabeza del partido del lugar en que se hizo la donación. Este registro se conoce con el nombre de *insinuacion*». BROCA-AMELL, *ob. cit.*, p. 245, y CORBELLA, *infra*, nota 38, señalarán también que la insinuación tenía que practicarse en los juzgados de Primera Instancia.

³⁷ Solamente el proyecto de ROMANÍ Y PUIGDENGOLAS, Francisco, y TRIÁS Y GIRÓ, Juan de Dios, *Ante-Proyecto de Apéndice al Código civil para el Principado de Cataluña*, Barcelona, 1903, contiene una presunción de fraude en el artículo 916, construida a partir de la remisión al Código Civil: «[l]a declaración de fraudulencia de los contratos lesivos a los acreedores la harán los tribunales según las circunstancias concurrentes en cada caso. Se presumen no obstante fraudulentos, salvo prueba en contrario, los contratos expresados en el artículo 1297 del Código Civil, y se presumirán siempre fraudulentas las donaciones en el caso del artículo 643 del mismo Código». La diferencia respecto del régimen jurídico tradicional no requiere más comentario.

³⁸ Por ejemplo, en su comentario a la *Memoria* de Durán y Bas (que se prolonga a lo largo de cuatro tomos de la revista, en concreto de 1898 a 1901), MEIX, Juan, «La codificación del derecho de Cataluña», *Revista de los tribunales y de legislación universal*, t. XXXIV, 1900, pp. 308 y 309, además de considerar innecesario el artículo CCXXXVI que regulaba la insinuación en los términos de la constitución *Per tolre fraus* («no vemos la necesidad ni siquiera la conveniencia de que se restablezca de nuevo dicho precepto, que ha estado en desuso desde la publicación de la vigente Ley hipotecaria»), tanto se refiere a la insinuación en cuanto requisito de validez (en el comentario al art. 237 —MEIX utiliza guarismos árabicos—) como de «rescisión en aquella parte que perjudiquen á acreedores anteriores» (comentario al art. 238). Por su parte, CORBELLA, Arturo, *Manual de Derecho catalán*, Reus, 1906, se limita a extraer la constitución *per tolre fraus*, indicando que la «anotación» de las donaciones debe de practicarse en el Juzgado de Primera Instancia.

En cuanto a la jurisprudencia, se impone la línea que considera vigentes ambas insinuaciones, y su omisión, existan o no acreedores perjudicados, comporta la nulidad de la donación [SsTS de 9 de diciembre de 1891, de 24 de abril de 1894, de 19 de mayo de 1903

de la insinuación romana, que él rechaza, a causa de la distinta finalidad que perseguía³⁹, aunque en cuanto a la eficacia jurídica de la insinuación –*rectius*, de su omisión– tanto habla de «no perjuicio» como de nulidad⁴⁰. Trías de Bes se referirá también a la nulidad, pero exclusivamente en relación a los acreedores, que serían los únicos legitimados para instarla, con lo que ciertamente se aproxima a la idea de inoponibilidad, en la medida que si el negocio es nulo lo es para todos y no sólo para determinadas personas⁴¹. Finalmente, es Borrell y Soler quien más se aproxima a la línea que se defiende en este trabajo. Es del parecer que la omisión de la insinuación en el derecho catalán «no invalida la donación ni en todo ni en parte», porque «el fin de la insinuación catalana sólo tiene por objeto proteger los derechos de los acreedores del donante», razón por la que tales donaciones «no pueden perjudicar a los acreedores», si bien cuando intenta traducir en un concepto técnico-jurídico el «no perjuicio» acude a la figura de la rescisión⁴².

(CÁTEDRA «DURÁN I BAS», *El derecho civil catalán en la jurisprudencia*, t. II, vol. 1.º, a cargo de Luis Puig Ferriol con la colaboración de María Encarna Roca de Laqué, Barcelona, 1974, pp. 671 ss., 62 ss. y 676 ss.) y de 19 de diciembre de 1927 (CÁTEDRA «DURÁN I BAS», *El derecho civil catalán en la jurisprudencia*, t. III, a cargo de Luis Puig Ferriol y María Encarnación Roca de Laqué, Barcelona, 1971, pp. 426 ss.). Por contra, la STS de 7 de abril de 1916 (*Jurisprudencia civil*, 1916, t. 136, núm. 19) sostiene que la constitución *Per tolre fraus* «establece terminantemente que aunque no sean insinuadas las donaciones, sólo cabe reputarlas nulas cuando resultan hechas en perjuicio de los acreedores del donante».

³⁹ En contra, es decir, considerando que «[n]o puede (...) suponerse que la referida Constitución [*per tolre fraus*] sea derogatoria de los preceptos romanos relativos a este punto», por lo que en Cataluña son «nulas las donaciones no insinuadas en cuanto excedan de 500 áureos o florines», GÓMEZ GONZÁLEZ, Bartolomé, *Materias de Derecho civil en sus relaciones con el Registro de la Propiedad con especial referencia del Derecho Catalán*, Barcelona, 1927, pp. 111-112.

⁴⁰ PELLA Y FORGAS, José, *Código civil de Cataluña*, t. III, Barcelona, 1918, pp. 19 a 23: «el fin de la Constitución, no puede ser ni es otro que garantizar la publicidad a los acreedores que de buena fe traten con el donador después de la donación» (p. 20); «las donaciones *no perjudican* a los acreedores si no fueron insinuadas» (p. 21); «desde el momento que la Constitución catalana reduce las consecuencias de la falta de insinuación al perjuicio de los acreedores, es evidente que en esta forma limita la disposición romana, y todas las donaciones que no perjudiquen a acreedores no necesitan del requisito de la insinuación para su *validez*» (p. 22). También considera que la insinuación debe de practicarse ante el juez competente.

⁴¹ SERAFINI, Felipe, *Instituciones de Derecho romano*, versión española con arreglo a la traducción y comparación con el derecho civil español general y especial de Cataluña de D. Juan de Dios Trías por D. José María Trías de Bes, t. II, Barcelona, s. f., p. 195, nota 2: «la c. [*Per tolre fraus*] exigió también la insinuación de las donaciones, declarando que no valdrían en perjuicio de los acreedores (...) El alcance de esta nulidad afecta sólo a los acreedores», y busca apoyos en las SsTS de 31 de enero de 1861, 11 de junio de 1862, 29 de septiembre de 1865 y 29 de diciembre de 1870 ya citadas.

⁴² BORRELL Y SOLER, *ob. cit.*, t. III, pp. 320-321.

3. EL PROYECTO DE APÉNDICE DE 1930 Y EL PROCESO COMPILADOR. EL ARTÍCULO 340.3 DE LA COMPILACIÓN

La línea doctrinal y jurisprudencial que se había mantenido incólume durante prácticamente un siglo quiebra con el Proyecto de Apéndice de 1930 que, de modo excepcional, se distancia de la *Memoria* de Durán y Bas para iniciar una nueva visión del tema que, sin romper para nada con la constitución *Per tolre frauds*, se incorporará en sus aspectos esenciales al vigente artículo 340.3 de la Compilación.

El Proyecto de Apéndice de 1930, sin efectuar ninguna referencia a ello, continuará partiendo de la distinción, en relación a sus respectivos efectos, de las dos insinuaciones que se habían venido considerando vigentes, la romana y la catalana. De la primera se ocupa el artículo 237, y lo hace para suprimirla, en los siguientes términos:

«Las donaciones, cualquiera que sea su cuantía, serán válidas aunque no hayan sido insinuadas; debiendo considerarse para todos los efectos legales substituido el antiguo trámite de la insinuación por la inscripción en el Registro de la Propiedad en cuanto a la donación de inmuebles⁴³, la cual, para ser válida, deberá siempre otorgarse en escritura pública. En cuanto a la donación que comprenda exclusivamente bienes de otra clase, deberá constar en forma auténtica para su eficacia contra tercero.»

Que este artículo se refiere a la insinuación que vengo llamando romana se deriva de la referencia al concepto de «validez» y de la finalidad que se le presupone, por cuanto se exige la forma pública para su validez. En cualquier caso, permite abrir un interrogante sobre cuáles son «*todos los efectos legales*» que substituyen la inscripción registral, puesto que el principal que provocaba la insinuación –su defecto– era, precisamente, la sanción de nulidad. Además, la insinuación catalana y, en concreto, sus efectos, es el tema del artículo 238:

«No perjudicarán a los acreedores del donador las donaciones otorgadas a partir de los diez días anteriores a la fecha del contrato de que nazca el crédito de aquéllos.»

Este artículo 238 es extremadamente fiel a la constitución *Per tolre frauds*. No solamente se conserva la expresión tan conocida del «no perjuicio», sino que se mantiene incluso el plazo de diez días de antelación al nacimiento del derecho de los acreedores. Situado tras el artículo 237, que se preocupa de la validez de la donación, hay que concluir que el efecto jurídico del «no perjuicio» no puede ser la nulidad de la donación. Y, sin embargo, contiene una novedad que altera profundamente el sistema: se prescinde, también, de la insinuación, como en el artículo 237, pero de la

⁴³ Recuérdese que la jurisprudencia y la doctrina (*supra*, nota 36, y BORRELL Y SOLER, *ob. cit.*, t. III, p. 323, nota 48), se habían manifestado en contra de que la inscripción registral substituyera a la insinuación.

insinuación considerada como registro para dar publicidad a las donaciones. La protección de los acreedores, pues, deja de articularse sobre la base de un registro, para pasar a fundamentarse exclusivamente en el propio perjuicio derivado de la donación, en tanto que empobrecimiento patrimonial. En otras palabras, en el Proyecto de 1930 la inoponibilidad de la donación a los acreedores deja de apoyarse en la publicidad resultado de su constancia en un instrumento destinado a tal finalidad, y pasa a hacerlo sólo en la idea de perjuicio. Con toda probabilidad, esta solución viene motivada por la existencia del Registro de la Propiedad y por el desuso —al que ya se refería Durán y Bas— del libro de heredamientos y donaciones en los juzgados de Primera Instancia, pero su trascendencia resulta ciertamente notable⁴⁴.

En la jurisprudencia, merece ser citada la Sentencia del Tribunal de Casación de Cataluña de 11 de diciembre de 1936, cuyo ponente fue Borrell y Soler, que niega la aplicabilidad de la sanción contenida en la constitución *Per tolre frauds* a una donación no insinuada porque tal donación no representó perjuicio alguno al demandante, en atención al hecho que no se probó que la donante hubiera devenido insolvente⁴⁵, doctrina que después sostiene la STS de 13 de mayo de 1952⁴⁶.

Finalmente, dentro de este período hay que reseñar brevemente la importante aportación de Roca Sastre⁴⁷. Destaca este autor las diferencias entre la acción pauliana y la protección derivada de la constitución *Per tolre frauds*, todavía vigente, en particular la supresión del requisito de la prueba del fraude, enmarcando la norma catalana en el contexto europeo al que he hecho referencia al inicio del presente trabajo. En su opinión, la constitución establece «el principi que la donació no publicada en el llibre especial és *inexistent* davant del creditor perjudicat per ella», de tal manera que «no precisa, per ella, revocar la donació perjudicial, sinó tan sols

⁴⁴ La revisión de 1931 deja sin modificar este artículo, que deviene el 190, mientras que el artículo 189 suprime del artículo 237 del Proyecto de 1930 la sustitución de la insinuación por la inscripción en el Registro de la propiedad (con lo que se elimina completamente esta formalidad), convirtiéndolo por otra parte en un párrafo separado su último inciso («Las donaciones universales y las promesas de donación de cualquier clase hechas fuera de capitulaciones matrimoniales no son válidas»). Se ha utilizado la versión de ambos textos contenida en *Projectes d'Apèndix i materials precompilatoris del dret civil de Catalunya*. Estudi introductorio a cura d'Antoni Mirambell i Abancó i de Pau Salvador Coderch, Barcelona, 1995 (los arts. citados en las pp. 625 y 626 —Proyecto de Apéndice de 1930— y 725 —Anteproyecto de Apéndice. Instituciones de Derecho civil catalán. Comisión Jurídica Asesora, 23 de julio de 1931—). El Anteproyecto de Compilación de 1952 reitera el mismo contenido en una ubicación distinta: los artículos 441 y 442 (*Anteproyecto de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña*, Barcelona, 1952).

⁴⁵ CÁTEDRA DURÁN I BAS, *El dret civil català en la jurisprudència*, t. IV, a cargo de María-Encarna Roca i Trias, Barcelona, 1974, p. 366.

⁴⁶ RAJ 1501, ponente: Sr. Miguel y Rodríguez. La sentencia es, sin embargo, poco precisa, por cuanto considera que el defecto de insinuación determina la invalidez de la donación, invalidez que, además, «se supedita a la realidad demostrada de un fraude o perjuicio posible», cuando ya se ha destacado como, precisamente, la constitución *per tolre frauds* rehuye toda idea de fraude. A raíz de esta sentencia, DOMÍNGUEZ DE MOLINA, Joaquín, «Sobre la subsistencia de la insinuación romana en Cataluña», *RJC*, 1954, pp. 503 ss., defiende la inaplicabilidad en Cataluña de la insinuación romana.

negar-li eficàcia per manca de registració». Comparte el criterio reflejado en el Proyecto de 1930, aunque considera que «debilita la protecció dels creditors, comparada amb el règim vigent. Els creditors posteriors als deu dies d'atorgada la donació, els quals la poden desconèixer i segurament la desconexeran, no queden protegits. En el sistema de la constitució *Per tolre frauds*, això no pot succeir, perquè una donació no inscrita no perjudica a cap creditor ni anterior ni posterior a la donació». La virtualidad de esta crítica será objeto de posterior análisis.

El Proyecto de Compilación de 1955 mantuvo en lo esencial la estructura del Proyecto de Apéndice de 1930. Su artículo 551⁴⁸ suprimía la insinuación en tanto que requisito de validez de la donación, «cualquiera que sea su cuantía», mientras que el artículo 552 simplemente añadía que no perjudicaban «las donaciones otorgadas *por éste*», en referencia, claro está, al donante.

El *Proyecto de Ley de Compilación del Derecho civil especial de Cataluña*⁴⁹ reunía en un solo artículo, el 366, los artículos 551 y 552 del Proyecto de 1955, convertidos en párrafos primero y tercero. Sin embargo, el definitivo artículo 340 de la Ley 40/1960, de 21 de julio, se apartó tanto de la redacción de la versión oficial del Proyecto de Compilación cuanto del Proyecto de Ley, en tres aspectos⁵⁰: se prescindió del

⁴⁷ Se trata del artículo ya citado publicado en la *RJC* el año 1935.

⁴⁸ Los artículos del Proyecto de Compilación de 1955 se citan a partir de la versión oficial tomada de la edición de MIRABELL ABANCÓ y SALVADOR CODERCH (*Projecte d'Apèndix i materials precompilatoris, ob. cit.*, pp. 759 ss.). Respecto de la edición publicada en la *RJC* de 1956 se aprecia una diferente numeración (son los arts. 548 y 549) y una importante modificación en su contenido, ya que mientras en la versión oficial se sigue el Proyecto de 1930 y se mantiene la fórmula de los diez días de antelación a la fecha del contrato, la versión de la *RJC* obvia esta referencia, de tal manera que «no perjudicarán (...) las donaciones otorgadas con posterioridad a la fecha del contrato».

⁴⁹ *Boletín Oficial de las Cortes Españolas*, núm. 633, de 30 de junio de 1959, pp. 13051 ss.

⁵⁰ El origen de estos cambios se halla parcialmente en la enmienda 81 al Proyecto de Ley de Compilación. Esta enmienda (presentada con fecha de 20 de julio de 1959, y que puede encontrarse en el *Archivo del Congreso de los Diputados*, serie general, leg.º 1117, núm. único) proponía una redacción coincidente casi en su literalidad con el artículo 549 del Proyecto de Compilación de 1955 versión *RJC*: «No perjudicarán a los acreedores del donante las donaciones que éste otorgue con posterioridad a la fecha del contrato del que nazca el crédito de aquellos». Las razones que se exponían de dicha enmienda eran las siguientes:

«Este precepto constituye la actualización de la constitución *Per tolre frauds* (para evitar fraudes), del Rey Fernando el Católico en las Cortes de Barcelona del año 1503, dirigida a reformar la acción pauliana en las enajenaciones a título gratuito, por cuanto los estamentos mercantiles consideraban insuficiente en este punto la regulación romana.

Esta constitución vino a substituir el sistema romano subjetivo del fraude «*ex consilio*», por el sistema objetivo del fraude *ex re* o sea por su resultado, valorando solamente el perjuicio causado a los acreedores del donante por el simple hecho de la donación, independientemente de la intención, propósito, conciencia o *consilio*, ya que en el conflicto entre los acreedores (*damno vitando*) y el donatario (*lucro captando*) el legislador en dicha constitución hacía prevalecer el interés de aquellos. Pero la misma adoptaba esta preferencia en base a hacer jugar un plazo combinado con la publicidad de las donaciones en unos registros especiales de carácter judicial, y, en consecuencia, disponía: «e sino seran continuades (...)».

plazo de los diez días de antelación originarios de la constitución *per tolre fraud*⁵¹; en lugar de «fecha del contrato», se prefirió hablar de «fecha del hecho o acto»; y, sobre todo, se incorporó una inciso final huérfano de cualquier precedente, quedando redactado del siguiente modo:

«No perjudicarán a los acreedores del donante las donaciones que éste otorgue con posterioridad a la fecha del hecho o acto del que nazca el crédito de aquéllos, siempre que carezcan de otros recursos legales para su cobro.»

II. LA PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES DEL DONANTE EN EL ARTÍCULO 340.3 DE LA COMPILACIÓN DEL DERECHO CIVIL DE CATALUÑA

El artículo 340.3 construye un sistema de protección de los acreedores del donante, mas en ningún momento describe o califica en términos técnico-jurídicos el mecanismo de protección que pone a su servicio. Como ya sabemos, se limita a enunciar la idea tradicional del «no perjuicio», pero sin desvelar cómo se articula legalmente la evitación de ese perjuicio. Por ello, no debe de extrañar que se hayan mantenido opiniones contrapuestas, cuando se ha intentado traducir en remedios jurídicos concretos, cuando se ha intentado determinar, en definitiva, ante

Este plazo de “diez días antes” es el recogido en el dictamen de la Comisión de Códigos respecto del artículo 362, el cual es arrastre del artículo 238 del Proyecto de Apéndice de 1930. Pero como dicha publicidad específica cayó en desuso, huelga actualmente hablar del expresado plazo de “diez días anteriores” y procede disponer en su lugar que no perjudicarán a los acreedores del donante las donaciones que haya otorgado, con posterioridad a la fecha del contrato que dio lugar al crédito de aquellos.»

En el trámite, «se acepta con ciertas modificaciones la enmienda 81» (Informe de la Ponencia encargada de estudiar el Proyecto de Ley sobre Compilación del Derecho civil especial de Cataluña, *Archivo del Congreso de los Diputados*, Serie general, leg.º 1118/u, carpeta I, p. 18), convirtiéndose en el artículo 343 del *Proyecto de Ley* de la Ponencia (2 de mayo de 1960), con una redacción idéntica a la vigente. Hay que hacer notar que la enmienda 81 sólo postulaba la supresión del plazo de diez días, pero la Ponencia aprovechó para introducir una adición harto importante: el inciso final del artículo relativo al carácter subsidiario del remedio protector.

⁵¹ Según CONDOMINES VALLS, Francisco de A., y FAUS ESTEVE, Ramón, *Derecho civil especial de Cataluña*, Barcelona, 1960, p. 364, la supresión del plazo tradicional de diez días se debe a que se prescinde de la idea de fraude para centrarse en la noción de perjuicio (véase *infra*, nota 109 y texto concordante). Este argumento es poco convincente, puesto que el sistema de protección de la constitución *Per tolre fraud* ya prescindía del fraude: precisamente aquí radicaba su originalidad. La supresión del plazo de diez días se debe a la eliminación del requisito de la insinuación de donaciones, por cuanto en el sistema de la constitución el plazo cumplía la misión de permitir a los acreedores tener conocimiento de la donación una vez esta había sido registrada, lo que por otra parte se desprende de la enmienda 81 transcrita en la nota anterior.

qué tipo de acción —o de excepción— nos hallamos. Dos han sido, probablemente, las posiciones que se han defendido con mayor énfasis, convicción y argumentos: la opinión que cree que en el artículo 340.3 se esconde una acción revocatoria, y la tesis que descubre una forma de inoponibilidad. Sin embargo, debe destacarse de entrada que, en cuanto a los autores que sostienen que se trata de una acción revocatoria, no siempre las conclusiones que extraen del análisis de este artículo 340.3 son completamente coherentes con tal configuración, y si se analiza atentamente los argumentos de que se valen puede llegarse a desvelar unos resultados bastante alejados de los que cabía esperar de aquel *nomen iuris*. Y, por lo que concierne a la inoponibilidad, este es un término que, a pesar de que va ganando uso entre la doctrina, aún no ha merecido todos los esfuerzos necesarios a fin de constituir una categoría de líneas bien definidas.

1. LA PRETENDIDA NATURALEZA REVOCATORIA DEL ARTÍCULO 340.3 DE LA COMPILACIÓN

1.1 Los contradictorios argumentos a favor de la naturaleza revocatoria

Egea Fernández es quizá el defensor más ortodoxo del carácter revocatorio del mecanismo de protección de los acreedores del donante del artículo 340.3. Califica de modo expreso de acción revocatoria este remedio, cuyo objetivo sería «dejar ineficaz *ex tunc* la enajenación a título gratuito» con el fin de impedir el perjuicio, lo que le permite «calificar esta acción como de rescisión». La supresión de la idea de fraude, que no tiene que probarse, «consigue reforzar la eficacia de la acción revocatoria». Sin embargo, debe de introducir alguna matización en lo que constituiría el funcionamiento típico de una acción revocatoria, puesto que a pesar de haber afirmado que provoca la ineficacia *ex tunc* de la enajenación, esto no implicaría que tuviesen que restituirse los bienes para que los acreedores actuaran sobre ellos para cobrarse, sino que los bienes sobrantes seguirían perteneciendo al donatario. «Así, pues —concluye—, la acción revocatoria de las donaciones en Cataluña tiene un carácter muy específico en tanto que se aparta del efecto de la reincorporación del bien donado al patrimonio del deudor/donante, restaurándose, simplemente, la responsabilidad sobre dichos bienes *como* si hubiesen retornado al patrimonio del deudor»⁵².

También han defendido el carácter rescisorio-revocatorio Navas Navarro, que llama de modo expreso al mecanismo protector del artículo 340.3 «acción revocatoria o pauliana», describiéndolo como una

⁵² EGEEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pp. 815 y 821 (la cursiva en el original).

«acción impugnatoria del negocio»⁵³, Albaladejo⁵⁴ y Jordano Fraga⁵⁵. En la jurisprudencia, la SAP Lleida de 22 de febrero de 1995 tanto la tilda de acción rescisoria cuanto de acción revocatoria⁵⁶.

La realidad, sin embargo, es que en ningún momento el artículo 340.3 suministra argumento directo alguno que permita sustentar que bajo su redacción se cobija una acción revocatoria, exceptuando el carácter subsidiario del remedio que se deriva del último inciso del párrafo si se pone en relación con los artículos 1111, 1291.3 y 1294 del Código Civil. Es decir, de alguna manera se incurre en un cierto apriorismo, como es considerar que el artículo 340.3 no es más que una acción pauliana cuyo triunfo no necesita tener que acreditar el requisito del fraude y sí, sólo, el *eventus damni* o perjuicio de los acreedores⁵⁷. No obstante, los antecedentes históricos han permitido constatar cómo la protección de los acreedores del donante en la tradición jurídica catalana se aleja de modo decisivo de la configuración clásica de la acción pauliana, a través de la búsqueda de fórmulas más ágiles que faciliten la defensa del derecho de crédito y, en concreto, su cobrabilidad. Además, y ello será objeto de análisis con posterioridad, el funcionamiento de la acción pauliana no acaba de encajar con el artículo 340.3: ya se ha visto como Egea Fernández tiene que

⁵³ NAVAS NAVARRO, Susana, *El régimen de separación de bienes y la protección de terceros*, Valencia, 1996, pp. 97 («acción revocatoria o pauliana») y 96 («acción impugnatoria del negocio»), retomando la idea apuntada en la p. 61 relativa a la impugnación de la disposición a título gratuito que perjudica a los acreedores». Sin embargo, ello no se compeadece con la afirmación de que esta acción «prescribe», que efectúa en la misma p. 96, porque si se trata de una acción revocatoria tendría que caducar. De la misma autora, «Contratación entre cónyuges. La presunción de donación del artículo 21.1 i) y f) (sic) de la Ley 8/1993 de 30 de septiembre, CA Cataluña (Comentario a la sentencia del TSJC de 10 de mayo de 1993)», *La Llei de Catalunya i Balears*, núm. 93, noviembre 1994, p. 5 (y nota 28), donde califica de «rescisión por fraude» la «acción revocatoria ex artículo 340.3 CDCC»; y «Un supuesto específico de protección de los terceros en el Derecho catalán (Análisis crítico del artículo 18.1 II CDCC 1993)», *La Notaria*, 1996-5, p. 97, donde también la llama «acción revocatoria o pauliana».

⁵⁴ ALBALADEJO, Manuel, comentario al artículo 1111, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XV, vol. 1.º, Madrid, 1989, p. 977: «[a]bona la tesis que definiendo el hecho de que, según la Compilación catalana, que en el extremo encierra igual espíritu que el Código, (...) proceda la acción pauliana, ya que el artículo 340, 3.º (...)».

⁵⁵ JORDANO FRAGA, Francisco, *Los acreedores del llamado a una sucesión «mortis causa», ante el ejercicio por este del «ius delationis»*, Madrid, 1996, p. 285: «[p]ara el derecho civil catalán la no exigencia legal del fraude —la sola exigencia legal del perjuicio para los acreedores accionantes—, tratándose de acción revocatoria dirigida contra actos del deudor de naturaleza gratuita, resulta claramente establecida en el artículo 340-III Comp. cat.».

⁵⁶ *La Llei de Catalunya i Balears*, 1995-I, pp. 628 ss., ponente: Sr. Gil Martín.

⁵⁷ Así, por ejemplo, y a pesar de que la afirmación debe contextualizarse en el proceso de elaboración de la Compilación de 1960 (vid. *supra* apartado I.3 e *infra*, nota 63), señalaron CONDOMINES VALLS y FAUS ESTEVE, *ob. cit.*, p. 363, que «como se argumenta en enmienda aceptada por la Comisión de Justicia (la enmienda 81 transcrita *supra*, nota 50), de lo que se trata es de reforzar la acción pauliana romana, considerada insuficiente en estos casos para garantizar los derechos de los acreedores». Es claro que este argumento podía servir para justificar el actual artículo 340.3, pero en la tradición jurídica desde casi cinco siglos antes se había optado por buscar otras vías de protección que superasen en eficacia protectora la pauliana.

afirmar que, a modo de peculiaridad del ordenamiento jurídico catalán, a pesar de lo dispuesto por el artículo 1295.1 Código Civil (así como el art. 1298), el ejercicio del remedio protector no conlleva la restitución del bien donado a su patrimonio originario –el del donante-deudor–, sino que continúa en poder del donatario por más que al alcance de la agresión de los acreedores.

En efecto, los artículos 1295.1 y 1298 del Código Civil constituyen un obstáculo infranqueable. Si se configura la acción pauliana como una acción de naturaleza rescisoria, comporta un ataque a la eficacia del acto perjudicial para los acreedores –su «impugnación», en expresión del artículo 1111 y que es frecuente hallar en la doctrina– y, tal como dispone el artículo en cuestión, obliga a «la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato», lo que significa que el bien debe reingresar en el patrimonio del deudor, donde permanece al alcance de la agresión de aquellos con el fin de satisfacer sus créditos⁵⁸.

Por este motivo, la mayor parte de la doctrina que defiende el carácter revocatorio del artículo 340.3 tiene que introducir importantes matices en su régimen jurídico. El primero, Roca Sastre, que si ya había marcado la pauta a seguir antes de la Compilación en su artículo repetidamente citado aparecido en la *RJC* en 1935, dibujará luego las líneas maestras de la interpretación del artículo 340.3 en otro artículo, que igualmente ha sido ya objeto de cita, publicado al poco de su entrada en vigor con el significativo título «La acción revocatoria de donaciones en la Compilación». Apenas al inicio de este trabajo suyo, indica que dicho artículo 340.3 «es el resultado de un interesante proceso evolutivo de la regulación de la acción revocatoria o pauliana a partir del Derecho romano». En la línea de lo apuntado anteriormente, debe rechazar la aplicabilidad del artículo 1295.1 del Código Civil en Cataluña, y finalmente ha de acabar concediendo que «sólo en sentido *relativo y parcial* es una acción de rescisión. Es *relativa* porque no se rescinde o declara ineficaz la donación, reingresando el bien donado en el patrimonio del donante, dejando a aquella revocada por completo, sino que los bienes subsisten como propios del

⁵⁸ La mayoría de la doctrina coincide en estas apreciaciones, aunque con frecuencia el resultado no se considera satisfactorio. Pueden citarse aquí BADOSA COLL, Ferran, *Dret d'obligacions*, Barcelona, 1990, pp. 213-222, especialmente p. 221; CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, t. 3 (Derecho de obligaciones), 16.ª edición revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero, Madrid, 1992, p. 329; Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. I, Madrid, 1994⁴, p. 482, y t. II, Madrid, 1993⁴, pp. 740-741; LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho civil*, Madrid, 1994, pp. 274-175; SANCHO REBULLIDA, Francisco de A., en LACRUZ BERDEJO, José Luis, y otros, *Elementos de Derecho civil. Derecho de obligaciones. Volumen 1.º Parte general. Teoría general del contrato*, Barcelona, 1994³, p. 255 (a pesar de la afirmación de la p. 248, donde se lee que la acción pauliana «no supone el retorno ficticio de los bienes al patrimonio del deudor»); o, incluso, MARTÍN PÉREZ, José Antonio, *La rescisión del contrato*, Barcelona, 1995, p. 369, por lo que se refiere al Derecho español. Con todo, no obstante el artículo 1295, alguno de estos autores –y otros que veremos luego– construyen la eficacia de la acción pauliana a la manera de una inoponibilidad especial o híbrida, y por ello insistiré en este tema cuando intente delimitar la protección *ex* artículo 340.3 de la Compilación y la acción pauliana (*infra*, subapartado siguiente).

donatario, con la salvedad de que a ellos se extiende la responsabilidad patrimonial a que se refiere el artículo 1911 del Código Civil; y es *parcial* porque dicha ineficacia sólo opera en la medida necesaria para que el acreedor que ejercita la acción quede satisfecho de su crédito. (...) Por consiguiente, *por obra de la acción revocatoria no queda propiamente revocada la donación* otorgada por el deudor, pues el bien donado no se reincorpora al patrimonio del donante»⁵⁹. O sea, todo el esfuerzo se consume en una acción revocatoria que no revoca, puesto que de revocatoria sólo tiene el nombre.

De modo similar, Casals Colldecarrera afirmará que en virtud del artículo 340.3 –que considera una mera transposición de la constitución *per tolre fraus*– se concede al acreedor una acción revocatoria, pero que, «[e]n realitat, el mecanisme revocatori de la *constitució per toldre* (sic) *fraus*, no actua per la via de la nul·litat del contracte simulat, ni result (sic) la donació, sinó que fa extensiva la responsabilitat del deute als béns donats en poder del donatari»⁶⁰.

En cuanto a Puig Ferriol y Roca Trías⁶¹, a partir de la consideración, igualmente, que se trata de una acción revocatoria, concluyen que puesto que el juez tiene que declarar el «no perjuicio» de los acreedores anteriores a la donación, «[e]n definitiva, se trata de que el donatario no puede oponer su título frente a una reclamación del acreedor anterior», y, en el momento de concretar los efectos del ejercicio de esta acción revocatoria, señalan que «se concede al acreedor afectado un poder que le permite ignorar el acto perjudicial y dirigirse contra los bienes que han salido indebidamente del patrimonio de su deudor, como si aún estuviesen en él», siguiendo en el resto la opinión antes transcrita de Roca Sastre.

1.2 La delimitación entre la acción pauliana y el mecanismo protector de los acreedores del artículo 340.3 de la Compilación

A tenor de cuanto se acaba de exponer, parece oportuno proceder a delimitar, en primer lugar, la acción pauliana y el mecanismo protector de los acreedores del artículo 340.3, puesto que si este mecanismo no representa sino un supuesto –aunque sea con alguna modificación o matiz– de acción pauliana, entonces deviene inútil proseguir la investigación y bas-

⁵⁹ ROCA SASTRE, «La acción revocatoria...», *ob. cit.*, pp. 3, 11 y 16 y 17, respectivamente (la última cursiva es mía).

⁶⁰ CASALS COLLDECARRERA, Miquel, «La protecció dels creditors i els béns a nom de la dona», *Temes de Dret civil català. Quaderns de ciències socials*, núm. 6, 1984, pp. 113-114.

⁶¹ PUIG FERRIOL, Luis, y ROCA TRÍAS, Encarna, *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*, IV-2, Barcelona, 1982, pp. 79 (la llaman expresamente pauliana), 84 y 86 ss. Lo mismo ROCA TRÍAS en PUIG FERRIOL, Lluís, y ROCA TRÍAS, Encarna, *Institucions del dret civil de Catalunya*, vol. I, Valencia, 1995⁴, pp. 176 ss. Finalmente, PUIG FERRIOL, Lluís, «La protecció del dret de crèdit en el dret familiar català», *Materials de les vuitenes Jornades de dret català a Tossa 1994*, Valencia, 1996, p. 323, califica la acción del artículo 340.3 de rescisoria, y en la p. 310 indica que se trata de una acción de impugnación de los actos fraudulentos realizados por el deudor.

tará con una remisión a la doctrina que ha estudiado con detenimiento dicha acción.

Un primer criterio de delimitación puede hallarse en los respectivos presupuestos. El elemento que da pie al ejercicio de la acción pauliana es el perjuicio del acreedor, perjuicio del acreedor que viene determinado por la insolvencia del deudor, ya sea porque el acto en cuestión la origina, ya sea porque la agrava, consistiendo esta insolvencia en la insuficiencia patrimonial del deudor para satisfacer sus deudas. El perjuicio de los acreedores constituye el único elemento imprescindible para el ejercicio de la acción pauliana. No así la noción de fraude, desde el momento que, tratándose de actos a título gratuito, el fraude es objeto de una presunción *iuris et de iure* (arts. 643.2 y 1297.1 del CC), de modo que el legislador, en definitiva, acaba por prescindir del dato del fraude⁶². Por su parte, ya se ha explicitado que el artículo 340.3, igual que sus antecedentes históricos, arrincona la idea de fraude para centrarse, exclusivamente, en el concepto fundamental del perjuicio, de manera que desde este prisma no es posible distinguir la acción pauliana del remedio de la Compilación catalana. En efecto, sólo hace falta comparar el artículo 340.3 de la Compilación con, por ejemplo, los artículos 81 y 383 del Código de Sucesiones; el primero, en sede de heredamiento simple, tras hacer referencia a la facultad del heredante de dotar y acomodar a sus hijos, en lo que ahora interesa, mediante actos *inter vivos*, establece (párrafo segundo) que «[l]’hereu i els seus podran *impugnar* els dits actes, si els consideren atorgats amb *frau* o en dany de l’heretament»; el segundo, dentro de la regulación de la cuarta viudal, señala que (párrafo segundo) «[e]l consort sobrevivent pot demanar *la reducció o la supressió* de les donacions entre vius atorgades pel premort amb el *designi de defraudar* la quarta viudal». La diferencia es meridiana: en estos dos casos, el éxito de la acción (que es bien de impugnación, bien de reducción o supresión *expressis verbis*) requiere probar necesariamente el «fraude» y el «designio de defraudar», lo que no se exige en aquel artículo de la Compilación que, insisto en ello, toma como base el perjuicio y no el fraude.

Un segundo criterio se encontraría en el coincidente carácter subsidiario de ambos remedios protectores. La subsidiariedad de la acción pauliana (art. 1294 del CC) es, probablemente⁶³, el origen de la subsidiariedad que explicita el artículo 340.3 en su inciso final, factor que contribuye de modo decisivo a su identificación.

⁶² BADOSA COLL, *Dret d’obligacions, ob. cit.*, pp. 216-217. También MARTÍN PÉREZ, José Antonio, comentario a la STS de 3 de octubre de 1995, *CCJC*, núm. 40, enero-marzo 1996, pp. 176-177.

⁶³ A causa de las peculiaridades del proceso compilador de los diversos Derechos civiles territoriales españoles y, en particular, en Cataluña. El artículo 3 del Decreto de 23 de mayo de 1947 establecía que las Compilaciones debían de acoger instituciones diferenciadas de las del Código Civil (recordemos, en este sentido, la anterior afirmación de Condomines y Faus en la nota 57), pero siempre teniendo que adaptarse a la sistemática de éste (extensamente, SALVADOR CODERCH, Pablo, *La Compilación y su historia*, Barcelona, 1985, pp. 210 ss.).

Un tercer criterio podría buscarse en los respectivos efectos. La doctrina mayoritaria considera que la acción pauliana supone una forma de ineficacia relativa o de inoponibilidad del acto perjudicial. Se argumenta que con la acción pauliana el acreedor pretende que el acto atacado devenga ineficaz para él, de modo que pueda agredir los bienes que mediante aquel acto salieron del patrimonio del deudor como si aún se encontraran en él, con lo que no habría propiamente efecto revocatorio, puesto que los bienes no reingresarían de forma efectiva en el patrimonio del deudor, sino que, por cuanto el acto en cuestión no está afectado por motivo alguno de invalidez, los bienes sobrantes una vez el deudor ha hecho efectivo su crédito siguen perteneciendo al adquirente, de manera que los efectos del acto atacado que no perjudican al acreedor se mantienen incólumes y, por consiguiente, subsisten. El retorno al patrimonio del deudor es ficticio, lo que conlleva que sólo resulta beneficiado aquel acreedor que ejercita la acción pauliana, de modo que el resto de acreedores tendrán que impugnar de nuevo el acto perjudicial para cobrar sus respectivos créditos. Opinión que, además, cuenta con el respaldo de la jurisprudencia que alegan los autores que la sustentan⁶⁴.

Esta es una interpretación teleológica de la regulación que se contiene en los artículos 1291 y siguientes del Código Civil, en particular del artículo 1295. Una interpretación que encuentra un sólido fundamento en el recurso a las doctrinas italiana y francesa⁶⁵, que no dudan en calificar

⁶⁴ DE CASTRO, *ob. cit.*, pp. 222 ss.; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis-Humberto, *La confirmación del negocio anulable*, Bolonia, 1977, p. 24; LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, «Apuntes para una distinta aproximación a la acción pauliana», *RGLJ*, 1984, p. 469 ss., especialmente pp. 477-480 y 481-484; ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael, «Introducción al estudio de la inoponibilidad», *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolet*, vol. I, Madrid, 1988, p. 98; PASQUAU LIAÑO, Miguel, comentario a la STS 24 de noviembre de 1988, *CCJC*, 1988, núm. 18, p. 1031; GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, comentario a l'art. 1257, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (Dirs. Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart), t. XVII. Vol. 1.º-A, Madrid, 1993, p. 365; ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil, II, Derecho de obligaciones*, vol. 1.º, Barcelona, 1994⁹, pp. 214 y 228-229, y comentario al artículo 1111 Código Civil, *ob. cit.*, pp. 966, 980-981 y 984-985; MONTÉS PENADÉS, Vicente L., en VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R. (coord.), *Derecho de obligaciones y contratos*, Valencia, 1994, pp. 218-219 y 222-223; O'CALLAGHAN, Xavier, *Compendio de derecho civil, II-1.º*, Madrid, 1994², p. 198; SANCHO REBULLIDA, Francisco de A., en LACRUZ BERDEJO, José Luis, *et al.*, *Elementos de Derecho civil, II, derecho de obligaciones*, vol. 1.º, Barcelona, 1994³, pp. 254-256; GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, en PUIG I FERRIOL, Lluís; GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen; GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, y HUALDE SÁNCHEZ, José Javier, *Manual de Derecho civil II*, Madrid, 1996, p. 341; FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, «Subsidiariedad de la acción pauliana en las obligaciones solidarias. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1995», *La Ley*, 1996-3, p. 1450 ss.; CRISTÓBAL MONTES, Ángel, *La vía pauliana*, Madrid, 1997, especialmente pp. 183 ss.

⁶⁵ Ciertamente, la doctrina italiana juega con ventaja, ya que el artículo 2901 del vigente *Codice*, cuando enuncia la *azione revocatoria*, establece que «[i]l creditore, anche se il credito è soggetto a condizione o a termine, può domandare che siano dichiarati inefficaci nei suoi confronti gli atti di disposizione del patrimonio con i quali il debitore rechi pregiudizio alle sue ragioni», aunque ya algún autor anterior se decantaba por esta solución (FERRARA SANTAMARIA, Massimo, *Inefficacia e inopponibilità*, Napoli, 1939, pp. 121 ss.); pueden citarse, a título de ejemplo, MESSINEO, Francesco, *Doctrina general del contrato*, t. II, Buenos Aires, 1952, p. 312; BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, t. II, Madrid, 1970, especialmente pp. 407-408; TRABUCCHI, Alberto, *Istituzione di diritto civile*,

la acción pauliana de supuesto de inoponibilidad, y que implica interpretar la «devolución de las cosas» de este artículo 1295, así como la del artículo 1298 que se refiere no a cualquier acción rescisoria sino a la fundamentada en el fraude de acreedores, en el sentido antes expuesto, esto es, que no hay verdadero retorno de los bienes al patrimonio del deudor, sino que estos siguen perteneciendo al adquirente, aunque sometidos al poder de agresión del acreedor con el fin de cobrar su crédito, lo que permite que dicho adquirente conserve el remanente una vez satisfecho el acreedor.

Tal como se ha formulado, y desde este punto de vista teleológico, la interpretación es difícilmente objetable. Sin embargo, parece posible descubrir en ella alguna pequeña grieta, sobre todo si se atiende a la legislación vigente. Voy a prescindir, ahora, de argumentos aparentemente menores, como que si la acción pauliana es subsidiaria (arts. 1111, 1291.3, 1294), y el carácter subsidiario de la acción se fundamenta en el principio de conservación de los negocios, la inoponibilidad ya presupone de por sí tal conservación, por cuanto no significa más que evitar los efectos del negocio frente a determinadas personas que pueden resultar perjudicadas por ellos; o que el artículo 1111 se refiere a la pauliana en tanto que acción de «impugnación», y no queda claro qué es lo que se impugna cuando se pretende hacer valer la inoponibilidad. Son, en este momento de la exposición, argumentos fácilmente rebatibles desde la misma concepción de los autores que la defienden, puesto que dependerá del significado o de la interpretación que se dé a los vocablos subsidiariedad-conservación e impugnación. Por el mismo motivo, es inútil volver a insistir en que los artículos 1291 y siguientes contemplan una «rescisión» o en el efecto «devolución de las cosas» de los artículos 1295 y 1298: no supondría más que un círculo vicioso de interpretaciones y contrainterpretaciones⁶⁶.

Padova, 1985²⁷, pp. 597-598; RESCIGNO, Pietro, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1996¹¹. Entre la doctrina francesa más reciente, LARROUMET, *Droit civil. Les obligations*, t. III, París, 1990², p. 818; GHESTIN, Jacques, *Traité de droit civil. Les obligations. Les effets du contrat* (avec le concours de Marc Billiau), París, 1992, pp. 700-702; BÉNABENT, Alain, *Droit civil. Les obligations*, París, 1995⁵, p. 440; MALAURIE, Philippe, y AYNÈS, Laurent, *Cours de droit civil. T. VI. Les obligations*, París, 1996⁷, pp. 607-608; CABRILLAC, Rémy, *Droit des obligations*, París, 1996², p. 300.

No obstante, si se observa cómo se traduce esta inoponibilidad entre los autores franceses, se comprueba que, en realidad, los efectos del triunfo de la acción pauliana son algo más. Así, para GESTIN, *ob. cit.*, p. 701, «l'acte ne sera *revoqué* que jusqu'à concurrence de la somme nécessaire au paiement»; BÉNABENT, *ob. cit.*, p. 440, contempla el tercero afectado por la pauliana «qui doit restituer le bien», al igual que MALAURIE y AYNÈS, *ob. cit.*, p. 608: «[s]i le tiers a été obligé de restituer au créancier l'objet frauduleusement acquis».

⁶⁶ Puede acudir al ejemplo de ORDUÑA MORENO, Francisco Javier, *La acción rescisoria por fraude de acreedores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1992². Dejando a un lado el título de su monografía, utiliza abundantemente el término «impugnación» (pp. 128, 133, 141, 142, 143 o 144, entre otras), que permite a los acreedores «atacar la eficacia de los actos fraudulentos» (p. 142) por medio de una «rescisión parcial», que provoca una «ineficacia relativa», es decir, solamente «respecto del acreedor o acreedores impugnantes» (p. 129, nota 111 y p. 141). Las mismas ideas y expresiones en *La insolvencia*, Valencia, 1994, pp. 212 ss., especialmente p. 224 y nota 240. Estas afirma-

Una posible vía para descubrir algún punto débil a la teoría de la pauliana-inoponibilidad es acudir a un supuesto indiscutido de inoponibilidad para intentar hallar las posibles disimilitudes. Este supuesto es el del artículo 1317 del Código Civil. El artículo 1317 establece que «[l]a modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros», y la doctrina ha coincidido en calificarlo de caso paradigmático de inoponibilidad⁶⁷. La inoponibilidad será objeto de estudio en páginas venideras; bastará por el momento, pues, con señalar que con este mecanismo se evita el perjuicio del acreedor respetando al mismo tiempo la eficacia del negocio, que en ningún momento se ve alterada, puesto que los efectos del negocio no podrán ser opuestos al acreedor protegido, quien podrá actuar tal como si dicho negocio no hubiera tenido lugar y, por lo que ahora interesa, agredir los bienes enajenados que siguen sujetos a la garantía patrimonial universal del deudor, sin que ni tan sólo tenga que alegar –y mucho menos que probar– la existencia del fraude y sí, únicamente, la anterioridad de su derecho de crédito a la modificación practicada en la titularidad de los bienes. En este sentido, ha podido afirmar Ragel Sánchez⁶⁸, principal estudioso de la inoponibilidad en España, que aunque se afirmara el carácter subsidiario de la inoponibilidad del artículo 1317 del Código Civil, sería todavía posible diferenciarlo de la pauliana, por cuanto que «no coincid[e]n exactamente», a pesar de que no se

ciones por sí solas pueden ser argumento de cualquiera de las dos concepciones. O al de ÁLVAREZ VIGARAY, *ob. cit.*, p. 98: «[t]ambién en nuestro derecho, la protección a los acreedores contra el fraude realizado en perjuicio por el deudor justifica la *inoponibilidad* a aquellos de las enajenaciones fraudulentas, *revocables* mediante la acción pauliana» (las cursivas son mías).

⁶⁷ MAGARINOS BLANCO, Victorio, «Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores», *RCDI*, 1982, pp. 53 y 58; ROJAS MONTES, Luis, «Efectos frente a terceros de la modificación de capitulaciones», *AAMN*, t. XXVI, pp. 323 y 325-326; Díez-PICAZO, Luis, comentario al artículo 1317, en *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, vol. II, Madrid, 1985, pp. 1498-1499; CUTILLAS FORNS, José María, «Inoponibilidad a terceros de la escritura de capitulaciones matrimoniales que afecten a bienes inmuebles», *La Ley*, 1985-4, pp. 1063 ss.; CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, comentario a las SsTS de 30 de enero de 1986, *CCJC*, núm. 10, 1986, pp. 3995 ss., 13 de junio de 1986, *CCJC*, núm. 11, 1986, pp. 3759 ss., 17 de noviembre de 1987, *CCJC*, núm. 15, 1987, pp. 5161 ss., de 25 de enero de 1989, *CCJC*, núm. 19, pp. 124 ss., y «La mutabilidad del régimen económico matrimonial», *ADC*, 1994, pp. 168-186; RAGEL SÁNCHEZ, Luis-Felipe, *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, Madrid, 1987, pp. 150-152, comentario a la RDGRN de 16 de febrero de 1987, *CCJC*, núm. 14, 1987, pp. 4535 ss., y «El acreedor frente a la disolución de la sociedad de gananciales», en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Centenario del Código Civil*, Madrid, 1990, pp. 1674 ss.; LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho civil IV. Derecho de familia*, vol. 1.º, Madrid, 1990³, pp. 322 ss.; HERRERO GARCÍA, María José, comentario al artículo 1317, en MINISTERIO DE JUSTICIA, *Comentario del Código Civil*, t. II, Madrid, 1991, pp. 576-577; BLASCO GASCÓ, Francisco de P., «Modificación del régimen económico matrimonial y perjuicio de terceros: la norma del artículo 1317 CC», *ADC*, 1993, pp. 599 ss.; BELLO JANEIRO, Domingo, *La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*, Barcelona, 1993, pp. 610 ss.

⁶⁸ RAGEL SÁNCHEZ, «El acreedor...», *ob. cit.*, p. 1675 y nota 53, y *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*, Valencia, 1994, p. 213.

detiene en justificar por qué, al negar la premisa mayor, esto es, la subsidiariedad.

Si aparcamos la cuestión de la subsidiariedad, porque aunque éste es un criterio que permite la distinción entre la acción pauliana y la protección *ex* artículo 1317 del Código Civil –que no tiene tal carácter⁶⁹– no sirve para el caso del artículo 340.3 de la Compilación que sí lo tiene, al menos en principio, el primer argumento que sirve para distinguir ambas figuras en la naturaleza impugnatoria: la inoponibilidad es todo lo contrario de una impugnación del negocio. La inoponibilidad, precisamente, lo que persigue es dejar incólume el negocio jurídico, sin atacar en ningún momento su eficacia⁷⁰: es por esto que los efectos del negocio devienen *inoponibles*, porque sólo puede ser inoponible aquello que existe, aquello que es válido y eficaz. Por contra, la acción pauliana es una acción de impugnación (art. 1111.fin, *expressis verbis*) destinada a atacar la eficacia del negocio fraudulento, aspecto en que coinciden incluso los autores que la configuran como un supuesto de inoponibilidad⁷¹. Y esta es una cues-

⁶⁹ Este es el argumento decisivo que utiliza el Tribunal Supremo para justificar la incompatibilidad entre ambos remedios, de tal manera que si queda expedita la vía del artículo 1317 Código Civil no se puede pretender la rescisión por fraude de acreedores: «siendo requisito esencial para que los contratos puedan rescindirse por razón de fraude, la exigencia de que el acreedor no pueda cobrar de otro modo lo que se le debe y dado el carácter subsidiario de la acción rescisoria, que sólo puede ejercitarse cuando se carezca de todo recurso legal para obtener la reparación del perjuicio, dicho requisito no concurre en los supuestos de disolución y subsiguiente liquidación de la sociedad de gananciales como consecuencia de las capitulaciones otorgadas vigente el matrimonio, que no perjudican los derechos adquiridos por terceros» (cfr. SSTS 15 de febrero de 1986, *RAJ* 681, ponente: Sr. Pérez Gimeno; 17 de febrero de 1986, *RAJ* 684, ponente: Sr. de Castro García; 14 de octubre de 1987, *RAJ* 7099, ponente: Sr. Barcala y Trillo-Figueroa; 24 de noviembre de 1988, *RAJ* 8705, ponente: Sr. Barcala Trillo-Figueroa; 25 de enero de 1989, *RAJ* 124, ponente: Sr. Albácar López; 20 de marzo de 1989, *RAJ* 2186, ponente: Sr. Morales Morales; 27 de octubre de 1989, *RAJ* 6965, ponente: Sr. Fernández Cid de Temes; 5 de junio de 1990, *RAJ* 4733, ponente: Sr. Santos Briz; 9 de julio de 1990, *RAJ* 5788, ponente: Sr. Morales Morales; 7 de noviembre de 1992, *RAJ* 9098, ponente: Sr. González Poveda).

⁷⁰ Como dice RAGEL SÁNCHEZ, *Protección del tercero...*, *ob. cit.*, p. 209, «[e]l ejercicio de la facultad de inoponibilidad no requiere la impugnación de la validez y de la eficacia de un acto jurídico, a diferencia de lo que sucede con las acciones de nulidad, de anulación, de resolución y de rescisión, en las que se persigue declarar la ineficacia de una determinada actuación jurídica»; o, en p. 245: «la inoponibilidad sería entonces la *facultad* específica *concedida por la ley* a una persona, por el hecho de ser *ajena* a una actuación perfectamente válida, para que, *sin necesidad de impugnarla*, puedan actuar en defensa de sus intereses *como si* tales actos no se hubieran producido». De manera similar, LINARES GIL, *ob. cit.*, pp. 66-67: «la inoponibilidad no es sino un paso más dado por el derecho en aras de la protección de los acreedores. Mediante ella estos pueden actuar como si no existiera la donación, sin verse obligados al gravoso y costoso procedimiento de impugnar judicialmente el negocio jurídico lucrativo solicitando su rescisión», y p. 69: «[l]a inoponibilidad es una garantía de los acreedores que no necesita, para su subsistencia y efectividad, que el negocio jurídico inoponible se rescinda o anule». En Italia, BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, traducción y concordancias con el derecho español por A. Martín Pérez, Madrid, 1959, p. 351: «una impugnación (...) no es precisa cuando los efectos del negocio *no puedan oponerse al tercero*».

⁷¹ LASARTE ÁLVAREZ, *ob. cit.*, p. 274: «[l]a acción revocatoria tiene por finalidad el privar de eficacia a los actos de enajenación fraudulentos realizados por el deudor»; ALBALADEJO, *ob. cit.*, II-1, p. 214: «acción de *impugnación*» (...) «que va contra el acto», o p. 228: «[p]rosperrando la acción pauliana, el *acto atacado* deviene *ineficaz* frente al acree-

tión que supera el simple juego terminológico: si la acción pauliana constituye una acción de impugnación, porque la ley lo dice y la doctrina no puede obviarlo, ¿qué es lo que se impugna? O el mismo negocio o, por lo menos, su eficacia. No vale, entonces, maquillar el conflicto indicando que el nombre no importa y sí sólo el resultado que se pretende alcanzar: en todo caso, habría que ser plenamente consecuente y afirmar que la acción pauliana y la inoponibilidad *ex* artículo 1317 del Código Civil, como mínimo en cuanto a los actos a título gratuito, representan las dos caras de una misma moneda y conforman una misma institución⁷².

Un segundo argumento lo ofrece el distinto plazo de ejercicio de la acción. La acción pauliana tiene señalado un plazo de cuatro años (art. 1299 del CC), que la doctrina coincide en calificar de caducidad⁷³.

dor que la interpuso»; SANCHO REBULLIDA, *ob. cit.*, p. 255: «[e]l efecto general de la rescisión consiste en deshacer lo hecho: conforme el artículo 1295.1, CC, obliga aquélla a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato (...) Mas la especial teleología de la acción pauliana pone a este resultado un importante límite: el *acto impugnado* es, cuanto tal, válido y eficaz; únicamente se revoca en la medida del fraude (...) La *anulación* del acto y consiguiente reintegración de su objeto en el patrimonio del deudor, como si de él no hubiese salido, es sólo «para» el acreedor y en la medida del crédito defraudado» (las cursivas son mías); GIL RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, p. 335: «[l]a acción *revocatoria o pauliana* es principalmente *el poder o facultad que el artículo 1111 CC reconoce a los acreedores para que (...) impugnen los actos que su deudor haya realizado en fraude de su derecho*», y p. 341: «[c]uando la impugnación triunfa (...) *el acto atacado deviene ineficaz sólo relativamente*».

⁷² Puede tomarse como ejemplo a FERNÁNDEZ CAMPOS, *ob. cit.*, p. 1451 y nota 12. Afirma que «lo que la pauliana comporta es la *eliminación de la propia fuente del daño, impugnando el acto jurídico*», insistiendo a continuación en la «eliminación del daño mediante la *impugnación y consiguiente privación parcial de efectos del acto impugnado*», y, «por eso, la consecuencia principal de la acción pauliana es la *ineficacia parcial y relativa del acto impugnado*», aunque entonces esta ineficacia «se concreta no tanto en la restitución de los bienes enajenados al patrimonio del deudor (...) cuanto en la posibilidad del acreedor de volver a poder ejecutar esos bienes del *acto impugnado*» (las cursivas son mías). ¿Dónde está, pues, la repetida *impugnación*? O también a CRISTÓBAL MONTES, *ob. cit.*, p. 185: «[e]l acto dispositivo fraudulento del deudor es un acto válido y eficaz que sólo sufrirá *revocación* en la medida que resulte imprescindible para satisfacer el interés del acreedor defraudado (...) Como dice Messineo, se trata de hacer declarar una *ineficacia relativa*, por efecto de la cual el acto dispositivo se hace *inoponible* (...) Además, si el acto fuese nulo o anulable, resultaría superfluo *impugnarlo* (...) Triunfante la acción revocatoria, la sentencia que pronuncie la *ineficacia relativa* del acto dispositivo no hace entrar el bien en el patrimonio del deudor (...) sino que tiene lugar una especie de recomposición ficticia»; p. 186: «[a]l no tratarse de una acción de nulidad, sino de *ineficacia relativa o parcial*». La pregunta es: ¿deviene o no el acto ineficaz, ni que sea de manera relativa o parcial? Porque, como intentaré demostrar más adelante, la inoponibilidad no constituye ningún supuesto de ineficacia. En definitiva, no puedo estar de acuerdo con la afirmación de PASQUAU LIAÑO, *ob. cit.*, p. 1031, en el sentido que «revocación y no oponibilidad vienen a ser términos que en ocasiones coincidirán», puesto que la revocación ataca —«impugna»— la eficacia del acto de enajenación, mientras que la inoponibilidad la deja incólume; y, así, hay que tener presente que BETTI, *ob. cit.*, p. 408, cuyas afirmaciones son plenamente coincidentes con las de estos autores, afirma de manera expresa que el triunfo de la pauliana significa un «pronunciamiento constitutivo de ineficacia».

⁷³ Con cita de jurisprudencia, SANCHO REBULLIDA, *ob. cit.*, p. 258; ALBALADEJO, *ob. cit.*, II-1, p. 231; MONTÉS PENADÉS, *ob. cit.*, p. 223; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique, «La acción revocatoria y la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *RGD*, 1993, p. 1278; GIL RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, p. 340; MORENO QUESADA, Bernardo, comentario al artículo 1299, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (Dirs. Manuel Albaladejo y Silvia

En cambio, el artículo 1317 no tiene asignado un plazo de ejercicio específico y, ello no obstante, el Tribunal Supremo, en la ya citada Sentencia de 27 de octubre de 1989⁷⁴, no ha acudido analógicamente al plazo de cuatro años del artículo 1299, sino que ha entendido que debe aplicarse el plazo general de prescripción de las acciones personales de quince años *ex* artículo 1964 del Código Civil. Si aceptamos que la caducidad «se aplica generalmente» a «una facultad o un llamado derecho potestativo, tendentes a modificar una situación jurídica», como por ejemplo la facultad de impugnar un negocio o de rescindirlo, la caducidad no se corresponde con la inoponibilidad ni, por consiguiente, con el pretendido efecto de inoponibilidad de la acción pauliana⁷⁵. La previsión de un plazo precisamente de caducidad para la acción pauliana y la falta de un plazo específico para la protección *ex* artículo 1317 del Código Civil denota la no coincidencia entre las respectivas finalidades y efectos de ambos mecanismos.

En consecuencia, no tiene que producir extrañeza que el Tribunal Supremo haya afirmado, en un afán delimitador de la acción pauliana y del remedio *ex* artículo 1317 del Código Civil, que éste último «no (...) requiere para su efectividad de declaración de ineficacia o nulidad de clase alguna»⁷⁶. Ni tampoco debe producirla, sin embargo, vistos los antecedentes doctrinales, que ocasionalmente el mismo Tribunal Supremo haya acabado por identificar ambos remedios, unificándolos. Se trata de

Díaz Alabart), t. XVIII, vol. 2.º, Madrid, 1995², pp. 258-259; JORDANO FRAGA, Francisco, «El *dies a quo* para el cómputo del plazo de la acción revocatoria o Pauliana (con motivo de una jurisprudencia reciente)», *RCDI*, 1995, p. 91.

⁷⁴ Precisamente este es el argumento que permite deducir a RAGEL SÁNCHEZ, *Protección del tercero*, *ob. cit.*, p. 244, que la acción *ex* artículo 1317 no es una acción de rescisión.

⁷⁵ Las expresiones entrecomilladas son de ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil*, I-2, Barcelona, 1996¹⁴, pp. 506 y 507, precisamente el principal defensor de la pauliana-inoponibilidad. En el mismo sentido, CASTRO Y BRAVO, Federico de, *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1972, pp. 174 y 178; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, en LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho civil*, I-3.º. *El derecho subjetivo*, Barcelona, 1990, p. 380; DÍEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Instituciones de Derecho civil*, I, Madrid, 1995, pp. 313-314; y, con análisis jurisprudencial, RUBIO TORRANO, Enrique, «La caducidad en el derecho civil español», *Ar. C.*, 1995-III, especialmente pp. 98-99, en las que concluye: «la mayoría de casos indubitados de caducidad afectan a aquellas facultades que posibilitan a su titular la creación, modificación o extinción de una relación o situación jurídica». Asimismo, la reciente STS de 1 de diciembre de 1997 (*La Ley*, núm. 4466, de 27 de enero de 1998, ponente: Sr. Sierra Gil de la Cuesta), considera que la acción pauliana está sometida a un plazo de caducidad, por cuanto la acción de rescisión que puede ejercitarse durante dicho término trata de modificar la situación creada por un contrato torticero que puede producir efectos lesivos a terceros.

⁷⁶ SSTs de 10 de septiembre de 1987, *RAJ* 6046, Ponente: Sr. Sánchez Jáuregui; 15 de marzo de 1994, *RAJ* 1787, Ponente: Sr. Almagro Nosete; 17 de julio de 1997, *RAJ* 6018, ponente: Sr. Sierra Gil de la Cuesta; 7 de noviembre de 1997, *RAJ* 7937, ponente: Sr. Fernández-Cid de Temes. Un análisis detallado de la jurisprudencia relativa al artículo 1317 del Código Civil, señalando las dos líneas jurisprudenciales a que me refiero en el texto, en BELLO JANEIRO, Domingo, «Los acreedores y la modificación del régimen económico matrimonial», *RJN*, 1993, núm. 7, especialmente pp. 41 ss., y en SANCIÉNA ASURMENDI, Camino, *Régimen económico matrimonial del comerciante*, Madrid, 1996, pp. 162 ss.

la Sentencia de 19 de febrero de 1992, que, tras referirse al «juego de la inoponibilidad del cambio capitular frente a los acreedores de la sociedad de gananciales y del principio de conservación de los negocios», manifiesta seguir «una doctrina especializada que afirma: “frente al fraude de acreedores la acción rescisoria debe tener efecto ‘en la parte necesaria’ para satisfacer los derechos de un tercero”, y cabe negar la nulidad absoluta de las capitulaciones suscritas en fraude de acreedores, pues, parece que ha de buscarse la subsistencia del acto en virtud del principio del «favor negotii» a salvo de declarar la *ineficacia* del acto en cuanto perjudique al acreedor, pues, parece que con la declaración de nulidad, y amortización de efectos que conllevaría, se iría más lejos de lo que ante el *fraude de acreedores* se pretende evitar y que es efecto típico incluso de la *acción pauliana*: que el acto resulte ineficaz frente al acreedor que la interpuso, y, por tanto, los bienes sobre los que aquel recayó queden sometidos a la acción del acreedor como si estuviesen en el patrimonio del deudor; en definitiva, la vulneración del artículo 1317 no origina la nulidad radical del *acto impugnado*, sino que, de conformidad con el espíritu que informa el artículo 6.4 del Código Civil, hay que pensar que los efectos de tal vulneración son distintos a la propia nulidad: la falta de perjuicio a los derechos ya adquiridos por terceros»⁷⁷ (las cursivas son mías). Es evidente que no se puede compartir el razonamiento de la sentencia: el artículo 1317 del Código Civil no exige en ningún momento para otorgar su protección el fraude de los cónyuges que modifican su régimen económico ni que deban impugnarse las capitulaciones, ni tampoco cabe convenir, como desmiente la consolidada jurisprudencia antes aportada, que la acción pauliana y el artículo 1317 sean lo mismo⁷⁸.

⁷⁷ RAJ 1320, ponente: Sr. Martínez-Calcerrada y Gómez. La posterior STS de 15 de junio de 1992, RAJ 5137, con idéntico Ponente, repitiendo el párrafo transcrito en el texto, remacha esta confusa identificación, puesto que frente a la alegación de que no se puede acudir directamente a la vía rescisoria de las capitulaciones porque existe el artículo 1317, responde: «[n]o se acierta a comprender al significado de la denuncia, por cuanto que, pese a la referencia de este artículo 1335 en cuanto que remite la invalidez de las capitulaciones a la normativa sobre reglas generales de los contratos, ello no obsta para que tenga que rechazarse la vía específica impugnatoria ejercitada por los actores, en base del ejercicio de la acción rescisoria del artículo 1111 del Código Civil, pues, como es sabido, este puede ser uno de los cauces a través de los cuales se verifique la adecuada tutela de los terceros acreedores cuando, a resultas de un cambio capitular, y sobre todo, por el uso en general, de esta forma, se altere la solvencia de uno o de ambos cuando se transite del régimen ganancial preexistente a un régimen de separación de bienes y, en especial, cuando se adjudica al cónyuge deudor los bienes que perfectamente podían ser objeto de la garantía que cubre las relaciones con estos terceros acreedores, al amparo de la universal sanción prevista en el artículo 1317 del Código Civil: «la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros»; y es que dentro de la práctica forense cabe adoptar varios caminos para esa tutela, bien directamente impugnando dichas capitulaciones matrimoniales o bien ejercitando cualquier otra acción específica tendente a preservar la garantía de los créditos perjudicados por ese cambio capitular; de cualquier forma lo que verdaderamente destaca es que aquella tutela habrá siempre de proclamar la inoponibilidad del cambio, en lo atinente, con respecto a la garantía de los terceros perjudicados».

⁷⁸ Otras SSTS han superpuesto también la acción pauliana con la protección ex artículo 1317, tendiendo a esta identificación. Sólo así es posible entender afirmaciones

Una parte importante de la doctrina coincide con estas apreciaciones, y manifiesta que el artículo 1317 hace innecesario el recurso a la acción pauliana, por cuanto los acreedores aseguran la protección de sus créditos mediante la inoponibilidad de las modificaciones en la titularidad de los bienes que constituyen la garantía patrimonial de aquellos bienes; y, configurada legalmente la acción pauliana como subsidiaria, la existencia del artículo 1317 del Código Civil impide que pueda prosperar puesto que existe un mecanismo preferente para lograr el cobro⁷⁹.

La conclusión final no es otra que la protección *ex* artículo 1317 del Código Civil y la acción pauliana constituyen mecanismos protectores de distinta naturaleza⁸⁰. Y la distinción entre ambos no puede fundamentarse,

como la contenida en la Sentencia de 30 de abril de 1990 (RAJ 2813, ponente: Sr. Martínez-Calcerrada y Gómez), puesto que, después de referirse a cuando tiene que producirse rescisión por fraude de acreedores de las capitulaciones modificativas del régimen económico matrimonial, se dice que «la sentencia recurrida ha infringido por igual vía jurídica del artículo 1316 (*sic*); hay que suponer que se trata del art. 1317) propugnando así una nulidad parcial en cuanto que dichas capitulaciones de *anularse* sólo las adjudicaciones de los bienes inmuebles a favor de las esposas demandadas pudiendo quedar como *válida* todo lo demás en favor del principio de conservación del negocio, debe compartirse la referida denuncia al *impugnar* el contenido de esas capitulaciones matrimoniales que ocasionan el perjuicio o damnifican los derechos de la actora como legítimo acreedor de los codemandados si bien ampliable a todos los actos de carácter económico-patrimonial (...) ya que, se insiste, la desigual adjudicación de bienes a unos y otras fue la causa determinante del *fraude* apreciado». O que la STS de 18 de julio de 1991 (RAJ 5399, ponente: Sr. Fernández Rodríguez) considere que «el artículo 1317 del Código Civil, al disponer que «la modificación del régimen matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos adquiridos por terceros», trata precisamente de evitar el posible fraude a los terceros, derivado de la modificación de las capitulaciones matrimoniales, de tal manera que estas *pierden eficacia* cuando, como en el presente caso ocurre, se evidencia que fueron destinadas a *defraudar* a un acreedor, y sin que sea preciso para ello obtener declaración de insolvencia en un juicio previo»; cabe destacar que esta sentencia cuenta con un voto particular de los magistrados Gullón Ballesteros y Fernández-Cid de Temes en la línea más correcta antes referenciada. En la jurisprudencia menor, se sitúan en la tendencia de estas SSTS la SAP Teruel de 23 de noviembre de 1994, ponente: Sr. Hernández Alegre (Ar. Civ., 1994, marg. 1979) y la SAP Baleares de 20 de marzo de 1997, ponente: Sr. Rosselló Llaneras (Ar. Civ., 1997, marg. 612).

⁷⁹ DE LOS MOZOS, José Luis, comentario al artículo 1317, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (Dir. Manuel Albaladejo, Madrid, 1982², pp. 91-93; LACRUZ BERDEJO, *Derecho de familia*, *ob. cit.*, p. 324, en la medida en que afirma que el artículo 1317 se aplica «sin que haya cuestión de fraude»; PASQUAU LIAÑO, *ob. cit.*, p. 1025; HERRERO GARCÍA, *ob. cit.*, p. 577; BELLO JANEIRO, *ob. cit.*, pp. 620 ss.; CABANILLAS SÁNCHEZ, *CCJC* núm. 10, *cit.*, *passim*, *CCJC* núm. 18, *cit.*, pp. 5167-5170, *CCJC*, núm. 19, *cit.*, *passim*, y «La mutabilidad», *ob. cit.*, pp. 181-182; RAGEL SÁNCHEZ, «El acreedor», *ob. cit.*, pp. 1674 ss., y *Protección del tercero*, *ob. cit.*, pp. 211 ss.; BLASCO GASCÓ, *ob. cit.*, pp. 616-618, aunque considera que en la mayoría de casos la inoponibilidad *ex* artículo 1317 del Código Civil «sólo podrá materializarse mediante un mecanismo que no podemos dejar de llamar, bien sea en un sentido amplísimo, resolutorio», lo que no parece que sea necesario cuando de lo único que se trata es de mantener la base patrimonial afectada a la responsabilidad y al poder de agresión de los acreedores a pesar del cambio de titularidad. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Derecho de familia*, Madrid, 1989, pp. 179-180 y nota 51, si bien no dice que se excluyan, sí que considera que pueden utilizarse ambas si concurren los requisitos, además, de la pauliana, de modo que hay que deducir que los reputa medios de protección distintos.

⁸⁰ Juega en favor de esta interpretación el recurso al antecedente del Proyecto de Código Civil de 1851. Su artículo 1360 disponía lo siguiente: «[l]a separación de bienes no

exclusivamente, en el carácter subsidiario de la pauliana. Por consiguiente, parece más coherente afirmar que la acción pauliana, tal como manifiestan los artículos 1295 y 1298 del Código Civil, tiene un auténtico carácter revocatorio y, por tanto, restitutorio, como todavía defienden algunos destacados autores⁸¹ Y la consecuencia que se deriva de ello no

perjudica los derechos adquiridos con anterioridad por los acreedores». Se observa, en primer lugar, que se prescinde de la noción de fraude, como explicita el propio García Goyena en sus comentarios. Y, ¿cuál es la consecuencia jurídica? «*La separación no perjudica*: se tendrá, pues, como no acaecida respecto de los acreedores, y estos podrán ejercitar sus derechos y acciones con toda seguridad. Pero su acción ha de limitarse á su derecho é interés: en todo lo demás surtirá sus efectos la sentencia de separación». Parece claro que el autor presenta con precisión lo que hoy llamamos inoponibilidad (GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852, reimp. anastática, Barcelona, 1972, t. III, p. 353; en la edición al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del Prof. Lacruz Berdejo y una tabla de concordancias con el Código Civil vigente, Zaragoza, 1974, se ha omitido el trascendental «no» del inicio de la cita).

Otra muestra de la diferencia entre la acción pauliana y la inoponibilidad la constituye el artículo 1937 del Código Civil. Según este artículo, «[l]os acreedores, y cualquiera otra persona interesada en hacer valer la prescripción, podrán utilizarla a pesar de la renuncia expresa o tácita del deudor o propietario». La mayor parte de la doctrina ha convenido en que la previsión legal que contiene no conlleva un supuesto de acción pauliana y, en particular, RODRÍGUEZ MORATA, Federico A., comentario al artículo 1937, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (Dir. Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart), t. XXV, vol. 1.º, Madrid, 1992, pp. 202-204, quien cree que se trata de un caso de ineficacia relativa (inoponibilidad, por lo que ahora interesa), señala precisamente como criterios diferenciadores los siguientes: la innecesidad de fraude (lo mismo DÍEZ-PICAZO, Luis, *La prescripción en el Código Civil*, Barcelona, 1964, p. 75; y PUIG BRUTAU, José, *Caducidad, prescripción extintiva y usucapión*, Barcelona, 1988, p. 101, que afirma en concreto: «el perjuicio [de los acreedores] es necesario; pero no lo es el fraude. Precisamente el valor del art. 1937 consiste en ser una derogación expresa del principio establecido en el art. 1111 del CC, al regular la acción pauliana»), la inexistencia de impugnación (también p. 210) porque la renuncia a la prescripción ganada es «válida» y, en consecuencia, que el ejercicio por parte de los acreedores de la prescripción ganada no se encuentra sometida a ningún plazo de caducidad (igualmente, DÍEZ-PICAZO, *ob. últ. cit.*, p. 76: «no está sometida a ningún plazo de caducidad, como en cambio lo estaría una impugnación por fraude de la renuncia»). Lo consideran de modo expreso inoponibilidad ÁLVAREZ VIGARAY, *ob. cit.*, pp. 83 y 101, y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, comentario al artículo 6, en MINISTERIO DE JUSTICIA, *Comentario del Código civil*, *ob. cit.*, t. I, p. 35; por contra, RAGEL SÁNCHEZ, *Protección del tercero*, *ob. cit.*, pp. 120-121, no cree que el artículo 1937 contenga un supuesto de inoponibilidad sino uno de acción revocatoria.

⁸¹ DÍEZ-PICAZO, *ob. cit.*, II, p. 740: «[l]a acción pauliana es en primera línea una acción rescisoria de los actos y negocios fraudulentos y, por consiguiente, determina una ineficacia del negocio impugnado. La ineficacia favorece al acreedor o acreedores impugnantes, si bien, una vez reintegrados los bienes en el patrimonio del deudor por virtud de la rescisión, los restantes acreedores no impugnantes podrán hacerlos objeto de agresión o embargo»; BADOSA COLL, *Dret d'obligacions*, *ob. cit.*, p. 221; CASTÁN-GARCÍA CANTERO, *ob. cit.*, pp. 336-337. Otros autores matizan que el reintegro en el patrimonio del deudor es a efectos ejecutivos, con el fin de que los acreedores puedan proceder contra los bienes (PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, vol. I, Barcelona, 1988³, p. 339; ROCA SASTRE, Ramón María, y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho hipotecario*, t. II, Barcelona, 1995⁸, p. 659); en definitiva, consideran que se trata de una ineficacia relativa, aunque hablen de reintegro, igual que Díez-Picazo, Sancho Rebullida o Lasarte Álvarez citados *supra*, nota 71. Mas, o estamos ante una auténtica ineficacia y se priva de efectos, ni que sea parcialmente al negocio, con lo que sí que hay reintegro, o se refieren a una forma de inoponibilidad, que no supone privación de efectos al negocio, y entonces tendría que remitirse a la crítica a este posicionamiento que he efectuado en el texto.

es meramente dogmática: la acción revocatoria comporta, además, la devolución de los frutos de la cosa objeto del negocio (art. 1295 del CC), lo que es improcedente cuando se trata de una simple inoponibilidad, por cuanto el adquirente es efectivamente propietario y no está sujeto a deber alguno de restitución, sino que simplemente debe soportar que dicha cosa permanezca al alcance del poder de agresión de los acreedores.

2. LA INOPONIBILIDAD A LOS ACREEDORES DEL DONANTE DE LA ENAJENACIÓN A TÍTULO GRATUITO

Si la acción pauliana conlleva la sanción de ineficacia del acto defraudatorio de los derechos de los acreedores y la restitución, ni que sea en la medida del perjuicio ocasionado, de los bienes enajenados al patrimonio del deudor transmitente, no se puede equiparar ni confundir con la inoponibilidad como mecanismo de protección de los acreedores frente a los actos de empobrecimiento patrimonial efectuados por sus deudores. Ya he indicado que el artículo 340.3 de la Compilación en ningún momento cuestiona ni la validez ni la eficacia de la donación, sino que se limita a constatar que tal donación no perjudicará a los acreedores, sin preocuparse o referirse a la noción de fraude ya sea para exigir su presencia o para presumirlo. La conclusión debe ser, por tanto, que la protección de los acreedores ante los actos a título gratuito de su deudor con la pretensión de disminuir su garantía patrimonial no tendrán que ser rescindidos por fraude aplicando el artículo 1291.3 del Código Civil⁸², sino que bastará con que sean declarados inoponibles. Así se han manifestado, igualmente, destacados autores⁸³. Debe de recordarse la comparación antes apuntada

Si acudimos al antecedente inmediato, el Proyecto de Código Civil de 1851, la solución a la que se llega es la misma, como se desprende de su artículo 1181: «[d]eclarada la rescisión debe el adquirente de las cosas enajenadas devolverlas con todos sus frutos y utilidades». En el comentario, GARCÍA GOYENA se remite al artículo 1172, que asienta idéntico principio para la «restitución de las personas sujetas á tutela ó curatela» (GARCÍA GOYENA, *ob. cit.*, t. III, pp. 192 y 186, respectivamente).

⁸² Sí, en cambio, que resultará aplicable el artículo 1291.3 y la normativa del Código Civil cuando se ejerza la acción pauliana frente a actos fraudulentos a título oneroso; lo manifestaba, antes de la promulgación de la Compilación, ROCA SASTRE, «L'acció pauliana», *ob. cit.*, p. 130, y ahora afirma lo mismo indica ROCA TRÍAS, en PUIG FERRIOL, y ROCA TRÍAS, *Institucions, ob. cit.*, p. 175.

⁸³ PINTÓ RUIZ, «Los bienes», pp. 76, nota 6 [«el citado precepto 340 no establece que podrán revocarse, sino que simplemente dice “no perjudicarán (...)”, y por tanto, (...) el efecto de inoponibilidad ha de producirse automáticamente], 92, 94, 97, 108, 110-1, 131, 135, 141-2, y voz «Insinuación», p. 865; CASANOVAS MUSSONS, Anna, comentario al artículo 19 de la Compilación, en CASANOVAS MUSSONS; EGEA FERNÁNDEZ; GETE-ALONSO CALERA, y MIRABELL ABANCO (coordinadores), *Comentari a la modificació de la Compilació, ob. cit.*, p. 165: «la inoposabilitat de la “donació” en perjudici dels creditors del “donant” que resulta de l’art. 340.3 CDCC permetrà a aquests creditors dirigir-se contra els béns adquirits pel “donatari”»; BADOSA COLL, comentario al artículo 58 de la Compilación, *ob. cit.*, p. 356: «la inoposabilitat de l’acte que roman intacte és la regulació de l’art. 340.3 CDCC». Sin utilizar la denominación inoponibilidad, MAGARIÑOS BLANCO, *ob. cit.*, p. 110: «[e]n Cataluña, los acreedores, frente a los trasvases patrimoniales entre los cónyuges, ya sean reales o simulados, cuentan, además de los recursos generales de

entre el artículo 340.3 de la Compilación y los artículos 81 y 383 del Código de Sucesiones⁸⁴, que sí responden a la protección pauliana: en estos no sólo se exige para que prospere la acción el fraude, sino que se presentan legalmente como expedientes de impugnación y de reducción o supresión, respectivamente, esto es, como mecanismos destinados a destruir, ni que sea parcialmente, la eficacia del acto defraudatorio. Con esto no quiero decir que no sea posible el ejercicio de la acción pauliana frente a un acto a título gratuito; el artículo 340.3 no cierra esta posibilidad, pero sí que la hace inútil, por cuanto la protección que ofrece es más sencilla en cuanto a sus presupuestos, en la medida en que prescinde de toda idea de fraude; y es, por lo menos, igual de vigorosa, puesto que el acreedor, al no resultar afectado por un acto de enajenación cuyos efectos le resultan inoponibles, mantiene la misma garantía patrimonial *ex* artículo 1911 del Código Civil que antes de la realización de dicho acto⁸⁵.

las acciones Pauliana, subrogatoria y de simulación, con los siguientes específicos: El del artículo 340.3 de la Compilación, que les permite dirigirse directamente contra el bien donado, sin que pueda oponerse el donatario, para el cobro de créditos anteriores». Con todas las reservas, puede incluirse aquí a HERRERO GARCÍA, María José, «Los contratos onerosos entre cónyuges en la historia del Derecho catalán y en su vigente Compilación», *RDN*, abril-junio 1975, p. 338, cuando afirma: «los acreedores podrán tratar de defender sus créditos en base al artículo 340.3 de la Compilación. Esto no supone, en nuestra opinión, que el contrato (...) deje de producir sus efectos entre los cónyuges contratantes». Por su parte, PUIG SALELLAS, Josep Maria, comentario al artículo 11 de la Compilación, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (Dir. Manuel Albaladejo), t. XXVII-1, Madrid, 1981, p. 309, parece distinguir de manera implícita la acción pauliana y el remedio del artículo 340.3 del CDCC. En la jurisprudencia, la SAP Barcelona (Sección Decimoquinta) de 6 de abril de 1990 (*RJC, Jurisprudència*, 1990, pp. 658 ss.), ponente: Sr. Gimeno: «la Compilación no impone la nulidad de la donación incurso en la previsión contenida en el artículo 340, sino que se limita a sancionar su ineficacia frente a los acreedores del donante [que] podrán excepcionar frente a la misma la concurrencia de los requisitos que les permiten permanecer inmunes a ella».

⁸⁴ Como ha convenido en reconocer la doctrina al calificar las acciones que se derivan de estos dos artículos de rescisorias: PUIG FERRIOL, Luis, comentario a los artículos 75 y 77 de la Compilación, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, (Dir. Manuel Albaladejo), t. XVII-2, Madrid, 1990², p. 264, donde se remite a las pp. 243-244 («debe seguirse el régimen de la rescisión de conformidad con lo establecido en los artículos 1111 y 1291, núm. 3, del Código Civil»); LÓPEZ BURNIOL, Juan José, comentario al artículo 81, en JOU MIRABENT, Lluís (coord.), *Comentarios al Código de sucesiones de Cataluña*, t. I, Barcelona, 1994, p. 371 («[s]e trata, a mi juicio, de una acción rescisoria que caduca a los cuatro años»); MARÍN SÁNCHEZ, José Alberto, comentario al artículo 383, *Comentarios al Código de sucesiones, ob. cit.*, t. II, pp. 1284-1285 («es preciso un *ánimus fraudandi* por parte del difunto-donante en el momento de otorgar la donación; (...) no basta con que objetivamente pueda acreditarse el perjuicio (obvio en toda donación), sino que es necesario probar ese elemento intencional. Se trata por tanto de una acción de carácter rescisorio basada en el fraude del derecho a la cuarta viudal»); BADOSA COLL, comentario al artículo 59 de la Compilación, *ob. cit.*, p. 356.

⁸⁵ Así se manifestaba, antes de la Compilación, ROCA SASTRE, «L'acció pauliana», *ob. cit.*, p. 140: «[n]o és que la constitució *per tolre fraudus* derogui el dret romà en aquest aspecte, perquè tot creditor pot utilitzar igualment l'acció Pauliana, però com que el Dret català proporciona un recurs més eficaç, breu i econòmic, per això en la pràctica pot considerar-se com a completament inútil l'acció Pauliana per a revocar donacions perjudicials». En el mismo sentido, PINTÓ RUIZ, «Los bienes puestos a nombre», *ob. cit.*, pp. 97-98, 108 (nota 73) y 141-142, y voz «Insinuación», *ob. cit.*, p. 861 y nota 24. Por contra, vigente la Compilación, el propio ROCA SASTRE, «La acción revocatoria», *ob. cit.*, identifica, como ya

Por este motivo, no es posible compartir ni el razonamiento ni el fallo de la SAP Barcelona (Sección Primera) de 3 de octubre de 1996⁸⁶, en la que, quizá a causa de un defectuoso planteamiento de la demanda, se concluye lo siguiente: «[e]ste conjunto de circunstancias permite concluir con visos de certidumbre (art. 1253 del CC) un ánimo defraudatorio en la donación, a lo que debe añadirse que los demandados tienen en su contra los artículos 643 y 1297 del Código Civil y 340.3 de la Compilación Catalana. En definitiva el recurso debe progresar en cuanto al ejercicio de la acción pauliana». Si se entiende literalmente, incluso puede parecer que el artículo 340.3 no sea sino un elemento que coadyuva al triunfo de la acción pauliana, puesto que se cita junto al artículo 643 del Código Civil que establece una presunción *-iuris et de iure-* de fraude. Por el contrario, el artículo 340.3 prescinde del fraude completamente, por lo que deviene innecesaria cualquier disquisición sobre su concurrencia. Además, como ya he repetido, no cabe ejercitar de forma conjunta la protección *ex* artículo 340.3 y la vía pauliana, porque los respectivos efectos no sólo son distintos, sino que son incompatibles: el artículo 340.3 deja incólume la eficacia del acto perjudicial, mientras que la acción pauliana lleva aparejada la sanción de ineficacia. Y es evidente que si no triunfa una demanda con fundamento en el artículo 340.3, tampoco lo hará una basada en la acción pauliana, puesto que no se habrá acreditado el perjuicio, presupuesto de ambos remedios. Por consiguiente, no es de recibo ni la alegación conjunta ni la aplicación simultánea: el artículo 340.3 de la Compilación, cuando se trata de actos a título gratuito, convierte en inviable el ejercicio simultáneo de la acción pauliana.

III. PRESUPUESTOS DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 340.3 DE LA COMPILACIÓN DEL DERECHO CIVIL DE CATALUÑA

La protección que el artículo 340.3 de la Compilación ofrece a los acreedores no es genérica, sino que su actuación requiere la presencia de tres presupuestos, que simplificadaamente se acostumbra a agrupar de la siguiente manera:

- La existencia de un crédito contra el donante.
- La enajenación a título gratuito que efectúa el donante.
- El perjuicio que ocasiona a los acreedores.

sabemos, los dos remedios; en la misma línea, PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Fundamentos, ob. cit.*, p. 72 ss., analizaban la «acción revocatoria por fraude de acreedores», cuando, insisto en ello, en ningún momento el fraude es elemento del artículo 340.3 de la Compilación. No obstante, en la práctica se observa una escasa predisposición a acudir al artículo 340.3, aunque los acreedores se ahorrarían la difícil prueba del fraude, como ocurre en la SAP Barcelona (Sección Primera) de 7 de enero de 1997, ponente: Sr. Bachs (*RJC, Jurisprudència*, 1997, pp. 383-385).

⁸⁶ *RJC, Jurisprudència*, 1997-I, pp. 96-98 (ponente Sr. Pereda).

A estos presupuestos, suele añadirse un requisito: la falta de otros medios con que hacer efectivo el cobro del crédito.

Sólo la presencia de estos presupuestos abre la vía del artículo 340.3; por lo tanto, los eventos que permiten obtener esta protección no son todos aquellos que pueden necesitar los acreedores y, obviamente, este artículo no puede aspirar a constituir un mecanismo eficiente frente a las modernas técnicas de ingeniería defraudatoria. En otras palabras: el Derecho catalán sólo regula un medio de protección frente a los actos perjudiciales para los acreedores de un carácter más rudimentario. Y como estos actos no son los más frecuentes o, al menos, los más importantes social y económicamente, los acreedores tendrán que buscar otras fórmulas fuera del ordenamiento jurídico-civil catalán.

1. LA EXISTENCIA DE UN CRÉDITO CONTRA EL DONANTE

Si el remedio del artículo 340.3 de la Compilación sirve para la protección de los acreedores, su puesta en funcionamiento requiere, como primer elemento, la existencia de un derecho de crédito contra el donante⁸⁷, que resultará perjudicado a consecuencia del acto de disposición a título gratuito que efectúa. No se puede considerar crédito existente aquel que está pendiente de declaración judicial en un procedimiento distinto⁸⁸. Tiene que tratarse, como resulta obvio y reconoce la doctrina⁸⁹, de un crédito válido y subsistente, porque de otro modo no se produciría perjuicio. Habría que matizar, sin embargo, que si el derecho de crédito tiene su fuente en un contrato anulable (por ejemplo, afectado por algún vicio de la voluntad), no debería haber inconveniente alguno para recurrir a la protección del artículo 340.3 de la Compilación, en tanto que es posible su convalidación, mientras, claro está, no se haga valer la anulabilidad.

En cuanto a la fuente del crédito, el artículo 340.3 intenta expresarse con la máxima generalidad: «hecho o acto del que nazca el crédito», en contraposición al Proyecto de Apéndice de 1930 (art. 238) o al Proyecto de Compilación de 1955 (art. 552) que sólo contemplaban el «contrato». Por consiguiente, no importa cuál haya sido la fuente del derecho de crédito: una obligación impuesta por la ley (por ejemplo, las obligaciones tributarias), una obligación nacida de un contrato o incluso de responsabilidad extracontractual⁹⁰.

⁸⁷ Sentencia del Tribunal de Casación de Cataluña de 11 de diciembre de 1936, *Atès* segundo: «no és aplicable la dita llei [la constitució *Per totre frauds*], sinó quan existeix un crèdit»; ROCA SASTRE, «La acció revocatoria», *ob. cit.*, p. 12; PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Fundamentos*, *ob. cit.*, p. 83; EGEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 815; ROCA TRÍAS en PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Institucions*, *ob. cit.*, p. 175.

⁸⁸ Así lo ha señalado la STS de 15 de noviembre de 1995 (RAJ 9203, ponente: Sr. Fernández-Cid de Temes) con carácter general en relación al ejercicio de la acción pauliana, solución que puede ser aceptada para el artículo 340.3 de la Compilación.

⁸⁹ ROCA SASTRE, «La acción revocatoria», *ob. cit.*, p. 12; EGEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 815.

⁹⁰ EGEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 816.

Una cuestión debatida es la aplicabilidad del artículo 340.3 al caso de créditos sometidos a condición y plazo. Roca Sastre⁹¹ defendía una respuesta afirmativa, tanto si se trataba de condiciones o de términos suspensivos o resolutorios; Puig Ferriol y Roca Trías⁹² sólo se manifiestan expresamente por su admisión en caso de ser resolutorios. Hay que coincidir con la opinión de estos dos autores porque, en efecto, tratándose de término o condición resolutorios, el crédito es perfectamente existente y exigible mientras no llegue el plazo o no se cumpla la condición, por lo que deviene susceptible de un posible perjuicio, por cuanto el acreedor puede demandar el pago del crédito y, si tiene lugar, tal pago es eficaz y extintivo. En relación al término suspensivo, habría que distinguir, siguiendo a Badosa Coll⁹³, según se trate de un término inicial de ejercicio o de eficacia. Si el término es de ejercicio, el tema que se plantea es simplemente de exigibilidad de un crédito ya existente, por lo que debe ser pertinente el recurso al artículo 340.3; si, por contra, el término es de eficacia, o nos hallamos ante una condición suspensiva, en ambos casos «l'obligació encara no existeix i, per tant, no hi ha prestació jurídica deguda i no pot ésser complida» (art. 1121,2). Por lo tanto, hay que concluir que la condición suspensiva y el término inicial de eficacia impiden acogerse al artículo 340.3 de la Compilación, porque el crédito aún no existe, con lo que no puede resultar perjudicado, y en todo caso habrá que acudir a otras vías (por ejemplo, al art. 1121.1 del CC); en cambio, cuando el problema es de exigibilidad, como en el término inicial de ejercicio, o si el plazo y la condición son resolutorios, la existencia efectiva del crédito⁹⁴ faculta a los acreedores a refugiarse en aquel artículo de la Compilación.

Otro tema que se plantea es el de la anterioridad del crédito a la enajenación a título gratuito. En principio, parece que ésta sólo puede perjudicar a los acreedores si su crédito ya había nacido y que, por ello, la donación afectada por el artículo 340.3 es la posterior al nacimiento del crédito, mientras que nada impide realizar donaciones y despatrimonializarse con anterioridad, ya que no existiría motivo alguno para limitar la libre disposición de los bienes. En este sentido, el artículo es claro cuando establece que no perjudicarán a los acreedores del donante «las donaciones que este otorgue *con posterioridad a la fecha del hecho o acto del que*

⁹¹ ROCA SASTRE, «La acción revocatoria», *ob. cit.*, p. 12, rechazando la opinión de DE CASTRO, «La acción pauliana», *ob. cit.*, p. 211, quien, refiriéndose a la pauliana, negaba que fuera procedente en caso de condición suspensiva. EGEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 815, nota 40, se limita a recoger la discrepancia entre estos autores.

⁹² PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Fundamentos*, *ob. cit.*, pp. 83 y 84; en cuanto a los suspensivos, se remiten a las opiniones contrapuestas de Roca Sastre y De Castro.

⁹³ BADOSA COLL, *Dret d'obligacions*, *ob. cit.*, pp. 95 ss.

⁹⁴ La jurisprudencia del TS ha considerado que la existencia del crédito, aunque no sea exigible, es suficiente para el ejercicio de la acción pauliana; así, la Sentencia de 5 de mayo de 1997 (RAJ 3670, ponente: Sr. Albácar López): «no exigiéndose para la acción rescisoria por fraude de acreedores que el crédito anterior fuese exigible bastando su existencia para que pueda ser objeto de fraudulento impago».

nazca el crédito de aquellos». Sin embargo, en la tradición jurídica catalana se observa un pequeño matiz, probablemente como consecuencia de la necesidad de permitir la toma de conocimiento de los registros de donaciones practicados; así, la constitución *per tolre fraus* establecía que no perjudicaban «sino seran continuadas tals donacions *deu dies ans del prescric, o contracte*», de modo que devenían inoponibles las otorgadas y no registradas diez días antes del nacimiento del crédito. Como ya sabemos, este plazo de diez días se mantiene en la *Memoria* de Durán y Bas (art. CCXXXVIII), que conservaba la insinuación –registración–, así como en el Proyecto de Apéndice de 1930 (art. 238) y en el Proyecto de Compilación de 1955 (versión oficial)⁹⁵, que prescinden de ella.

De estos precedentes y, sobre todo, de la noción esencial de perjuicio, hay que llegar a la conclusión de que la posterioridad a que se refiere expresamente el artículo 340.3 de la Compilación no tiene que ser interpretada de modo literal y estricto. El centro de gravedad debe de descansar en la evitación del perjuicio de los acreedores, de modo que, esto sí, excepcionalmente, podrán resultar objeto del artículo 340.3 donaciones otorgadas con anterioridad al nacimiento del crédito pero estrechamente vinculadas a este y a su perjuicio. No se plantea cuestión cuando se trata de donaciones otorgadas mientras el crédito, ya existente, es inexigible, como en el caso resuelto por la SAP Lleida de 22 de febrero de 1995⁹⁶. Pero es que incluso cabe admitir la posibilidad de que se trate de créditos todavía no nacidos si, a pesar de nacer con posterioridad al acto de enajenación, se consigue acreditar la relación de causalidad en cuanto al perjuicio entre aquel concreto acto y el crédito futuro⁹⁷. Por lo tanto, el crédito

⁹⁵ Cfr. *supra* I.3. Por lo que concierne a la previsión de los diez días de antelación, FALGUERA, *Apuntes, ob. cit.*, p. 186; ELÍAS, *Derecho civil, ob. cit.*, art. 4731; ELÍAS y FERRATER, *ob. cit.*, art. 1524; BROCA y AMELL, *ob. cit.*, p. 245; PELLA y FORGAS, *ob. cit.*, p. 21; BORRELL Y SOLER, *ob. cit.*, t. 3, p. 323.

⁹⁶ El demandado había suscrito un contrato de financiación de un camión por un importe superior a diecisiete millones de pesetas en 1989. Después de impagar diversas cuotas, se celebró un nuevo contrato el día 31 de enero de 1992, avalado por la esposa del demandado, en que se acordó una carencia en el pago de nueve meses. En abril de 1992 la avalista donó hasta cinco fincas. La sentencia considera que «aparece debidamente demostrado que los demandados crearon una insolvencia para satisfacer sus créditos, que aunque como dicen no eran exigibles cuando realizaron la operación, existían desde el momento en que firmaron el contrato no teniendo bienes con que responder a la deuda». Lo mismo vale para la acción pauliana: STS 5 de mayo de 1997, ponente: Sr. Albácar López (RAJ 3670).

De manera específica, y en idéntico sentido, sobre nacimiento, exigibilidad del crédito y fraude de acreedores en caso de disolución de *sociedad de gananciales*, GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, «Fraude de acreedores consorciales. Exigibilidad del crédito y oponibilidad de las capitulaciones (Crítica de la Sentencia de 6 de diciembre de 1989)», *Act. Civ.*, 1991, pp. 223-230.

⁹⁷ Así lo aceptan, ya sea en relación a la acción pauliana o a la inoponibilidad *ex artículo 1317 del Código Civil*, con identidad de razón respecto del artículo 340.3 de la Compilación LOHMANN LUCA DE TENA, *ob. cit.*, pp. 496-497; PASQUAU LIAÑO, *ob. cit.*, pp. 1026-1028; ALBALADEJO, comentario al artículo 1111, *ob. cit.*, pp. 979-980; MORENO QUESADA, *ob. cit.*, pp. 126-127; ORDUÑA MORENO, *ob. cit.*, pp. 94-105; SANCHO REBULLIDA, *ob. cit.*, p. 249; BELLO JANEIRO, *ob. cit.*, pp. 606-609; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *ob. cit.*, p. 1264; DELGADO ECHEVERRÍA, *ob. cit.*, p. 249; CRISTÓBAL MONTES, *ob. cit.*, pp. 88-93. En

que fundamente el ejercicio de la protección *ex* artículo 340.3 de la Compilación no puede ser totalmente posterior y desvinculado del acto de enajenación a título gratuito.

Para determinar la anterioridad del crédito —cuestión distinta de la fijación del *dies a quo* del cómputo del plazo de ejercicio de la acción, tema del que me ocuparé con posterioridad—, deben aplicarse las reglas generales en materia de prueba tanto por lo que concierne a la fecha de su nacimiento como a la fecha de la realización del acto de enajenación, según consten en documento público (art. 1218 del CC) o en documento privado (art. 1227 del CC). La carga probatoria corresponde a quien alegue la anterioridad, ya sea el acreedor en cuanto a su crédito para que prospere la declaración de inoponibilidad, ya sea el donante en cuanto a la donación realizada a efectos de negar el perjuicio del acreedor.

2. EL ACTO DE ENAJENACIÓN A TÍTULO GRATUITO

El artículo 340.3 de la Compilación sólo contempla como acto perjudicial contra el que debe de reaccionarse la «donación», además de que quien perjudica los créditos es, también de modo expreso, el «donante». Se sigue, por consiguiente, la línea de la constitución *Per tolre fraudis*, que igualmente sólo se refería a las «donations». Pronto, sin embargo, la doctrina catalana ya había superado la literalidad del texto legal, y así Cáncer⁹⁸ consideró que alcanzaba a la condonación de deudas, opinión aplaudida por la doctrina catalana hasta la actualidad⁹⁹. Es por esto que se hace referencia a un acto de enajenación o de disposición a título gratuito de una manera más genérica, rechazando que la protección de los acreedores se predique de modo exclusivo de las donaciones¹⁰⁰. Los supuestos de donaciones excluidos del ámbito de aplicación de la constitución

contra, ROCA SASTRE, «La acción», *ob. cit.*, p. 15, nota 35, donde tras hacer referencia a esta posibilidad de perjuicio de una obligación futura, afirma: «[e]sto constituye una modalidad de la acción revocatoria, no comprendida en dicho artículo 340.3, de la Compilación ni en el Código Civil»; y LINARES GIL, *ob. cit.*, p. 62: «[n]o acoge la Compilación catalana a todos los acreedores sino tan sólo a los anteriores al otorgamiento de la donación. Las palabras de la ley obligan a excluir créditos posteriores aunque la donación se verifique con propósito de defraudar su crédito». De todos modos, la prueba del nexo de causalidad aislada puede resultar ciertamente difícil, ya que probablemente deberá demostrarse que el fin de la enajenación era causar el perjuicio del crédito futuro, con lo que se cae en el ámbito del fraude y, por lo tanto, de la acción pauliana.

⁹⁸ CANCERUS, *ob. cit.*, I, 8, 4: «[u]trum autem in liberatione, sive remissione debiti ex causa donationis requiratur insinuationis (...), in dubium solet controverti: Veritas est, quod idem iudicatur de dicta remissione quod de donatione; cum remittere & donare paria sunt».

⁹⁹ GIBERT, *ob. cit.*, p. 102; VIVES Y CEBRIÀ, *ob. cit.*, p. 816; BROCA Y AMELL, *ob. cit.*, p. 245; PUIG FERRIOL Y ROCA TRÍAS, *Fundamentos*, *ob. cit.*, p. 84; EGEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 816.

¹⁰⁰ ROCA SASTRE, «La acción», *ob. cit.*, p. 13; PUIG FERRIOL Y ROCA TRÍAS, *Fundamentos*, *ob. cit.*, p. 85; EGEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 816; ROCA TRÍAS, en PUIG FERRIOL Y ROCA TRÍAS, *Instituciones*, *ob. cit.*, p. 176. Recuérdese el amplio concepto de enajenación acogido en la tradición jurídica catalana (*supra*, nota 8).

Per tolre fraus, a causa de la aplicación supletoria del Derecho romano, así como las otorgadas en capitulaciones matrimoniales, que la misma constitución excluía, carecen de fundamento en el Derecho vigente, por cuanto la generalidad con que se expresa el artículo 340.3 impide que permanezcan fuera de su radio de acción¹⁰¹. Por contra, las donaciones *mortis causa* no dan lugar al recurso a la protección contenida en aquel artículo, porque la firmeza definitiva de la donación y la transmisión de la propiedad de la cosa donada con carácter también definitivo no se produce más que con la muerte del donante sin que se haya producido ninguna de las circunstancias del artículo 396 del Código de Sucesiones (art. 395.2 de este Código), por lo que no puede perjudicar a los acreedores del donante al no modificar la composición del patrimonio de garantía de sus créditos¹⁰².

Cuestión diferente es si son objeto de protección por la vía del artículo 340.3 de la Compilación las renunciaciones que efectúe el deudor. La verdadera renuncia es la renuncia abdicativa¹⁰³, que supone la salida de un elemento del patrimonio del deudor. A tal posibilidad me acabo de referir cuando he indicado que la protección que ofrece la Compilación se extiende a cualquier acto dispositivo a título gratuito: en la medida en que

¹⁰¹ Una enumeración de estas donaciones que no requerían insinuación, en GIBERT, *ob. cit.*, p. 101; ELÍAS, *ob. cit.*, art. 4707; ELÍAS y FERRATER, *ob. cit.*, art. 1507; BROCÁ y AMELL, *ob. cit.*, p. 245; MEIX, *ob. cit.*, comentario al artículo 237, p. 309; BORRELL Y SOLER, *ob. cit.*, pp. 321-322. La exclusión de las donaciones otorgadas en capítulos matrimoniales que hacía la constitución *per tolre fraus* («Empero no sien entesas en la present, donacions ques fan per contemplatio de Matrimoni, continuadas en los Capitols Matrimoniales, si aquell sortira son effecte»), aún presente en el artículo CCXXXVII de la *Memoria* de Durán y Bas, no se incorporó a la Compilación, tal como lo destacan ROCA SASTRE, «La acción», *ob. cit.*, p. 13, y PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Fundamentos, ob. cit.*, p. 85.

¹⁰² El argumento lo obtengo de CASANOVAS MUSSONS, Anna, «Les donacions per causa de mort: la seva regulació en el Títol VI del Codi de Successions», *Setenes Jornades de dret català a Tossa*, Barcelona, 1994, p. 198. Hay que tener en cuenta, además, que el artículo 392 del Código de Sucesiones establece que son aplicables a estas donaciones las normas de los legados relativas al «dret preferent dels creditors hereditaris per al cobrament dels seus crèdits». Consideran igualmente no aplicable el artículo 340.3 PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Fundamentos, ob. cit.*, p. 85; EGEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 819; ROCA TRÍAS, en PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Instituciones, ob. cit.*, p. 176. Por otra parte, la donación *mortis causa* constituía uno de los casos de donación exceptuada de la necesidad de insinuación por FALGUERA, nota ii a GIBERT, *ob. cit.*, p. 101, y BORRELL Y SOLER, *ob. cit.*, t. 3, p. 322.

¹⁰³ Para cuanto sigue sobre la renuncia, HERNÁNDEZ MORENO, Alfonso, en ENNECERUS, Ludwig, *Derecho civil (Parte general). Decimoquinta revisión por Hans Carl Nipperdey. Traducción de la 39.ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas Pérez González y José Alguer. Tercera edición al cuidado de Alfonso Hernández Moreno y María del Carmen Gete-Alonso, vol. 2.º, primera parte*, Barcelona, 1981, pp. 48-50; A. M. LÓPEZ, en A. LÓPEZ, y V. L. MONTÉS (coords.), *Derecho civil. Parte General*, Valencia, 1992, pp. 384 ss.; CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, comentario al artículo 6.2, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (Dir. Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart), t. I, vol. 1.º, Madrid, 1992², pp. 748-750; GETE-ALONSO, María del Carmen, en PUIG I FERRIOL, Lluís; GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen; GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, y HUALDE SÁNCHEZ, José Javier, *Manual de Derecho civil I*, Madrid, 1995, pp. 432-433.

provocan un perjuicio al alterar la composición patrimonial de la garantía universal de que gozan los acreedores, las renunciaciones abdicativas permiten la aplicación del artículo 340.3. Por contra, hay que llegar a una conclusión distinta cuando se trata de las llamadas renunciaciones preventivas, esto es, cuando se evita voluntariamente la adquisición de un derecho. En este caso, nuestro artículo no proporciona una protección adecuada, puesto que la inoponibilidad del acto de renuncia no es suficiente para satisfacer el interés de los acreedores. Ello se aprecia cuando se recurre a uno de los ejemplos típicos de este tipo de renuncia: la repudiación de la herencia en perjuicio de los acreedores. La doctrina ha rechazado la aplicación al caso del artículo 340.3 de la Compilación a causa de la existencia de un remedio específico, el artículo 1001 del Código Civil o, ahora, el artículo 23 del Código de Sucesiones¹⁰⁴. Sin embargo, para defender la solución basada en la inoponibilidad, puede argumentarse que la repudiación es respecto del deudor completamente eficaz, por cuanto si una vez cobrados los acreedores queda un remanente, este no será jamás adquirido por el deudor-repudiante¹⁰⁵. En realidad, lo que sucede es que la aplicación del artículo 340.3 no supondría más que la inoponibilidad de la repudiación, lo que comportaría que, para los acreedores, al permanecer inmunes a los efectos de dicha repudiación, el deudor continuará siendo titular del *ius delationis*, pero no puede dispensar a los acreedores el efecto que realmente les interesa, que no es otro que la aceptación de la herencia: sólo la aceptación de la herencia supondrá la adquisición por parte del deudor de una masa de bienes con que poder hacer frente a los créditos, mientras que la inmunidad de los acreedores a los efectos de la repudiación no la constituye la aceptación de la herencia, sino la pervivencia del *ius delationis*. Por este motivo, el artículo 23 del Código de Sucesiones se refiere a la aceptación «en nombre y en lugar del renunciante», porque sólo la aceptación provoca la adquisición de los bienes hereditarios en cuestión y, por lo tanto, la posibilidad de la satisfacción de los acreedores, lo que

¹⁰⁴ ROCA SASTRE, «La acción», *ob. cit.*, p. 13; PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Fundamentos*, *ob. cit.*, p. 85; EGEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 816; ROCA TRÍAS, en PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Instituciones*, *ob. cit.*, p. 176. En cambio, estos autores excluyen del ámbito del artículo 340.3 de la Compilación la renuncia a la prescripción ganada, por existir la vía específica del artículo 1937 del Código Civil, pero ya se ha destacado como el principio de protección que definen ambos preceptos consiste en la inoponibilidad (*supra*, nota 80). Para reforzar su defensa de la inaplicabilidad del artículo 340.3 a la repudiación de la herencia, invocan la tradición jurídica y en ella, en efecto, en relación a este tema, afirmó FONTANELLA, *ob. cit.*, claus. IV, glos. IX, p. V, núm. 117: «docemus tunc censerí aliquid factum in fraudem creditorum (...) quando per illum diminuímus de patrimonio nostro, non quando (...) nolle lucrari».

¹⁰⁵ MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, Emilio, comentario al artículo 23, en *Comentarios al Código de Sucesiones*, *ob. cit.*, I, p. 76. Lo mismo vale para el artículo 1001 del Código Civil: O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, comentario al artículo 1001, en *Comentario del Código Civil*, *ob. cit.*, p. 2372; VALPUESTA FERNÁNDEZ, María Rosa, en CAPILLA, F. y otros (coord.), *Derecho de sucesiones*, Valencia, 1992, p. 540; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, en LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Elementos de Derecho civil V. Derecho de sucesiones*, Barcelona, 1993⁵, p. 83; DÍEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil*, IV, Madrid, 1997⁷, p. 544.

pone de manifiesto la insuficiencia de una protección basada únicamente en la inoponibilidad ¹⁰⁶.

Ya que el funcionamiento del artículo 340.3 de la Compilación tiene como fundamento la noción de perjuicio, no darán lugar a su aplicación las liberalidades de uso (arts. 55.b del Código de Familia y 79.2 del Código de Sucesiones) o regalos de costumbre (art. 355.2 del Código de Sucesiones), en atención a su escasa cuantía. Además, la solución se desprende de estos mismos artículos: si no se contabilizan a los efectos de determinar las ganancias en el régimen económico de participación, no son obstáculo a la privación de la facultad de disponer de los bienes objeto de heredamiento simple ni son tenidos en cuenta en la computación legitimaria, no se observa ninguna razón, por su irrelevancia económica, que abogue porque sean objeto de la protección a los acreedores ¹⁰⁷.

La aplicabilidad del artículo 340.3 resulta, por otra parte, favorecida en algunos supuestos legales, concretamente en aquellos en que se contienen presunciones de donación. Así, cuando los cónyuges no consiguen demostrar el carácter oneroso del negocio que han celebrado, el negocio se reputará gratuito (art. 11 del Código de Familia); la declaración de concurso o de quiebra de uno de los cónyuges provoca que los negocios onerosos realizados durante el año anterior a la declaración o a la fecha de retroacción se presuman gratuitos (art. 12 del Código de Familia); o la presunción de la donación de la contraprestación del artículo 39 del Código de Familia. En todos ellos, si no se logra enervar la presunción de donación, deviene aplicable el artículo 340.3 ¹⁰⁸. Lo mismo que si se declara judicialmente la simulación de una donación bajo la apariencia de un negocio a título oneroso.

3. EL PERJUICIO DEL ACREEDOR

El tercer supuesto consiste en que el acto de disposición a título gratuito perjudique al acreedor. El perjuicio constituye el elemento nuclear alrededor del cual se articula la protección del artículo 340.3 de

¹⁰⁶ Como gráficamente sostiene BADOSA COLL, *Dret d'obligacions, ob. cit.*, p. 212, y salvando por ahora la referencia a la ineficacia, «[s]ense la subrogació dels creditors en la facultat d'acceptar l'herència deferida al seu deutor, serà inútil la ineficàcia de la seva repudiació».

¹⁰⁷ En el mismo sentido, ROCA SASTRE, «La acción», *ob. cit.*, p. 14; PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Fundamentos, ob. cit.*, p. 85; EGEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 817; ROCA TRÍAS, en PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Instituciones, ob. cit.*, p. 176.

¹⁰⁸ PINTÓ RUIZ, «Los bienes», *ob. cit.*, p. 115; HERRERO GARCÍA, «Los contratos», *ob. cit.*, p. 338, nota 231; PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Fundamentos, ob. cit.*, p. 79; PUIG SALELLAS, *ob. cit.*, p. 309; EGEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pp. 320-321; YSÀS SOLANES, María, comentario a los arts. 12 y 23 de la Compilación, en *Comentaris a les reformes del dret civil català, ob. cit.*, pp. 268 y 327; CASANOVAS MUSSONS, comentario al artículo 18 de la Compilación, *ob. cit.*, pp. 165 y 169; NAVAS NAVARRO, «La norma protectora», *ob. cit.*, p. 1604, «Contratación», *ob. cit.*, p. 5 y nota 28, y *El régimen, ob. cit.*, p. 97; ROCA TRÍAS, en PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Instituciones, ob. cit.*, p. 650.

la Compilación, una vez que se prescinde de la noción de fraude¹⁰⁹. El perjuicio del acreedor o *eventus damni* viene determinado por la disminución o la desaparición de la garantía patrimonial de la responsabilidad del deudor. En palabras de Roca Sastre, «que la donación origine o agrave la insolvencia del donante deudor»¹¹⁰. El perjuicio lo propicia la alteración en la composición del patrimonio: la salida de bienes sin la correspondiente contraprestación conlleva un empobrecimiento, una insuficiencia patrimonial que provoca que los créditos resulten incobrables, como indica el propio artículo 340.3 («que carezcan de otros recursos legales para su cobro»), ya que el patrimonio del deudor —sus bienes presentes y futuros— constituyen la garantía última de la efectividad de los créditos (arts. 1911 del CC y 34.1 del Código de Sucesiones). Así ha definido Badosa Coll el perjuicio derivado de los actos dispositivos del deudor: «la *disminució de la solvència executable* del deutor per sota del nivell de cobertura dels deutes, que dóna lloc a la *incobrabilitat dels crèdits contra ell*»¹¹¹. En definitiva, se trata de que mengüe la solvencia del deudor o que devenga insolvente¹¹², sin que, no obstante, sea necesaria la carencia de bienes para satisfacer todas las deudas¹¹³. Ni se exige una insolvencia declarada —es decir, no estamos frente a procedimientos concursales—, ni hace falta que resulten incobrables todos los créditos, bastando con el perjuicio de algunos acreedores o del acreedor único¹¹⁴. El perjuicio se mide en relación a la solvencia del deudor

¹⁰⁹ Según CONDOMINES VALLS y FAUS ESTEVE, *ob. cit.*, pp. 363-364, con el artículo 340.3 «[s]e pretende sustituir el sistema romano subjetivo del fraude *ex consilio* por el sistema objetivo del fraude *in re*, o sea, prescindir de la intención o propósito de perjudicar, para fijarse solamente en el perjuicio sufrido por los acreedores, sea cual fuere la causa, resolviendo el conflicto entre los acreedores y el donatario, a favor del *damno* y no del «lucro», haciendo siempre prevalente el interés de aquéllos» (compárese el razonamiento con la enmienda 81 al *Proyecto de Ley* de Compilación transcrito en la nota 50). En el mismo sentido, ROCA SASTRE, «La acción», *ob. cit.*, p. 11, hablará de un «fraude inherente al resultado. Por esta razón la ley, en estas circunstancias, correctamente sólo atiende al resultado (*“ut solus consideretur eventus”*)».

¹¹⁰ ROCA SASTRE, «La acción», *ob. cit.*, p. 14.

¹¹¹ BADOSA COLL, *Dret d'obligacions*, *ob. cit.*, p. 213; más extensamente, pp. 214-216. En su comentario al artículo 59 de la Compilación, *ob. cit.*, p. 355, insiste en que «[e]l perjudici econòmic d'un dret de crèdit és la insolvència del deutor que inutilitza la garantia patrimonial universal del deutor» (art. 34.1 CS).

¹¹² Entendiendo por insolvencia «la alteración del estado patrimonial del deudor consistente en una merma o disminución significativa de la garantía patrimonial» que provoca una lesión o perjuicio del derecho de crédito (ORDUÑA MORENO, *La insolvencia*, *ob. cit.*, pp. 51, 111, 148, 178-180, 204, 209 o 278).

¹¹³ Así lo reconoce la ya citada SAP Lleida de 22 de febrero de 1995, aunque con una redacción perfeccionable: «la acción rescisoria (se refiere, claro está, al art. 340.3 de la Compilación) no se fundamenta en que los bienes deban cubrir la totalidad de la deuda».

¹¹⁴ Que no hace falta la previa declaración de insolvencia lo afirma también en relación al artículo 340.3 LINARES GIL, *ob. cit.*, p. 63. En un sentido similar al del texto, y en referencia a la pérdida del beneficio del plazo, MONTÉS PENADÉS, Vicente-Luis, comentario al artículo 1129, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (Dir. Manuel Albaladejo), t. XV, vol. 2, Madrid, 1981, pp. 130-133. En relación a la acción pauliana, LLEBARÍA SAMPER, Sergio, «Insolvencia civil, “par conditio creditorum” y rescisión de hipoteca. Comentario a la STS de 28 de marzo de 1988», *La Ley*, 1989-3, pp. 921 ss.; MORENO QUESADA, *ob. cit.*, p. 136; ORDUÑA MORENO, *La acción rescisoria*, *ob. cit.*, p. 161;

en el momento del nacimiento de la deuda, por lo que cada acreedor tiene su propio nivel de solvencia; téngase presente que el remedio protector del artículo 340.3 es individual y no colectivo.

El artículo 340.3, como ya he dicho, sólo contempla los actos del deudor de carácter gratuito. Como manifestaron en la tradición jurídica catalana Oliba¹¹⁵ y Fontanella¹¹⁶, el perjuicio es inherente a los actos gratuitos¹¹⁷, por cuanto suponen una pérdida patrimonial sin contraprestación que mantenga la capacidad de pago de las deudas. Cabe invocar el principio *nemo liberalis nisi liberatus* o afirmar que la donación tiene una causa de adquisición insuficiente para justificar el perjuicio del acreedor¹¹⁸.

Sin embargo, y a pesar de que en principio todo acto a título gratuito es perjudicial por naturaleza, porque implica una despatrimonialización y favorece o determina la incobrabilidad de los créditos, hace falta que exista lo que se ha descrito como un nexo de causalidad entre la donación y el efectivo y concreto perjuicio sufrido por el acreedor. En efecto, el cometido del artículo 340.3 de la Compilación es evitar el perjuicio del acreedor, razón por la que aquel acto gratuito debe haber causado el perjuicio. Si la donación no afecta la garantía patrimonial, porque el deudor conserva bienes suficientes para satisfacer a sus acreedores, no resultará afectada por el artículo 340.3, aunque después los créditos devengan incobrables por otros motivos. Y a la inversa, si la donación ocasionó un perjuicio pero en el momento del pago de los créditos el deudor ha recuperado la solvencia, es obvio que tampoco será de aplicación el artículo 340.3, ya que entonces faltará el presupuesto del perjuicio¹¹⁹. En cuanto a los problemas de prueba, y teniendo en cuenta lo que diré en el próximo epígra-

SANCHO REBULLIDA, *ob. cit.*, p. 252; GIL RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, p. 337; ALBALADEJO, *ob. cit.*, pp. 216-217; CRISTÓBAL MONTES, *ob. cit.*, p. 73.

¹¹⁵ OLIBANUS, *ob. cit.*, § *si quis in fraudem*, núm. 7: «nam si alienatio sit facta titulo lucrativo, sufficit debitoris fraus, & sufficit re & eventu fraudatum creditorum».

¹¹⁶ FONTANELLA, *ob. cit.*, claus. IV. gl. IX, pars V, núm. 104: «in causis lucrativis (...) sufficit fraudem adesse re, effectu & eventu, quamvis non adsit consilium, & propositum fraudandi».

¹¹⁷ EGEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 819; BADOSA COLL, comentario al artículo 59 de la Compilación, *ob. cit.*, p. 355; NAVAS NAVARRO, *El régimen*, *ob. cit.*, p. 61; ROCA TRÍAS, en PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Instituciones*, *ob. cit.*, p. 174.

¹¹⁸ ROCA SASTRE, «L'acció pauliana», *ob. cit.*, p. 137, y EGEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 815, respectivamente. Véase, también, ROCA TRÍAS, en PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *ob. cit.*, p. 174.

¹¹⁹ La necesidad de un nexo de causalidad —con esta misma expresión— la formuló ROCA SASTRE, «La acción», *ob. cit.*, p. 14, y ha sido aceptada con generalidad: PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Fundamentos*, *ob. cit.*, p. 86; EGEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pp. 819-820; ROCA TRÍAS, en PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Instituciones*, *ob. cit.*, p. 176. Pero ya antes la jurisprudencia se había manifestado en esta dirección: así, las SsTS de 31 de enero de 1861, 29 de septiembre de 1865, 29 de diciembre de 1870, 7 de abril de 1916 y 13 de mayo de 1952 (citadas *supra* notas 30, 39 y 45 cuando he abordado los problemas de interpretación derivados de si la constitución *Per tolre fraus* había suprimido la insinuación de Derecho romano, sentencias que negaron la aplicación de la constitución por falta de perjuicio) y la Sentencia del Tribunal de Casación de Cataluña de 11 de diciembre de 1936 [Atés séptimo: «no havent esdevingut insolvent la senyora C. i B. (...) no pogué perjudicar el creditor»]. Hay que tener en cuenta, por otro lado, la ponderación de intereses que presupone el expediente de la inoponibilidad entre la validez del acto de disposición a

fe, debe señalarse ahora que al acreedor le corresponde acreditar la existencia del acto de disposición a título gratuito y el perjuicio que le ha ocasionado, mientras que el donante o el donatario tendrán que romper, en su caso, el nexo de causalidad ¹²⁰.

Definido como la disminución de la garantía patrimonial que provoca o aumenta la incobrabilidad de los créditos, no existirá perjuicio si los créditos continúan siendo cobrables a pesar del acto de disposición gratuito. Una situación como ésta es posible si los créditos gozan de algún tipo de garantía, tanto si se trata de una garantía de tipo personal –aval, fianza– como real, y siempre que la garantía sea suficiente para la realización efectiva de los créditos ¹²¹. Igualmente, si se trata de una deuda solidaria, la existencia del perjuicio dependerá de la solvencia o insolvencia del resto de deudores solidarios, de modo que el recurso al artículo 340.3 de la Compilación no vendrá determinado, entonces, sólo por la disminución de la garantía patrimonial derivada de la realización de un acto de disposición a título gratuito, sino también por la situación de solvencia de los codeudores, por más que en tal caso la prueba, como se verá a continuación, no deberá de ser tan exigente ¹²².

título gratuito y la evitación del perjuicio del acreedor, tema que será objeto de mayor atención *infra*, IV.2.

¹²⁰ ROCA SASTRE, «La acción», *ob. cit.*, p. 14, consideraba que la «prueba del *eventus damni* compete al propio acreedor al ejercitar la acción». A este respecto, ROCA TRÍAS, en PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Institucions*, *ob. cit.*, p. 174, a partir de la consideración de que «l'art. 340.3 es fixa únicament en el perjudici», concluye que «se supera la presunción de frau que apareix en l'art. 1297 CC i es passa a una presumpció de perjudici, de manera que tot acte gratuít del deutor, posterior, evidentment, al crèdit, perjudicarà el creditor». No obstante, no es tan claro que se articule una verdadera presunción, ya que la actividad del donante o del donatario no ha de dirigirse a negar el carácter perjudicial del acto, porque tal carácter, como ya he indicado, es inherente a los actos gratuitos, sino que tiene que consistir en desvirtuar dicho nexo de causalidad.

¹²¹ ROCA SASTRE, «La acción», *ob. cit.*, p. 16; PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Fundamentos*, *ob. cit.*, p. 87; EGEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 820; ROCA TRÍAS, en PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Institucions*, *ob. cit.*, p. 176. En este sentido, ha afirmado ORDUÑA MORENO, *La insolvencia*, *ob. cit.*, p. 121, que «la garantía de la obligación excluye la constatación de la insolvencia como lesión del derecho de crédito» (también p. 122, nota 123).

¹²² Entiendo que la existencia de codeudores solidarios (uno de los «otros recursos» para cobrar a que se refiere el inciso final del art. 340.3) constituye tema de perjuicio del acreedor y no de subsidiariedad del remedio protector, aunque ambos aspectos se encuentren estrechamente vinculados [para la acción pauliana, DE CASTRO, «La acción pauliana», *ob. cit.*, p. 214: «[p]ara que el acreedor pueda hacer uso de la acción revocatoria, se necesita que se dé esta situación: falta de cumplimiento (por parte del deudor, de un tercero o por un hecho), e imposibilidad de pedir, con éxito, el cumplimiento forzoso por el procedimiento ejecutivo (sobre los bienes del deudor [insolvencia] o sobre los de su fiador, codeudor solidario o sobre garantías reales»; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *ob. cit.*, pp. 1268-1269, donde hace referencia a la «correlación que ha de existir entre la “insolvencia del deudor” (perjuicio del acreedor) y el “carácter subsidiario de la acción”»]. El tema es de relativa actualidad a raíz de la STS de 3 de octubre de 1995 y los comentarios que le han dedicado MARTÍN PÉREZ en CCJC y FERNÁNDEZ CAMPOS en *La Ley*, antes citados (notas 62 y 64). Mientras este último autor, destacando agudamente la contradicción en que incurre la sentencia, afirma que «la solvencia de éstos [los codeudores solidarios] no es irrelevante a los efectos del éxito de la acción pauliana» (p. 1452), MARTÍN PÉREZ intenta aportar argumentos «para defender el ejercicio de la rescisión contra un codeudor solidario con independencia de la solvencia del resto» (p. 175). Personalmente, creo que la clave de la cuestión

4. LA SUBSIDIARIEDAD DEL REMEDIO PROTECTOR DEL ARTÍCULO 340.3 DE LA COMPILACIÓN

El artículo 340.3 de la Compilación finaliza con el inciso «siempre que carezcan de otros recursos legales para su cobro». Constituye opinión común que con esta prevención se hace referencia al carácter subsidiario de la protección que este artículo ofrece a los acreedores, quienes sólo podrán acudir a él una vez agotada toda otra posible vía de satisfacción de sus créditos¹²³. Del mismo modo, se advierte que la subsidiariedad representa una novedad de la Compilación, por cuanto tal característica era ausente del sistema derivado de la constitución *Per tolre fraus*¹²⁴. Afirmación que es cierta si se compara la literalidad de ambos preceptos. Antes se ha destacado que esta coletilla final del artículo 340.3 no aparece hasta los últimos instantes de la tramitación del *Proyecto de Ley de Compilación del Derecho civil de Cataluña*, desde donde se incorpora al texto definitivamente aprobado por las Cortes españolas¹²⁵. Resulta significativa, en este contexto, la comparación entre los dos artículos que dedicó a la materia Roca Sastre, uno anterior a la Compilación y, por tanto, vigente la constitución *Per tolre fraus*, y el otro inmediatamente posterior a la promulgación de la Compilación. Así, en el primero no sólo no hace mención alguna a una hipotética subsidiariedad de la protección de los acreedores construida mediante dicha constitución, sino que se esfuerza en separarlo de la acción pauliana, presentándolo como un recurso distinto que, si no excluye la utilización de la pauliana, sí que la convierte en inútil cuando se trata de la reacción frente a actos a título gratuito, por cuanto significa un mecanismo de defensa más directo y sencillo al prescindir de la noción de fraude¹²⁶. En el segundo, considera al artículo 340.3, a pesar de recordar el precedente de la constitución, a manera de refuerzo de la acción pauliana, refiriéndose a la objetivización del fraude, calificando la acción de revocatoria, lo que le permite afirmar que «[e]l artículo 340,3, de la Compilación (...) no (...) rebasa el cauce propio de la acción revocatoria o pauliana en las donaciones, ya que se limita a reforzarla»¹²⁷.

radica, como reconoce el propio MARTÍN PÉREZ (p. 176), en la noción de perjuicio y «en la posibilidad y utilidad real, que no hipotética» de esta otra vía de obtener el cobro que es la existencia de codeudores solidarios.

¹²³ ROCA SASTRE, «La acción», *ob. cit.*, p. 15; PINTÓ RUIZ, «Los bienes», *ob. cit.*, p. 76, nota 6, y voz «Insinuación», *ob. cit.*, p. 864; PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Fundamentos*, *ob. cit.*, p. 87; EGEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 820; ROCA TRÍAS, en PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Instituciones*, *ob. cit.*, p. 176. Con el matiz que no coincide completamente con la subsidiariedad del artículo 1294 del Código Civil, LINARES GIL, *ob. cit.*, p. 62.

¹²⁴ Especialmente crítico, PINTÓ RUIZ, «Los bienes», *ob. cit.*, pp. 76-77, notas 6, 108, 73, 141-142 y 149, así como voz «Insinuación», *ob. cit.*, p. 864. El autor considera que este «injerto de subsidiariedad» debilita el automatismo de la protección, porque obliga a acudir ante los órganos de la administración de justicia, y la eficacia jurídica del remedio protector. Veremos en el texto si la crítica se corresponde con la realidad.

¹²⁵ *Supra*, nota 50 y texto correlativo.

¹²⁶ ROCA SASTRE, «L'acció», *ob. cit.*, pp. 123 ss.

¹²⁷ ROCA SASTRE, «La acción», *ob. cit.*, p. 3 ss.; la cita en la p. 12. En el mismo sentido, esto es, que se pretende reforzar la pauliana, CONDOMINES VALLS y FAUS ESTEVE, *ob. cit.*, p. 363.

El cambio de criterio del autor se debe, probablemente, como ya he apuntado antes, a las circunstancias en que se gestó la Compilación y a la necesidad legal de adaptarse y amoldarse al contenido del Código Civil. La protección tradicional de la constitución *Per tolre frauds*, que había nacido como mecanismo de superación de las carencias de la acción pauliana, se acaba integrando en ésta por razón de las peculiaridades del proceso compilador. La muestra más evidente de ello la proporciona este inciso final del artículo 340.3, plenamente coincidente con el del artículo 1291.3 del Código Civil, dedicado a la rescisión de los actos realizados en fraude de acreedores, y con el artículo 1294 del Código Civil.

Sin embargo, la pregunta clave que hay que formularse es qué aporta, qué innovación real introduce esta subsidiariedad de la protección de los acreedores *ex* artículo 340.3 de la Compilación. Pues bien, en mi opinión, este inciso final del artículo no modifica para nada el sistema tradicional catalán de protección de los acreedores y, por consiguiente, la tan comentada subsidiariedad no constituye, en realidad, ni tan sólo un verdadero requisito para acceder a esta protección.

En efecto, tanto en la tradición jurídica catalana cuanto en el Derecho vigente, la noción esencial es el perjuicio del acreedor. Ambos preceptos, la constitución *Per tolre frauds* y el artículo 340.3 de la Compilación, contienen la expresión «no perjudicarán». El perjuicio ha sido definido en el apartado anterior como la disminución de la garantía patrimonial *ex* artículo 1911 del Código Civil, su agravación o su definitiva insolvencia, que provoca la incobrabilidad del crédito. Si se acepta este concepto de perjuicio, y nos hallamos ante un mecanismo protector que prescinde de la noción de fraude y se centra en el *eventus damni*, la subsidiariedad carece de significación propia. La ausencia de otros recursos legales para el cobro que parece exigir solemnemente el inciso final del artículo 340.3 de la Compilación no es más que el propio perjuicio, porque si existen otros medios legales para cobrar, sean otros bienes del deudor, sean garantías personales o reales, sean codeudores solidarios, que permitan al acreedor satisfacer sus créditos, lo que sucede es que no hay perjuicio y, por consiguiente, no hay posible aplicación del artículo 340.3. La subsidiariedad se diluye en el perjuicio, sobre todo cuando el sistema de protección se articula exclusivamente sobre la base de la lesión económica del crédito, y pierde toda hipotética autonomía. Por lo tanto, la subsidiariedad no constituye requisito alguno del artículo 340.3 diferente del perjuicio, de modo que el inciso final del artículo carece de cualquier transcendencia jurídica. La clave, insisto en ello una vez más, se halla en el perjuicio del acreedor.

Entonces, el problema radica en cómo debe de acreditarse el perjuicio o, en otras palabras, que los acreedores carecen de otros recursos legales para obtener el cobro. En general, se tiende a facilitar la prueba de la insolvencia o de la insuficiencia de bienes con que responder del pago de las deudas, a partir de la constatación, no por obvia menos lógica, que si el acreedor conociera la existencia de otros bienes con que conseguir su

satisfacción no se expondría a la incertidumbre que siempre planea sobre el resultado de los procedimientos judiciales. La STSJ Cataluña de 30 de enero de 1992¹²⁸ considera que la existencia de perjuicio para los acreedores «es cuestión de hecho sometida a la libre apreciación del Tribunal sentenciador, no es necesario obtener la declaración previa de que el perjudicado carece de todo otro recurso, antes de ejercer la acción rescisoria» y que, habiendo resultado infructuosa la ejecución de una finca por haber sido donada, «se llega a la conclusión de que el Banco había agotado todos los medios a su alcance para cobrar su crédito». Además, en la SAP Barcelona (Sección Primera) de 15 de junio de 1991¹²⁹, el recurso de casación contra la cual resolvió la anterior STSJ, los demandados aportaron dos certificaciones, limitadas al año de 1985, que se referían a un depósito bancario y a la titularidad de un paquete de acciones de una razón social que no cotizaba en bolsa, que no fueron tenidas en cuenta «al no constar prueba alguna sobre el devenir histórico de tales bienes y su disponibilidad para atender con carácter prioritario al cumplimiento de la obligación que aquí se reclama». Aún en la jurisprudencia menor, la SAP Barcelona (Sección Decimoquinta) de 6 de abril de 1990 razona que «[n]o se ha acreditado la existencia de recursos de la donante (incomparecida en las actuaciones) sobre los que los acreedores pudieran hacer efectivos sus créditos»; y, en la ya citada SAP Lleida de 22 de febrero de 1995, los demandados sólo alegan la existencia de un vehículo «cuyo valor no han probado, pero a todas luces insuficiente, teniendo en cuenta la antigüedad del mismo».

Se observa, en consecuencia, una evidente laxitud en la acreditación del perjuicio. Al acreedor le basta con probar el desconocimiento de otros bienes que los que ha perseguido infructuosamente. Tendrá que ser, entonces, el deudor —o el donatario— quien aporte datos concretos y efectivos de otros elementos patrimoniales de valor suficiente para hacer frente a las deudas origen del litigio con el fin de evitar la aplicación del mecanismo protector del artículo 340.3 de la Compilación. Y es que, al cabo, el acreedor que se refugia en este artículo ha de acreditar el perjuicio: si lo hace, ya está manifestando que ignora la existencia de otros bienes o recursos legales que eviten la incobrabilidad de sus créditos, por cuanto si ha conseguido demostrar el perjuicio habrá puesto de relieve la insolvencia del deudor y la imposibilidad de su satisfacción. Y si hay que aplaudir este favorecimiento de la aplicación del artículo 340.3¹³⁰ —merece tenerse

¹²⁸ *RJC, Jurisprudència*, 1992 (ponente: Sr. Somalo Giménez), pp. 308-312.

¹²⁹ *RJC, Jurisprudència*, 1991 (ponente: Sr. Fernández), pp. 990-991.

¹³⁰ La doctrina que ha analizado la acción pauliana se muestra coincidente con estas apreciaciones: ORDUNA MORENO, «La acción», *ob. cit.*, pp. 80-82; CASTÁN y GARCÍA CANTERO, *ob. cit.*, pp. 332-333; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *ob. cit.*, pp. 1267-1268; Díez-PICAZO, *ob. cit.*, II, pp. 738-739; ALBALADEJO, *ob. cit.*, II-1, pp. 217-219; FERNÁNDEZ CAMPOS, *ob. cit.*, pp. 1452-1453; GIL RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, pp. 337-338; CRISTÓBAL MONTES, *ob. cit.*, pp. 72-76. En la jurisprudencia reciente, véase la STS de 24 de diciembre de 1996, *RAJ* 9375, ponente: Sr. Marina Martínez-Pardo, con abundante cita de sentencias anteriores.

en cuenta, además, que los costes de información sobre la composición real del patrimonio del deudor son más elevados para el acreedor que para el propio donante-, aún más debe ser así cuando, como he apuntado antes, la efectividad del perjuicio dependa de la existencia de acreedores solidarios o de garantías personales, por lo que se refiere a la respectiva solvencia de éstos.

IV. LA INOPONIBILIDAD

1. EFICACIA JURÍDICA, INEFICACIA E INOPONIBILIDAD

En el estudio que se ha desarrollado en las páginas anteriores sobre el artículo 340.3 de la Compilación, se ha defendido que la protección de los acreedores frente a los actos de disposición a título gratuito de sus deudores que en él se articula toma como eje la figura de la inoponibilidad. Se ha señalado que aquello que se pretende es que los acreedores permanezcan inmunes a tales actos de disposición, de modo que mantengan el mismo patrimonio de responsabilidad con que contaban hasta la realización de dicho acto y no resulten perjudicados por la actitud del deudor. Pues bien, a partir de este momento hay que perfilar la figura de la inoponibilidad para, de este modo, ofrecer una visión completa sobre el sistema de protección de los acreedores en el artículo 340.3.

Esta presentación de la inoponibilidad, a partir de una norma de protección de los acreedores, aún más si recordamos otros supuestos legales a los que he efectuado una referencia abundante como los artículos 1317 y 1937 del Código Civil, permite una primera constatación: se trata de proteger a determinadas personas ante los resultados que otras personas intentan conseguir con la realización de unos concretos actos jurídicos. De manera más precisa, se persigue inmunizar frente a los efectos jurídicos de tales actos, y con la finalidad de evitar que esos efectos perjudiquen una posición jurídica preexistente. Por consiguiente, debemos de situarnos en sede de eficacia de los actos jurídicos.

Con todo, son posibles, y así se pone de manifiesto en la doctrina, dos aproximaciones distintas, a pesar de las apariencias, al tema. La primera supone entender que esta inmunidad frente a los efectos supone que el acto jurídico en cuestión es *ineficaz* con respecto al sujeto o sujetos protegidos, y conduce a una expresión de uso harto frecuente: la *ineficacia relativa*. La segunda parte de la situación de los terceros frente a un acto jurídico en el que no han sido parte, ni originariamente ni como cesionarios o sucesores, y de cómo resultan o no afectados por la actuación jurídica ajena, y entonces se habla de *oponibilidad* o *inoponibilidad* del acto jurídico. Hay que reconocer, sin embargo, y sin perjuicio de las observaciones que voy a efectuar en páginas venideras, que con frecuencia *ineficacia relativa* e *inoponibilidad* son utilizadas como sinónimas, porque en

definitiva, a pesar de la distinta denominación, se intenta designar el mismo fenómeno.

1.1 La ineficacia relativa

En cuanto expresión de significación jurídica, la ineficacia relativa es una figura conocida y utilizada por la doctrina española, que configura de tal modo diversos supuestos, como la actuación jurídica del *falsus procurator*¹³¹ o la renuncia a la prescripción ganada¹³². Su origen se halla en Alemania, donde se incorpora por primera vez a un texto legal en el § 107 del primer proyecto de BGB¹³³, precepto relativo a la prohibición de disponer establecida en negocio jurídico, legalmente o por la autoridad judicial a favor de persona determinada¹³⁴. Infringida la prohibición, se prevé la ineficacia relativa de la disposición efectuada en favor del beneficiario de aquélla. Los *Motive* lo justifican de la siguiente manera: «[d]ie einfache und zugleich zweckmäßigste Gestaltung ist sichtbar diejenige der relativen Unwirksamkeit; das Veräußerungsgeschäft geht seinem Weg, soweit es mit dem Rechte des Geschützten nicht in Widerspruch tritt, ist diesem gegenüber aber, soweit ein Widerspruch vorliegt, unwirksam»¹³⁵.

¹³¹ LADARIA CALDENTEY, J., *Legitimación y apariencia jurídica*, Barcelona, 1952, pp. 3 y 4: «[c]uando, sin legitimación para ello, se realiza un acto que tiende a producir sus efectos en una esfera jurídica ajena, tal acto es ineficaz y, además, irrelevante para el titular de dicha esfera»; NÚÑEZ-LAGOS, Rafael, «La ratificación», *RDN*, enero-marzo 1956, p. 39: «[e]l negocio es ineficaz de pleno derecho sólo respecto del *dominus* (ineficacia relativa) (...) El contrato es perfecto, pero totalmente ineficaz sólo para el *dominus* hasta la ratificación»; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, «Naturaleza y situación del contrato del “falsus procurator”», *ADC*, 1976, p. 1067: «hasta tanto ese *dominus* dé su consentimiento a tal disposición —ratifique el negocio—, éste es para aquél «res inter alios acta», irrelevante jurídica y efectualmente; es decir, ineficaz, privado de los efectos típicos»; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *ob. cit.*, p. 32, nota 18: «irrelevancia del negocio frente a la persona en cuyo nombre se formula indebidamente una declaración de voluntad, irrelevancia o *ineficacia relativa*»; DíEZ-PICAZO, Luis, *La representación en el derecho privado*, Madrid, 1979, p. 223: «las categorías teóricas que expresan mejor la calificación que merece el acto del representante sin poder son las de “ineficacia relativa” e “irrelevancia”. Se designa con ello un acto que no produce ninguna clase de efecto en la esfera jurídica de una persona —de aquí su «relatividad»— y que es por ello irrelevante, aunque puede producir efectos entre otros o para otros» (lo mismo en el comentario al art. 1259, en MINISTERIO DE JUSTICIA, *Comentario del Código Civil*, *ob. cit.*, t. II, p. 440). En contra, GORDILLO, Antonio, *La representación aparente*, Sevilla, 1978, pp. 328 ss., que lo considera un caso de nulidad, aunque no rechaza como categoría a la inoponibilidad (por ejemplo, pp. 33 o 422-423).

¹³² DíEZ-PICAZO, Luis, comentario al artículo 1937, en MINISTERIO DE JUSTICIA, *Comentario del Código Civil*, *ob. cit.*, t. II, p. 2092; RODRÍGUEZ MORATA, *ob. cit.*, pp. 197, 203, 205 o 210-211.

¹³³ «Die durch Rechtsgeschäft oder durch Urtheil oder im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung erfolgende Übertragung oder Aufhebung eines Rechtes und Belastung einer Sache oder eines Rechtes, durch welche gegen ein nur zum Schutze des Interesses bestimmter Personen dienendes gesetzliches oder gerichtliches Veräußerungsverbot verstoßen wird, ist gegenüber diesen Personen unwirksam».

¹³⁴ Así lo explica BEER, Hubert, *Die relative Unwirksamkeit*, Berlin, 1975, pp. 19, notas 33 y 79.

¹³⁵ *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Band I (Allgemeiner Theil), Berlin-Leipzig, 1888, § 107, p. 212.

El vigente § 135 BGB recoge estas ideas así: «[v]erstoßt die Verfügung über einen Gegenstand gegen ein gesetzliches Veräußerungsverbot, das nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt, so ist sie *nur diesen Personen gegenüber unwirksam*» (§ 136 por lo que se refiere a la prohibición de disponer administrativa, § 137 para la prohibición negocial).

Esta circunstancia, es decir, que la introducción legal de la *relative Unwirksamkeit* haya venido vinculada a una concreta figura jurídica como es la prohibición de disponer en favor de persona determinada —que supone una carencia relativa de poder de disposición—, ha afectado negativamente al desarrollo teórico de esta modalidad de ineficacia¹³⁶, porque, a pesar de existir otros supuestos que algunos autores han calificado de este modo¹³⁷, ha provocado que los esfuerzos de la doctrina se hayan centrado en resolver la difícil problemática que plantea el supuesto, en concreto cómo recupera el poder de disposición el afectado por la prohibición en un sistema de adquisición de la propiedad por la sola tradición¹³⁸. Ello conlleva que buena parte de las aportaciones que ha realizado la doctrina alemana no sean trasladables a nuestro país.

La opinión común en Alemania, por lo que ahora nos importa, considera que la ineficacia relativa o subjetiva-relativa¹³⁹ constituye un mecanismo de protección de determinadas personas en particular, que supone la ineficacia para aquel sujeto protegido, y sólo para él, del acto jurídico que perjudica su posición jurídica, mientras que es perfectamente eficaz para el resto de personas¹⁴⁰. Se configura, por tanto, como un mecanismo

¹³⁶ Por este motivo BEER, *ob. cit.*, p. 94, se refiere a la necesidad de romper la dependencia de la *relative Unwirksamkeit* respecto de la *Veräußerungsverbot*.

¹³⁷ Un catálogo de otros posibles supuestos de ineficacia relativa en BEER, *ob. cit.*, pp. 116 ss. y 189 ss., y MAYER-MALY, Theo, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 1, § 135, München, 1993³, pp. 1114-1116.

¹³⁸ Un resumen de las distintas teorías formuladas en BÜLOW, Peter, «Grundfragen der Verfügungsverbote», *JuS*, 1994-1, pp. 7 y 8; KÖHLER, Jürgen, en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Erstes Buch (Allgemeiner Teil, §§ 134-163), Berlin, 1996¹³, § 135, pp. 137-139.

¹³⁹ KIPP, Theodor, en WINDSCHEID, Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Erster Band, neunte Auflage von Dr. Theodor Kipp, Frankfurt am Main, 1906, p. 433; BEER, *ob. cit.*, p. 116; KÖHLER, *ob. cit.*, p. 137.

¹⁴⁰ KIPP-WINDSCHEID, *ob. cit.*, p. 433: «nur der Person gegenüber unwirksam (...) das Rechtsgeschäft von dem durch das Verbot Geschützten als unwirksam behandelt werden kann, während allen anderen Personen gegenüber es wirksam ist»; TUHR, Andreas von, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, zweiter Band, erste Hälfte, München und Leipzig, 1914, p. 327: «[r]elativ unwirksam ist ein Geschäft, wenn es nur bestimmten Personen gegenüber unwirksam, im übrigen aber wirksam ist»; ENNECERUS, Ludwig, *Derecho civil (parte general)*. Decimoquinta revisión por Hans Carl Nipperdey. Traducción de la 39.ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas Pérez González y José Alguer. Tercera edición al cuidado de A. Hernández Moreno y María del Carmen Gete-Alonso, vol. 2.º, segunda parte, Barcelona, 1981, p. 730: «[c]omo relativamente ineficaces se deben calificar aquellos negocios cuyos efectos jurídicos se producen, pero con la limitación de que ciertos intereses de una persona, que la ley quiere proteger, quedan a salvo del mismo modo que si el negocio fuera absolutamente ineficaz. En tales casos la ley califica el negocio de ineficaz frente a ese interesado» (véase también vol. 2.º, primera parte, pp. 53-57); RUHWEDDEL, Edgar, «Grundlagen und Rechtswirkungen sogenannter relativer Verfügungsverbote», *JuS*, 1980-3, p. 165: «“relativen”, d. h. nur zugunsten einer bestimmten

de protección de estas concretas personas, que deja inmodificada en cuanto al resto la eficacia típica y propia del acto jurídico en cuestión. Por lo tanto, se entiende que se trata de una forma o tipo de ineficacia, al lado de la nulidad o la anulabilidad ¹⁴¹.

¿En qué se traduce, entonces, esta ineficacia relativa o subjetiva-relativa, qué efectos comporta? Si, para el sujeto protegido, el acto jurídico realizado es ineficaz, o sea, no le genera efectos, el disponente sigue siendo, sólo para él, el propietario de la cosa enajenada, igual que si el acto no se hubiera llevado a cabo ¹⁴². Si el acto es ineficaz, ello significa que no provoca su eficacia típica. O, en palabras probablemente más precisas desde un punto de vista técnico, se mantiene inalterado el patrimonio de responsabilidad ¹⁴³.

Person abrufbaren Unwirksamkeit»; HÜBNER, Heinz, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlin-New York, 1985, p. 390: «[d]ie relative Unwirksamkeit läßt zwar die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes der *Allgemeinheit* gegenüber unberührt, das Rechtsgeschäft wird jedoch zum *Schutz einer oder mehrerer beteiligter Personen* diesen gegenüber als unwirksam behandelt»; LARENZ, Karl, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, München, 1989⁷, p. 471: «[u]nter “relativer Unwirksamkeit” einer Verfügung versteht das Gesetz, daß sie zwar grundsätzlich wirksam, aber im Verhältnis zu einer bestimmten Person insoweit unwirksam ist, als sie der Verwirklichung eines dieser Person dem Verfügenden gegenüber zustehenden Anspruchs oder einer von ihr ausgehenden Vollstreckungsmaßnahme entgegensteht»; MAYER-MALY, *ob. cit.*, p. 1116: «[n]ur gegenüber den zu schützenden Personen sollte die verbotswidrige Verfügung unwirksam sein»; BÜLOW, *ob. cit.*, p. 7: «[r]elative Unwirksamkeit bedeutet, wie § 135 I 1 bestimmt, daß die Verfügung nur des geschützten Person gegenüber unwirksam ist; folglich tritt gegenüber anderen, neutralen Personen die gewollte Rechtsänderung ein»; SCHACK, Haimo, *BGB Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 1995⁷, p. 96: «[e]ine verbotswidrige Verfügung ist nicht gegenüber jedermann, sondern nur gegenüber dem durch das Verbot Geschützten unwirksam, § 135 I 1 (relative Unwirksamkeit)»; GIESEN, Dieter, *BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre*, Berlin-New York, 1995², p. 257 (también p. 258): «ist ein relativ unwirksames Rechtsgeschäft nur gegenüber *einer bestimmten Person* unwirksam, für alle anderen Teilnehmer am Rechtsverkehr dagegen rechtlich wirksam. Die Rechtsfigur der relativen Unwirksamkeit bezweckt also den Schutz bestimmter Einzelpersonen, die durch ein Rechtsgeschäft zwischen zwei oder mehreren anderen einen Nachteil erleiden wurden».

¹⁴¹ Expresamente, BEER, *ob. cit.*, p. 98: «die relative Unwirksamkeit neben den Nichtigkeit, schwebenden Unwirksamkeit und Anfechtbarkeit etc. eine besondere Unwirksamkeitart darstellt». Y HÜBNER, *ob. cit.*, p. 390, indica como única diferencia entre la *relative Unwirksamkeit* y la *Nichtigkeit* que aquella constituye una ineficacia limitada a personas determinadas.

¹⁴² KIPP y WINDSCHEID, *ob. cit.*, p. 433: «[i]st Eigentum übertragen trotz eines Veräußerungsverbot es der hier fraglichen Art, so kann der Geschützte verlangen, als Eigentümer behandelt zu werden»; ENNECERUS y NIPPERDEY, *ob. cit.*, vol. 2.º, primera parte, p. 55: «[s]i C al adquirir no era de buena fe respecto a la prohibición de enajenar, adquiere, no obstante, la propiedad, pues en general la enajenación es válida (...) Pero frente a B no se le considera como propietario (...) la enajenación es ineficaz frente a él, y frente a él, por tanto, A sigue siendo propietario»; MEDICUS, Dieter, *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg, 1994⁶, p. 248: «[f]ür ihn [el protegido] gehört also etwa der verbotswidrig weggegebene Gegenstand weiterhin zum Vermögen seines Schuldners».

¹⁴³ FLUME, Werner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band. Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1979³, p. 356: «[i]n allen Fällen relativer Verfügungsverbote geht es nur darum, für den durch das Verfügungsverbot Geschützten die Möglichkeit eines Anspruchs hinsichtlich des Gegenstandes des Verfügungsverbot s zu gewährleisten oder ihn den Gegenstand als Haftungsobjekt zu erhalten».

Desde Alemania, la figura de la ineficacia relativa llega a Italia sin que sea objeto de matizaciones importantes, excepto por lo que se refiere al uso como sinónimo de modo preferente del término *inopponibilità*. En este sentido, se entiende que se trata de una modalidad de ineficacia del negocio que presenta la particularidad de referirse sólo a determinados sujetos que resultan protegidos a través de este remedio específico¹⁴⁴.

En la doctrina francesa ha sido decisiva la aportación monográfica de Bastian apenas en los años veinte. Este autor concibe la inoponibilidad específicamente como una «*inefficacité*», como una privación de los efectos de un acto jurídico por razón de los terceros protegidos por la norma¹⁴⁵. A partir de él, la doctrina coincidirá en configurar, igual que en Alemania o Italia, la inoponibilidad como una forma de ineficacia, ideada en especial para la protección de terceras personas, lo que no deja de sorprender si se piensa en la atención que se dedica en sede de efectos de los contratos respecto de terceros a la noción antitética de *opposabilité*¹⁴⁶.

En España, el concepto de ineficacia relativa ha sido también, como sabemos, aceptado por la doctrina. Sistemáticamente, se trata como un supuesto de ineficacia, hasta el punto que incluso aquellos autores que utilizan la denominación «inoponibilidad» destacan el parentesco

¹⁴⁴ Es fundamental la obra de FERRARA SANTAMARIA ya citada, que considera que la ineficacia es relativa «quando il negozio è improduttivo di effetti solo per una determinata persona» (p. 18), añadiendo que, en atención a la existencia de la expresión *inopponibilità*, «per tutti i casi di inefficacia relativa ai terzi, non c'è bisogno di creare nessun neologismo speciale» (p. 19). De manera similar, BETTI, *Teoria general del negozio juridico*, ob. cit., p. 351: «[l]a inoponibilità (al tercero) es también una forma de ineficacia que en el sistema de la ley se coloca junto a la impugnabilidad»; MESSINEO, ob. cit., pp. 311-312: «ineficacia solamente relativa, es decir, de tal índole que el contrato es eficaz bajo cierto aspecto o en las relaciones entre determinados sujetos (las partes) e ineficaz bajo otro aspecto o frente a otros determinados sujetos (los terceros); en este segundo caso, el contrato ha de considerarse y calificarse como *inoponibile a los terceros o a ciertos terceros*»; SANTORO-PASSARELLI, Francesco, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, reimp., 1983, p. 260: «[l]'ineficacia del negozio, o di altro fatto, in genere l'irrelevanza di un rapporto, stabilita della legge a tutela dei terzi, assume il nome specifico di inopponibilità»; TRABUCCHI, ob. cit., pp. 594-595: «casi nei quali l'inefficacia si manifesta specialmente rispetto ad alcuni soggetti (inefficacia relativa). (...) In questi casi, parte della dottrina usa anche il diverso termine di inopponibilità».

¹⁴⁵ BASTIAN, Daniel, *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, París, 1929, pp. 3 («l'inopposabilité est l'inefficacité au regard des tiers»), 4 («pourquoi est-il besoin de priver un acte juridique de ses effets vis-à-vis des tiers?»), 13 («La protection des tiers sera donc obtenue en privant l'acte des effets susceptibles de leur nuire, et l'inopposabilité se traduira par une inefficacité») o 334 («l'inopposabilité se traduit à l'égard du tiers bénéficiaire par l'inefficacité de l'acte critiqué, ou plus exactement des droits qui en naissent»). Parafraseando, la última de las frases citadas podría leerse como la «ineficacia de los efectos».

¹⁴⁶ CARBONNIER, Jean, *Droit civil. 4. Les obligations*, París, 1996²⁰, p. 197: «[l]'inopposabilité, qui est une inefficacité à l'égard des tiers ou de certains tiers, l'acte restant d'ailleurs valable entre les parties»; BÉNABENT, ob. cit., p. 115: «[l]'inopposabilité du contrat aux tiers concerne le cas où un contrat, parfaitement valable entre les parts, ne peut pas être «opposé» aux tiers pour diverses raisons (...) Le contrat est alors d'une efficacité limitée»; MALAURIE y AYNÈS, ob. cit., p. 306: «[l]'inopposabilité est l'inefficacité d'un acte ou d'un droit à l'égard des tiers»; CABRILLAC, ob. cit., p. 63: «[l]'inopposabilité suppose un contrat valable, mais qui ne peut produire d'effets vis-à-vis des tiers».

que guarda con la ineficacia ¹⁴⁷. La peculiaridad de este tipo de ineficacia radica, a diferencia de la ineficacia absoluta ¹⁴⁸, en el hecho de que solamente afecta a los terceros, respecto de los que no genera su eficacia típica, siendo el negocio o acto válido y eficaz plenamente entre las partes. Configurada de este modo la figura, incluso cuando se la llama inoponibilidad, nos hallamos frente a un acto o negocio verdaderamente ineficaz sólo en relación a ciertas personas, mientras que es eficaz con normalidad para el resto ¹⁴⁹.

1.2 Inoponibilidad e ineficacia

La configuración de la inoponibilidad como ineficacia relativa conlleva, pues, que mientras un mismo acto o negocio jurídico, además de válido, es plenamente eficaz para unas personas, entre las cuales figuran —como resulta obvio— las partes intervinientes, resulta ineficaz para otro grupo de personas. En otras palabras, el acto o el negocio es susceptible al mismo tiempo de producir y de no producir efectos jurídicos, de ser eficaz y de ser ineficaz según la esfera de personas que se tome como punto

¹⁴⁷ DELGADO ECHEVERRÍA, *ob. cit.*, vol. 1.º, p. 563: «[e]mparentado con el concepto de ineficacia está el de inoponibilidad, que puede entenderse como una ineficacia relativa, es decir, sólo respecto de ciertos sujetos»; VALPUESTA FERNÁNDEZ, María R., *Derecho de obligaciones y contratos*, Valencia, 1994, p. 421: «[e]n términos generales cuando se habla por inoponibilidad de un contrato se quiere significar la falta de efectos del mismo respecto de terceros; referido este concepto a la ineficacia contractual...»; GARCÍA AMIGO, Manuel, *Lecciones de derecho civil II. Teoría general de las obligaciones y contratos*, Madrid, 1995: «[i]neficacia frente a terceros, también llamada inoponibilidad, que es un supuesto *sui generis* de ineficacia, ya que entre las partes tales contratos han producido todos sus efectos».

¹⁴⁸ Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis, «Eficacia e ineficacia del negocio jurídico», primero en *ADC*, 1961, p. 827: «[l]a distinción entre ineficacia absoluta e ineficacia relativa no hace referencia al mecanismo de la ineficacia ni al momento en que se produce, sino al círculo de intereses afectado por ella. Una ineficacia es absoluta cuando el negocio no produce ninguno de sus efectos para nadie. (...) Una ineficacia es relativa cuando el negocio es ineficaz para un grupo de personas y, en cambio, es eficaz para otros. Puede ocurrir, y a veces acontece, que un negocio surta entre las partes toda su eficacia y, en cambio, sea ineficaz frente a terceros o frente a algún grupo de ellos. (...) Se liga aquí la ineficacia con la inoponibilidad»; palabras que ahora prácticamente repite en *Fundamentos, ob. cit.*, I, p. 403; de manera muy similar, DORAL, José Antonio, y ARCO, Miguel Ángel del, *El negocio jurídico*, Madrid, 1982, p. 328: «[i]neficacia absoluta y relativa. Hace referencia al círculo de intereses afectado por ella. Es absoluta, cuando el negocio no produce efectos para nadie; el negocio absolutamente ineficaz es ineficaz para todos. La ineficacia es relativa cuando el negocio es ineficaz para un grupo de personas y, en cambio, es eficaz para otros».

¹⁴⁹ Además de los autores citados *supra*, nota 131, el concepto de ineficacia relativa es también utilizado por Díez-PICAZO, comentario al artículo 1317 del Código Civil, *ob. cit.*, p. 1498; CARRASCO PERERA, Ángel, comentario al artículo 6.3 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (Dir. Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart), t. I, vol. 1.º, Madrid, 1992, pp. 817 a 821; GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, «Notas sobre la oponibilidad de los contratos», en *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 2.º, Barcelona, 1993, p. 1477, y comentario al artículo 1257 del Código Civil, *ob. cit.*, pp. 372 y 375 (donde hace sinónimos inoponibilidad e ineficacia relativa); o PASQUAU LIAÑO, Miguel, *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Madrid, 1997, pp. 40, 120 y 126.

de referencia. Esta aproximación a la figura que me ocupa presupone, por consiguiente, la posibilidad de escindir la eficacia de un acto jurídico desde un punto de vista subjetivo.

Entendidas literalmente, las afirmaciones precedentes parecen difícilmente sostenibles. En efecto, no se vislumbra como un mismo negocio jurídico puede ser simultáneamente eficaz e ineficaz, como tampoco puede ser válido e inválido. O es eficaz, o es ineficaz, y ello con independencia del círculo de personas respecto del cual se predique dicha eficacia¹⁵⁰. Otra cosa completamente distinta es que el legislador considere

¹⁵⁰ Certeramente, CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, traducción del italiano, prólogo y notas de M. Albaladejo, Madrid, 1956, p. 322: «[s]e suele distinguir la ineficacia en absoluta y relativa, según que tenga lugar frente a todos o sólo frente a determinadas personas; en el primer caso, el negocio es ineficaz frente a todos; en el segundo, es eficaz entre algunos e ineficaz frente a otros. Según nosotros, se puede dudar de la existencia de una «ineficacia relativa» entendida así: aparte de los equívocos a los que puede dar lugar hay que advertir que si la eficacia consiste en la falta de producción o en la cesación de los mismos, no se puede, en rigor, hablar de eficacia absoluta o relativa, porque los efectos o se han producido o no (o bien han cesado); esta es una realidad que puede existir o no frente a todos. Puesto que en todos los casos configurados como de ineficacia relativa las personas frente a las cuales el negocio es ineficaz son los terceros, es preferible hablar, en vez de ineficacia relativa, de *inoponibilidad*». De modo similar, VETTORI, Giuseppe, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, Milano, 1988, p. 153: «[n]on ha senso quindi, parlare di una carenza degli effetti in una certa direzione: questi si producono per il solo motivo che esiste una fattispecie strutturalmente perfetta ed è sulla loro attuazione che incide, casomai, il limite espresso da un'esigenza di protezione di certi terzi che sono titolari di una situazione incompatibile con gli effetti dell'atto o che comunque da esso ricevono pregiudizio». Rotundo, SCALISI, Vincenzo, voz «Inefficacia (dir. Priv.)», *Enciclopedia del diritto*, XXI, pp. 351-353 (p. 353): «[I]l'inefficacia relativa non incide sulla produzione degli effetti negoziali, non essendo concepibile che i medesimi effetti ad un tempo si producano e non si producano a seconda dei soggetti rispetto ai quali vengono in considerazione». Más conciliador, SCOGNAMIGLIO, Renato, *Contratti in generale (Trattato di diritto civile diretto da Giuseppe Grosso e Francesco Santoro-Passarelli, vol. 4, fasc. 2)*, Milano, 1961, p. 251: «a stretto rigore non dovrebbe discutersi di inefficacia, quando è in gioco soltanto la opponibilità del contratto ai terzi». En la misma Alemania, ya consideró esta concepción de la ineficacia relativa «praktisch undurchführbar» SCHACHIAN, Herbert, *Die relative Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte*, Berlin, 1910, p. 197, y «theoretisch ebenso anstößige wie praktisch unsinnige» OERTMANN, Paul, «Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit», *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, Band 66, 1916, p. 254.

Contra esta opinión cabe objetar que, por ejemplo, el artículo 14 de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de *responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*, construye un supuesto legal evidente de ineficacia relativa, por cuanto establece que «[s]on ineficaces frente al perjudicado las cláusulas de exoneración o de limitación de la responsabilidad civil prevista en esta Ley». Sin embargo, el artículo no reproduce exactamente el texto de la Directiva en este aspecto. La versión francesa del artículo 12 de la Directiva, por ejemplo (DOCE, L, núm. 210, de 7 de agosto de 1985), dispone lo siguiente: «[I]a responsabilité du producteur en application de la présente directive ne peut être limitée ou écartée à l'égard de la victime pour une clause limitative ou exonératoire de responsabilité». Los comentaristas de la Directiva no parece que se hayan preocupado demasiado por delimitar conceptualmente el alcance jurídico de la protección que ofrece este artículo, y mientras MARKOVITS, Yvan, *La Directive CEE du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux*, París, 1990, habla de prohibición de las cláusulas limitativas de responsabilidad «à l'égard de la victime», otros lo hacen de ineficacia frente a los perjudicados, como TASCHNER (TASCHNER, Hans-Claudius, y FRIETSCH, Edwin, *Produkthaftungsgesetz und EG-Produkthaftungsrichtlinie*, München, 1990², p. 436) o ALCOVER GARAU, Guillermo, *La responsabilidad civil del fabricante (Derecho comunitario y adaptación al derecho español)*, Madrid, 1990, p. 64; y GÓMEZ CALERO, Juan, *Responsabilidad*

oportuno proteger un determinado grupo de personas frente a la eficacia típica de un acto jurídico, pero precisamente si el legislador decide articular algún mecanismo de protección –hay que recordar, en este sentido, que la mayoría de autores entiende que la inoponibilidad o la ineficacia relativa consiste en una falta de producción de efectos, en una ineficacia de finalidad protectora– es porque tales efectos se han producido como consecuencia de la realización, con todos sus requisitos y presupuestos, de aquel acto jurídico ¹⁵¹.

Desde el punto de vista objeto de crítica puede entenderse que se formularan aseveraciones como que, para el acreedor, el disponente continúa siendo el propietario de la cosa enajenada. Si el negocio, para el acreedor, es ineficaz, no es más que una deducción lógica el que, a pesar del acto de disposición, el propietario siga siendo el mismo que antes de la realización de tal acto. Esta percepción afecta, incluso, a aquellos autores que defienden una aproximación a la inoponibilidad desde el prisma de la eficacia de los actos jurídicos respecto de terceros, aunque se utilice como imagen gráfica o recurso metafórico. Sin embargo, si se toma al pie de la letra esta posibilidad, es decir, si realmente se opina que el negocio es en verdad ineficaz para el sujeto protegido y eficaz para el resto, en particular para las partes negociales, y se añade que este sujeto protegido, en virtud de la ineficacia relativa, puede continuar considerando al disponente como propietario, se llega sin dificultad a la teoría de la duplicidad de sujetos, de modo que no sólo un negocio puede resultar simultáneamente eficaz e ineficaz, sino que hasta llegan a coexistir dos titulares de la misma cosa: el adquirente respecto de la otra parte negocial y los terceros no protegidos, y el disponente respecto de los terceros objeto de la protección ¹⁵².

civil por productos defectuosos, Madrid, 1996, pp. 146-147, hasta acude al concepto de ineficacia relativa, después de afirmar, no obstante, que en la Directiva, por contra, se contenía una norma prohibitiva de la exclusión o la reducción de responsabilidad. Por otra parte, este artículo 14 de la Ley 22/1994 contempla unitariamente dos grupos de personas que pueden resultar perjudicadas: los adquirentes y los terceros o *bystanders*. Hay que remarcar, aún, que el adquirente puede serlo de un sujeto responsable (fabricante, importador o, subsidiariamente, el suministrador) o no. Si ha adquirido directamente, no es un tercero ajeno al negocio, con lo que deja de tener aplicación la ineficacia relativa. Y si es un tercero ajeno al negocio (porque ha adquirido de un sujeto no responsable o es un *bystander*), lo que se pretende decir, más allá de la literalidad, es que los pactos de distribución, de disminución o de exoneración de responsabilidad serán válidos entre la cadena de sujetos responsables, pero no podrán ser *opuestos* a los terceros.

¹⁵¹ En el mismo sentido, RAGEL SÁNCHEZ, *Protección del tercero*, *ob. cit.*, pp. 209-210: «[e]n contra de la doctrina dominante, sostengo que la inoponibilidad no es una particular forma de ineficacia de los actos jurídicos, sino una medida especial establecida por la ley para salvaguardar los legítimos derechos anteriores de ciertas personas, ajenas a esos actos».

¹⁵² Así, v. TUHR, *ob. cit.*, p. 330: «[d]araus ergibt sich eine Duplizität des Rechtssubjekts: für das Verbotsgeschütztem ist der Veräußerer noch immer Eigentümer; für alle sonstigen Personen ist es der Erwerber»; ENNECERUS y NIPPERDEY, *ob. cit.*, vol. 2.º, primera parte, p. 55. Esta teoría fue abandonada [no obstante, aún MEDICUS, *ob. cit.*, p. 248, afirma que «[f]ür ihn –el acreedor protegido– gehört also etwa der verbotswidrig weggegebene

Por otra parte, ya he reiterado en diversas ocasiones, en particular al intentar delimitar la inoponibilidad y la acción pauliana, que la protección frente a los efectos de un acto jurídico del que no se ha sido parte que se consigue con aquella no supone una impugnación de dicho acto, sino que basta con que el ordenamiento jurídico inmunice al sujeto protegido de tales efectos, a diferencia de los remedios rescisorios, de modo que, como expresó Ferrara Santamaria, la inoponibilidad permite la subsistencia del negocio jurídico¹⁵³.

El análisis de la inoponibilidad como modalidad de ineficacia permite una explicación de la tendencia que Pasquau Liaño observa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, consistente en declarar nulos actos o negocios que simplemente deberían ser declarados inoponibles¹⁵⁴. Si en este trabajo se defiende que la inoponibilidad sólo puede aplicarse a actos jurídicos válidos y eficaces y, por consiguiente, se niega que consista en un tipo de ineficacia, aún más cabe rechazar que la inoponibilidad pueda presentar relación alguna con la nulidad. El acto inoponible tiene que ser necesariamente válido¹⁵⁵, ya que de otro modo no sería necesario proteger a determinadas personas de sus efectos típicos. La inoponibilidad deja intacto el acto jurídico, que genera sus efectos propios con normalidad, efectos de los que son protegidas determinadas personas mediante este expediente. Lo que presupone la concurrencia de todos los requisitos de validez del acto. Por lo tanto, nulidad e inoponibilidad se manifiestan en planos distintos: «solamente podrá hablarse de contrato nulo si al menos

Gegenstand weiterhin zum Vermögen seines Schuldners», y en esta línea el ejemplo con que ilustra la cuestión JAUERNIG, Othmar, § 135, en *Bürgerliches Gesetzbuch mit Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (herausgegeben von Othmar Jauernig), München, 1990⁵, p. 80) a partir de la objeción, aparte de su artificiosidad innecesaria en atención a la finalidad pretendida de protección del acreedor, de si tenían que repartirse, y cómo, los rendimientos de la cosa objeto de la disposición entre los sujetos que por unos u otros podían ser considerados como propietarios (para la crítica de la teoría de la duplicidad, FLUME, *ob. cit.*, p. 359; MAYER-MALY, *ob. cit.*, p. 1116; BÜLOW, *ob. cit.*, p. 7; KOHLER, *ob. cit.*, p. 137). Consciente de esta dificultad, después de haber afirmado que para los terceros protegidos mediante la inoponibilidad «la situation sera la même que si l'acte n'était pas intervenu», BASTIAN, *ob. cit.*, p. 11, se pregunta: «[c]omment un acte peut-il exister par rapport à certaines personnes et en pas exister par rapport à d'autres?», a lo que responde: «[p]our résoudre la difficulté, le législateur s'est attaqué non à l'acte lui-même, mais à ses conséquences» (p. 12), afirmando la disociabilidad de los efectos de los actos jurídicos (p. 13). Mas el intento resulta infructuoso, porque precisamente aquello que es transcendental son los efectos del acto jurídico en cuestión, en concreto la transmisión de la titularidad.

¹⁵³ FERRARA SANTAMARIA, *ob. cit.*, pp. 189-190.

¹⁵⁴ PASQUAU LIAÑO, *Nulidad y anulabilidad del contrato*, *ob. cit.*, p. 120: «[l]a simplicidad del esquema de la invalidez basada en sus dos formas típicas (nulidad y anulabilidad) ha determinado que el Tribunal Supremo tenga la inercia de situarse en esta dualidad cada vez que se presenta un problema cualquiera de ineficacia, de tal modo que con más frecuencia de la deseable trata como nulos de pleno derecho e inexistentes a contratos que, no pudiendo entrar en los lindes de la anulabilidad, sin embargo, en rigor, sólo habrían de considerarse ineficaces parcialmente o relativamente (inoponibilidad)»; también pp. 38-40 y 126.

¹⁵⁵ Expresamente, CASTRO, Federico de, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, p. 531; RAGEL SÁNCHEZ, *Ejecución*, *ob. cit.*, p. 152, y *Protección del tercero*, *ob. cit.*, p. 211; SCHA-CHIAN, *ob. cit.*, p. 195; TRABUCCHI, *ob. cit.*, p. 189.

alguna de las partes del contrato, o sus herederos, pueden hacer valer, en su relación con la otra parte, dicha ineficacia obligacional»¹⁵⁶.

Por todo ello, no parece adecuado compartir la opinión que ve en la inoponibilidad una sanción, ni que sea de carácter preventivo, cuya finalidad sería la de evitar el daño o el perjuicio de terceros¹⁵⁷. Si el acto o negocio jurídico es válido y no resultan afectados sus efectos típicos, respecto de los cuales el legislador protege a determinados sujetos, no se aprecia en qué consiste la sanción, a no ser que se pretenda encontrar la sanción en el mero reflejo de la protección desde el punto de vista de las partes en el acto perjudicial, ni en qué se fundamenta la sanción, por cuanto en ningún momento se observa la infracción de norma legal alguna.

1.3 Inoponibilidad y ficción

Recientemente, Ragel Sánchez¹⁵⁸ y Linares Gil¹⁵⁹ han afirmado que la inoponibilidad constituye una técnica de ficción jurídica. Piensa, en este sentido, el primero de estos autores que es «*la ley la que concede al tercero esa facultad de considerar no existente la actuación jurídica ajena, como medida de protección frente a actos potencialmente perjudiciales. El mecanismo de la inoponibilidad supone una filigrana jurídica, un rasgo de finura utilizado por la norma jurídica: El sujeto protegido puede fingir que ignora la actuación ajena y el Derecho le protege, como si tal actuación ajena no se hubiera realizado. Estamos frente a una auténtica ficción*

¹⁵⁶ PASQUAU LIAÑO, *Nulidad y anulabilidad del contrato*, ob. cit., p. 38. LARROUMET, ob. cit., p. 521, se expresa así: «[l]’inopposabilité du contrat se distingue de la nullité, en raison de ce que la première se traduit par le droit pour les tiers d’ignorer l’existence d’un contrat qui demeure parfaitement valable dans les rapports des parties, tandis que la nullité se traduit par l’anéantissement du contrat aussi bien dans les rapports des parties qu’à l’égard des tiers»; similarmente, FLOUR, Jacques, y AUBERT, Jean-Luc, *Les obligations. L’acte juridique*, vol. I, París, 1990⁴, p. 256, señalan como diferencia entre nulidad e inoponibilidad que «[a]u lieu que le contrat soit entièrement détruit et que les choses se passent comme s’il n’avait pas existé, il continue d’engager pleinement les parties; il peut, simplement, être méconnu par les tiers ou par certains d’entre eux» (aunque no comparto su opinión de que nulidad e inoponibilidad tengan en común el estar fundamentadas en una irregularidad del contrato); y BÉNABENT, ob. cit., p. 115 indica que «[l]e contrat [inopposable] est alors d’une inefficacité limitée, mais non “nul” car il garde son caractère obligatoire entre les parties». Véase también MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, *Leçons de droit civil*, t. 2, 1r. vol., sixième édition par François Chabas, París, 1978, pp. 277-278.

¹⁵⁷ FERRARA SANTAMARIA, ob. cit., p. 187: «l’inopponibilità è una sanzione preventiva, in quanto previene il danno che, ingiustamente dal negozio giuridico pienamente efficace deriverebbe al terzo col sacrificio del suo diritto incompatibile». También hablaba de sanción BASTIAN, ob. cit., p. 352. En España, ÁLVAREZ VIGARAY, ob. cit., p. 96. En contra de la idea de la inoponibilidad como sanción, ahora RAGEL SÁNCHEZ, *Protección del tercero*, ob. cit., p. 97.

¹⁵⁸ RAGEL SÁNCHEZ, *Protección del tercero*, ob. cit., pp. 87-93 (la cita en pp. 88-89), idea que retoma en la p. 116 para diferenciar acción pauliana e inoponibilidad («[e]l ejercicio y triunfo de una acción de inoponibilidad produce el efecto de fingir que la actuación o situación nunca se ha producido»).

¹⁵⁹ LINARES GIL, ob. cit., p. 67: «[l]a inoponibilidad es una ficción legal en favor de los acreedores» (igualmente pp. 70 y 78; en p. 48 considera que también con la constitución *Per tolre fraus* los acreedores «disfrutaban de una verdadera *fictio iuris*»).

jurídica, que “tiene por objeto asimilar, en sus efectos, dos cosas distintas, considerar *como si* fuese de manera distinta a lo que es”».

La consideración de la inoponibilidad como técnica de ficción fue defendida por los autores que postulaban la teoría de la duplicidad de sujetos como consecuencia de la ineficacia relativa: si el negocio es ineficaz sólo frente a determinados sujetos, se finge que para éstos el disponente sigue siendo el propietario, mientras que el adquirente es el propietario para el resto de individuos no protegidos¹⁶⁰. Hay que destacar, sin embargo, que el abandono por insostenible de la teoría de la duplicidad de sujetos comportó, a su vez, el arrinconamiento de la idea de ficción¹⁶¹.

En efecto, ¿qué es lo que se finge? Si retomamos las palabras transcritas de Ragel Sánchez, el propio acto o negocio, la actuación jurídica ajena. Pero, entonces, se produce una contradicción: si con la inoponibilidad el ordenamiento jurídico protege a determinados sujetos de los efectos de un negocio jurídico válido —como ya sabemos que reconoce este mismo autor—, ¿cómo se puede pensar que, al mismo tiempo, se finge que el negocio válido y eficaz del que el ordenamiento jurídico protege no se ha realizado? Si se finge que el acto no ha tenido lugar, ya no es necesario que sus efectos resulten inoponibles, puesto que se fingirá, también, que los efectos no se han producido. No es «como si el negocio no existiera»; por el contrario, precisamente porque el negocio no sólo existe, sino que es plenamente eficaz, deben de ser protegidas aquellas personas que puedan ver perjudicado un interés legítimo. El razonamiento, además, no resiste la comparación que efectúa el autor con los efectos derivados del principio de la buena fe registral, donde sí que, en cambio, como dice expresamente el Preámbulo de la LH de 1944, hay una ficción jurídica, ya que hay que fingir algo que no existe: para el tercero hipotecario protegido, el acto otorgado por el titular registral que no es titular real y que, en el mundo extrarregistral sería ineficaz, tiene pleno vigor (lo que no era, es, si se me permite parafrasear la expresión que utilizaba Ragel Sánchez), y el acto no inscrito no le afecta (lo que era, no es). Nada de esto sucede con la inoponibilidad: el acto perjudicial era y es válido y eficaz, aunque sus efectos no perjudican a los terceros protegidos, que permanecen inmunes frente a ellos, porque, de otro modo —incluso si se finge que el acto no se ha realizado—, la protección resultaría superflua.

Otra cosa completamente distinta es que, a manera de recurso metafórico o de imagen, se diga que la inoponibilidad conlleva una situación tal como si el acto no se hubiera celebrado¹⁶². Si la inoponibilidad significa

¹⁶⁰ Así, por ejemplo, ENNECERUS-NIPPERDEY, *ob. cit.*, vol. 2.º, segunda parte, p. 730, nota 26: «[e]mplea, pues, la figura jurídica de ficción». En Francia, BASTIAN, *ob. cit.*, p. 196.

¹⁶¹ Con más detalle, BEER, *ob. cit.*, pp. 84 y 87. También en contra de la idea de ficción RUHWEDDEL, *ob. cit.*, p. 167.

¹⁶² Así lo hace, por ejemplo, PINTÓ RUIZ, «Los bienes», *ob. cit.*, p. 142: «[I]a transmisión existe para todos, *menos para el acreedor* que, sin necesidad de previa declaración, puede perseguir el bien *como si la transmisión no existiera*, porque para él —por disposición de la Ley— no existe».

la inmunidad ante los efectos de un acto jurídico, si estos efectos consisten en una transmisión del dominio, el perjuicio del sujeto protegido se evita mediante el mantenimiento del patrimonio de garantía con que éste contaba, de modo que puede continuar agrediendo el bien en cuestión, a pesar del acto dispositivo, con la finalidad de cobrar su crédito —en el caso que constituye el eje de este trabajo. La clave, pues, radica en la pervivencia de la garantía patrimonial y en la subsistencia del poder de agresión contra aquellos bienes que han salido del patrimonio del deudor en perjuicio de la garantía. El acreedor puede actuar contra ellos y cobrarse no obstante el acto jurídico válidamente celebrado entre las partes. Sólo en este sentido puede afirmarse que es como si el negocio no se hubiera celebrado, porque el acreedor no resulta perjudicado y, desde el punto de vista de la garantía de su crédito, su situación jurídica no ha experimentado variación alguna. Por lo tanto, no se observa que sea necesario acudir a la técnica de las ficciones, por cuanto nada necesita ser fingido.

2. LOS EFECTOS DE LOS ACTOS JURÍDICOS Y LOS TERCEROS

El dogma de la relatividad absoluta de los contratos, entendidos como *res inter alios acta* en relación a quienes no intervinieron en ellos como partes, hace tiempo ya que entró en crisis. Ihering¹⁶³ destacó la existencia de unos efectos reflejos de los contratos que se propagaban más allá de las partes contractuales, y la doctrina actual se refiere con relativa frecuencia a la *oponibilidad* y a la *utilizabilidad* de los contratos por parte de los terceros. Con estos términos, ampliamente desarrollados en especial por la doctrina francesa, se pretende aludir a la existencia efectiva de los actos y los negocios jurídicos que conlleva que, en cuanto pertenecientes a la realidad jurídica, deben ser reconocidos y respetados —también en sus efectos— por los terceros. En este sentido, los contratos celebrados son oponibles a los terceros y, al mismo tiempo, estos terceros, en aquello que les pueda resultar ventajoso, los pueden utilizar invocando su existencia¹⁶⁴.

La inoponibilidad, literalmente, no significa más que la no-oponibilidad, esto es, la improcedencia de hacer valer la existencia del contrato y

¹⁶³ IHERING, Rudolph v., «Die Reflexwirkungen oder die Rückwirkung rechtlicher Thatsachen auf dritte Personen», *Jarhbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrecht*, Band 10, 1871, parte de la siguiente constatación: «die Isolierung der Wirkungen der rechtlichen Thatsachen auf die Person des unmittelbar Beteiligten ist daher eine Unmöglichkeit» (p. 246), que le permite ofrecer esta definición de efectos reflejos: «[d]ie Reflexwirkung ist eine durch besondere Verhältnisse bedingte und ausschließlich durch sie herbeigeführte ökonomisch vortheilhafte oder nachtheilige Folge einer in der Person des Einen eingetretenen Thatsache für eine dritte Person» (pp. 284-285).

¹⁶⁴ En la doctrina española, Díez-PICAZO, «Eficacia e ineficacia», *ob. cit.*, pp. 813-819, y *Fundamentos*, *ob. cit.*, I, pp. 398-403; RAMS ALBESA, Joaquín, en LACRUZ BERDEJO y otros, *ob. cit.*, II-1, pp. 546-547; GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Notas sobre la oponibilidad», *ob. cit.*, *passim*, y comentario al artículo 1257, *ob. cit.*, 369-378; RAGEL SÁNCHEZ, *Protección del tercero*, *ob. cit.*, pp. 33-69; estos dos últimos autores con abundantes referencias bibliográficas.

de los efectos que de él derivan. Por ello, parece más oportuno situar la inoponibilidad no en sede de ineficacia negocial, sino en sede de los efectos de los actos jurídicos respecto de terceros, del modo que en la doctrina española indicó De Castro, en el sentido que «no ha[y] porqué incluirla entre las figuras de ineficacia negocial. Será entonces mejor estudiarla como una manifestación del fenómeno general del valor relativo de los negocios jurídicos, en cuanto títulos de derechos y obligaciones»¹⁶⁵.

En efecto, como he repetido diversas veces, lo que el legislador pretende conseguir con la inoponibilidad es la protección de unos concretos terceros frente a la realización de determinados actos jurídicos que les resultan perjudiciales. Entonces, necesariamente nos hallamos en presencia de un acto jurídico válido y que genera inicialmente su eficacia típica, puesto que de otro modo, es decir, si los efectos típicos no tuvieran que producirse, no sería necesario proteger a aquellos terceros, porque no podrían resultar perjudicados. Nos encontramos, por consiguiente, ante un problema derivado de la afectación de los terceros por la actuación jurídica ajena, en la que no han intervenido, y si bien en principio los efectos directos del acto en cuestión no pueden lesionar su posición jurídica (el fundamental art. 1257 del CC), los efectos indirectos, esto es, los efectos jurídicos que se desprenden de la mera existencia de aquel acto, sí pueden perjudicar a los terceros. En el caso que sirve de guía a este trabajo, la donación que efectúa el deudor y que reduce o desvanece la garantía patrimonial universal del artículo 1911 del Código Civil es perfectamente válida si cumple los requisitos exigidos para toda donación, y es eficaz en el sentido de comportar una transmisión de la propiedad, que adquiere el donatario. Que la donación no sólo es válida sino plenamente eficaz lo demuestra el hecho de que el donatario se convierte en propietario definitivo de la cosa donada, que en ningún caso retornará al donante (no hay revocación ni rescisión). Y, sin embargo, los acreedores pueden obtener la declaración judicial de que la donación les es inoponible si ejercen el remedio protector del artículo 340.3 de la Compilación, y en la medida en que los efectos del acto jurídico les resultan inoponibles, no sufren perjuicio alguno derivado del cambio de titularidad de las cosas donadas y podrán seguir agrediendo los bienes, con independencia de que ahora sean propiedad del donatario, quien no es su deudor; y puesto que la donación

¹⁶⁵ DE CASTRO, *El negocio jurídico*, ob. cit., p. 531. Manifiesta estar de acuerdo con él y lo transcribe, a pesar de afirmar previamente que «[e]n la teoría del negocio jurídico, aparece la *inoponibilidad* como uno de los supuestos de *ineficacia relativa del negocio*», GARCÍA GARCÍA, José Manuel, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, tomo II, Madrid, 1993, pp. 71-75. También reproduce el texto de De Castro RAGEL SÁNCHEZ, *Protección del tercero*, ob. cit., p. 210, nota 2, autor que, como ya sabemos, defiende que la inoponibilidad no constituye un supuesto de ineficacia jurídica.

Por la misma razón, no se puede compartir la concepción de ÁLVAREZ VIGARAY, ob. cit., p. 81, de la inoponibilidad «como límite a la eficacia de los actos jurídicos». La inoponibilidad es una forma de protección frente a los efectos de los actos jurídicos, pero no un límite, porque los efectos jurídicos se desarrollan normalmente, aunque no puedan ser opuestos ante los terceros protegidos.

ha sido eficaz, el remanente que quede una vez satisfecho el acreedor permanece en el patrimonio del donatario. En fin, como establece la STS de 17 de julio de 1997, ya citada, a propósito de la aplicación del artículo 1317 del Código Civil, «toda modificación del régimen económico matrimonial implica que los bienes han de responder directamente frente al acreedor del marido por las deudas por este contraídas, señalando la responsabilidad del cónyuge no deudor con los bienes que le hayan sido adjudicados, es decir, que existe una responsabilidad de los bienes gananciales, que no desaparece en estos casos por el hecho de esa atribución, lo que determina que, aún después de la disolución de la sociedad, pueden accionar los acreedores contra los bienes gananciales, incluso, que hubieren sido adjudicados al cónyuge no deudor, por exacta aplicación del artículo 1401 del Código civil».

Con este planteamiento, no es extraño que algunos autores se refieran a la técnica de la inoponibilidad con la expresión *irrelevancia*¹⁶⁶. El acto jurídico perjudicial sería irrelevante para los terceros protegidos. Afirmación completamente cierta si se tiene en cuenta el siguiente matiz: una vez declarada la inoponibilidad, el acto deviene efectivamente irrelevante. Pero no antes. El acto perjudicial es cualquier cosa menos irrelevante: si fuera irrelevante no sería necesaria la protección que dispensa el ordenamiento jurídico. La irrelevancia es una consecuencia de la inoponibilidad, por lo que no debe confundirse con ésta.

Puede afirmarse, desde esta perspectiva, que la inoponibilidad constituye una solución de equilibrio o de compromiso entre el libre poder de disposición del titular y la protección de los terceros que sufren un perjuicio como consecuencia del acto de disposición. Un equilibrio que se construye sobre la base de la indemnidad tanto de la validez y la eficacia del acto en cuestión —el acto continúa siendo válido y típicamente eficaz— cuanto de los terceros, que no ven afectada negativamente su situación jurídica, que no resultan lesionados. Constituye, en definitiva, el mecanismo de protección de los terceros y, en concreto en este trabajo, de los acreedores del donante, jurídicamente menos traumático, porque se mantiene intacto, desde el prisma de la validez y de la eficacia, el acto perjudicial¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Véanse, por ejemplo, los autores citados en la nota 131.

¹⁶⁷ Los autores han expresado esta idea de distintas maneras, desde la respectiva concepción de la figura. BASTIAN, *ob. cit.*, pp. 355-356, considera que «l'inopponibilité constitue un principe de bonne économie juridique (...) destinée uniquement à la protection des tiers, elle ne frappe les actes qui leur nuisent que dans les limites strictement nécessaires». Para FERRARA SANTAMARIA, *ob. cit.*, p. 196, la inoponibilidad «si presenta in fine come una appropriata applicazione giuridica del principio di ragion pratica del minimo mezzo». PAULUS, Gotthard, «Schranken des Gläubigerschutzes aus relativer Unwirksamkeit», *Festschrift für Hans Karl Nipperdey* (herausgegeben von Rolf Dietz und Heinz Hübner), Band I, München-Berlin, 1965, p. 909, afirma que «[m]it der Kategorie der relativen Unwirksamkeit steht der gesetzlichen Regelungstechnik ein Instrument vorbeugenden Rechtsschutzes zur Verfügung, mit dessen Hilfe das Interesse des Rechteinhabers an freier Ausübung seiner Dispositionsgewalt in besonders kunstvoller Weise auf das schon jetzt beachtenswerte, aber erst später definitiv kontrollierbare Interesse eines Dritten an der Gewährleistung künftigen

De cuanto vengo de decir se desprende que lo que resulta inoponible propiamente son los efectos del acto jurídico perjudicial o contradictorio y no el mismo acto. El acto, en tanto que válido y eficaz, es idóneo para producir la transmisión de la propiedad del objeto, y es este cambio en la titularidad lo que perjudica la posición jurídica del acreedor, porque disminuye o elimina el substrato patrimonial de la garantía *ex* artículo 1911 del Código Civil, y es por consiguiente este efecto lo que debe resultar inoponible al acreedor protegido.

3. LA INOPONIBILIDAD REGISTRAL Y LA NO REGISTRAL

Aunque hasta este momento me he referido a la inoponibilidad de forma unitaria, parece oportuno señalar que existen dos tipologías esenciales de inoponibilidad¹⁶⁸. Por un lado, la inoponibilidad registral, derivada de la inscripción o de la falta de inscripción de un acto jurídico en algún registro público. Por otro, la inoponibilidad que es ajena al funcionamiento tabular.

La inoponibilidad registral es una consecuencia de los principios que determinan la dinámica de los registros públicos, los cuales pretenden dotar de seguridad al tráfico jurídico por medio de la conversión en verdad oficial de los datos que son objeto de publicidad, a pesar de que no se correspondan con la realidad extrarregistral. De esta manera, el acto no publicado no afecta y es, por consiguiente, inoponible a quien ha confiado en la veracidad de los datos tabulares. La inoponibilidad, característica principal de los denominados sistemas registrales latinos, se considera por algunos de los autores más modernos como uno de los principios hipotecarios del sistema español¹⁶⁹.

Erwerbs abgestimmt werden kann. Die oft als zu schroff empfundene Alternative des Alles oder Nichts ist durch eine elegante Zwischenlösung verdrängt». CANARIS, Claus-Wilhelm, «Die Rechtsfolgen rechtsgeschäftlicher Abtretungsverbote», *Festschrift für Rolf Serick zum 70. Geburtstag* (herausgegeben von Ulrich Huber und Erik Jayme), Heidelberg, 1992, p. 13, señala que «bietet das deutsche Recht durch die Konstruktion relativer Unwirksamkeit i.S. der §§ 135 f. BGB einen Ausweg, der einen Kompromiß der Interessen auf der dinglichen Ebene erlaubt».

¹⁶⁸ Autores como BASTIAN o FERRARA SANTAMARIA destacaron una multiplicidad de tipos de inoponibilidad (por defecto de forma, por defecto de publicidad, por carecer de fecha cierta, por clandestinidad, por fraude, por simulación, etc.), pero o bien no constituyen auténticos supuestos de inoponibilidad en el sentido que defiendo en este trabajo, o bien son perfectamente reconducibles a la dicotomía básica de la que me ocupo en el texto.

¹⁶⁹ GORDILLO CAÑAS, Antonio, «Bases del derecho de cosas y principios inmobiliario-registrales», *ADC*, 1995, pp. 590-595; GARCÍA GARCÍA, *ob. cit.*, t. I, pp. 541-542, t. II, pp. 29 ss. Más en general, la inoponibilidad constituye una característica común de los denominados registros de seguridad jurídica, tal como ha destacado PAU PEDRÓN, Antonio, *Curso de práctica registral*, Madrid, 1995, pp. 26-27, donde afirma: «porque la publicidad significa el ofrecimiento a los particulares de la *verdad oficial* sobre las situaciones jurídicas —de bienes y personas (físicas y jurídicas)—, el contenido de los registros es oponible a los terceros, tanto si estos lo conocen como si no lo conocen», matizando que «el conocimiento de un dato extrarregistral sí es un hecho impeditivo de la inoponibilidad».

Sin embargo, es igualmente posible construir la inoponibilidad sin el apoyo que supone la toma de razón en los libros registrales, por más que entonces, como se verá a continuación, hay que encontrar un fundamento distinto. El artículo 340.3 de la Compilación ofrece una muestra de esta posibilidad, e incluso pone de manifiesto cómo es posible pasar de un sistema de inoponibilidad registral a uno de no registral. En efecto, el sistema que derivaba de la constitución *Per tolre fraudis* era de inoponibilidad registral, puesto que tenía por base la falta de registración de las donaciones en el libro público oportuno, sistema que no se propone modificar hasta el Proyecto de Apéndice de 1930. En él, como luego en la Compilación, se suprime el requisito de la registración y, ello no obstante, no se abandona el expediente de la inoponibilidad como mecanismo de protección de los acreedores del donante.

4. EL FUNDAMENTO DE LA INOPONIBILIDAD

La inoponibilidad constituye un mecanismo de solución del conflicto que se plantea entre el tercero y el propietario respecto de una misma cosa ¹⁷⁰. El donatario, en el ejemplo que guía este trabajo, ha adquirido la propiedad de la cosa donada, en conflicto con el acreedor del donante, ajeno a la donación y que contaba con aquel bien como garantía (art. 1911 del CC). La solución del conflicto pasa por otorgar primacía a la garantía –del acreedor– por encima de la propiedad –del donatario ¹⁷¹–, por cuanto el cambio de titularidad no afecta, no perjudica –es inoponible– al acreedor. Por consiguiente, parece oportuno preguntarse por el fundamento de la inoponibilidad.

Si dejamos a un lado a Álvarez Vigaray ¹⁷², que se ha esforzado en encontrar un particular fundamento para cada posible tipo de inoponibilidad, los autores que han estudiado esta figura han realizado un intento de sistematización con el fin de descubrir un fundamento unitario de la inoponibilidad. El primer fundamento se halló en la idea de seguridad. Así, Bastian indicó que era «le besoin d'assurer la sécurité des tiers qui a déterminé le législateur à intervenir pour les protéger; et il a pu le faire d'autant plus facilement que cette protection s'exerçait aux dépens de ceux auxquels est imputable le dommage dont se plaignent les tiers» ¹⁷³. En la

¹⁷⁰ En palabras de SCALISI, *ob. cit.*, p. 355 (también pp. 359-360), «[l]'inefficiacia relativa vuole essere un rimedio posto a tutela dell'interesse del terzo, in quanto titolare di una situazione giuridica incompatibile con gli effetti dell'atto o che da essi riceve pregiudizio».

¹⁷¹ El mismo argumento utiliza HOLZAPFEL, Lothar, *Ehegattenschenkungen und Gläubigerschutz*, Bonn, 1979, pp. 22-23, con el fin de justificar la facultad que concedían a los acreedores para impugnar las donaciones entre cónyuges los §§ 32.2 KO y 3.1.4 AnFG en el derecho alemán.

¹⁷² ÁLVAREZ VIGARAY, *ob. cit.*, pp. 96 ss., donde menciona la buena fe, la protección de los acreedores, la preferencia o prelación de créditos, la «naturaleza de las cosas y la lucha contra el fraude», etc.

¹⁷³ BASTIAN, *ob. cit.*, p. 320. El autor hace referencia tanto a la seguridad dinámica, a partir de las ideas de buena fe y apariencia, en relación a la inoponibilidad por defecto de

misma línea, Ferrara Santamaria también contempla, desde el punto de vista de los sujetos activos de la inoponibilidad, la seguridad como su común fundamento: «la sicurezza delle relazioni giuridiche esige che colui il quale ha un diritto non debba vederne reso impossibile l'esercizio a causa del fatto (qui negozio) altrui», criterio que combina, desde la perspectiva de los sujetos afectados por la inoponibilidad, con la idea de la responsabilidad de los autores del negocio perjudicial¹⁷⁴.

Sin embargo, la idea de seguridad no parece un fundamento suficiente para la inoponibilidad. Por un lado, unas veces el ordenamiento jurídico intenta favorecer la seguridad en el tráfico y otras la seguridad jurídica, lo que puede dar lugar a situaciones contrapuestas¹⁷⁵. Por otro, no siempre la seguridad es aquello que justifica la inoponibilidad, y el caso del artículo 340.3 de la Compilación constituye un buen ejemplo de ello¹⁷⁶.

En realidad, no creo que sea posible encontrar un único fundamento de la inoponibilidad, sino que parece oportuno distinguir entre las inoponibilidades registrales y las no registrales. El fundamento de la inoponibilidad registral lo constituye la publicidad, que crea una apariencia, una verdad registral que se impone a la realidad extrarregistral, protegiendo a quienes de buena fe confían en los datos objeto de publicidad. No se protege necesariamente la anterioridad, como sucede paradigmáticamente en los supuestos de doble venta (art. 1473 del CC): la propiedad la adquiere aquel que inscribe primero en el Registro de la propiedad, a quien resultan inoponibles otros títulos anteriores, que a pesar de tal condición ceden ante los títulos posteriores inscritos.

Por contra, las inoponibilidades no registrales se fundamentan en la anterioridad de los derechos de crédito que son objeto de protección¹⁷⁷.

forma o de publicidad, como a la seguridad estática, en los casos de fraude en que se protegen los derechos adquiridos (p. 310).

¹⁷⁴ FERRARA SANTAMARIA, *ob. cit.*, pp. 37-50.

¹⁷⁵ Así, representan sendas manifestaciones del principio la inoponibilidad al titular registral actual de los derechos reales anteriores pero no inscritos (art. 32 LH), la inoponibilidad al deudor cedido del cambio de acreedor (art. 1527 del CC) o que nadie deba de resultar obligado por la actuación de un *falsus procurator* (art. 1259 del CC). Hay que tener presentes, con todo, las agudas observaciones de PAZ-ARES, Cándido, «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico», *RDM*, 1985, pp. 7 ss.

¹⁷⁶ En contra, igualmente, de considerar la idea de seguridad el fundamento de la inoponibilidad, se han manifestado RAGEL SÁNCHEZ, *Protección del tercero*, *ob. cit.*, pp. 95-99; y VETTORI, *ob. cit.*, pp. 150-151, nota 61.

¹⁷⁷ Esta es la concepción de RAGEL SÁNCHEZ, *Protección del tercero*, *ob. cit.*, pp. 107 ss., que ve en la anterioridad el fundamento de la inoponibilidad. Así afirma que, «[a] mi juicio, la inoponibilidad se basa fundamentalmente en el respeto a los derechos adquiridos con anterioridad (...) El fundamento inmediato de la inoponibilidad consistirá, por lo tanto, en evitar que sean perjudicados los legítimos derechos de los terceros que ostentan derechos anteriores a la realización de una actuación ajena». No obstante, el autor tiene que acabar concediendo que no siempre la anterioridad resulta el fundamento de la inoponibilidad, como sucede en el artículo 1473 del Código Civil (pp. 126 ss.), y entonces se refiere al «juego combinado de las normas que protegen la apariencia y de las normas que protegen la anterioridad», con lo que admite de manera tácita que no se puede encontrar un único fundamento para todos los supuestos de inoponibilidad.

Creo que, por lo que ahora interesa y para cuanto sigue en el texto, es sumamente ilustrativo recordar el artículo 1360 del Proyecto de Código Civil de 1851, donde se explicita

Así, cabe afirmar que la garantía anterior prevalece sobre la titularidad –la transmisión de la propiedad– posterior. El deudor, en efecto, responde del pago de las deudas con todos sus bienes presentes y futuros (art. 1911 del CC), es decir, existe una garantía patrimonial universal con la que cuentan sus acreedores para cobrar. La salida de componentes del patrimonio del deudor lo empobrece y, por consiguiente, debilita o incluso evapora esta garantía patrimonial universal. El ordenamiento jurídico reacciona ante tal eventualidad y, puesto que si el acto jurídico cumple todos sus requisitos de validez no tiene por qué perder su eficacia, incluida la eficacia transmisiva –con la correspondiente *traditio*–, lo único que se requiere para proteger a los acreedores es mantener la responsabilidad patrimonial universal del deudor, lo que se consigue simplemente declarando inoponible la transferencia de la titularidad al acreedor, que podrá perseguir aquel bien como antes –esto es, cuando se hallaba todavía en el patrimonio del deudor– con la finalidad de hacer efectivo el cobro.

De este modo, la inoponibilidad se sitúa, con singularidad propia, al lado de otras normas que construyen el sistema de protección legal de los derechos de crédito nacidos con anterioridad frente a los cambios de titularidad de los bienes que garantizan su cobro ajenos a la voluntad de los acreedores, como ocurre con el fenómeno sucesorio. La más clara es, en el derecho catalán, la del artículo 392.1 del Código de Sucesiones, que establece que las donaciones *mortis causa* se regirán por las normas de los legados en cuanto al «derecho preferente de los acreedores hereditarios para el cobro de sus créditos», derecho preferente que se reconoce también a los acreedores que se acogen al beneficio de separación de patrimonios (art. 37 del Código de Sucesiones). El fundamento es el mismo: la preferencia que se reconoce a la garantía patrimonial anterior de satisfacción de los créditos *ex* artículo 1911 del Código Civil (o 34 del Código de Sucesiones) frente al cambio posterior en la titularidad del derecho de propiedad de los bienes que integran aquella garantía patrimonial universal.

Otro ejemplo de inoponibilidad que pone de manifiesto esta protección de derechos anteriores se encuentra en el artículo 216 del Código de Sucesiones. Este artículo dispone que determinados actos que realice el fiduciario, cuando no pueda llevarlos a cabo por sí solo y no hayan intervenido los fideicomisarios, «no afectan» a dichos fideicomisarios. Si no resultan afectados por estos actos (necesariamente perjudiciales, porque se prevé que sí les vinculen cuando el acto en cuestión «sea favorable al fideicomiso»), y al mismo tiempo no se menciona en ningún momento que tales actos se conviertan en nulos o ineficaces, es que devienen, simplemente, inoponibles. Se trata, en este caso, de evitar que el fiduciario pueda perjudicar mediante estos actos –procedimientos o expedientes,

que el cambio de régimen económico matrimonial por el de separación de bienes no perjudica los «derechos adquiridos con anterioridad por los acreedores», y el comentario de GARCÍA GOYENA transcrito *supra* nota 80.

laudos arbitrales y transacciones— al fideicomisario, a quien se transmite la herencia fideicomitida al cumplirse la condición o el término. En este caso, no se protege propiamente un derecho, ya que la delación de la herencia fideicomitida no se produce más que con el cumplimiento de la condición o el vencimiento del término, pero sí que existe, por lo menos, una expectativa a la herencia fideicomitida que se protege haciendo inoponibles aquellos actos en los que el fideicomisario no ha sido parte—porque no se le ha citado ni ha intervenido en la forma que prevé este artículo 216— y que pueden resultarle perjudiciales.

5. EL EJERCICIO DE LA INOPONIBILIDAD

La inoponibilidad constituye, a tenor de cuanto se ha dicho hasta ahora, un mecanismo de protección de terceros ajenos a una actuación jurídica que les perjudica. Presentada así, como mecanismo de protección, que además intenta hallar un punto de equilibrio entre esta protección y la libertad negocial, desde el momento en que deja incólume no sólo la validez sino también la eficacia del acto perjudicial, hacer valer la protección es una cuestión que interesa al tercero, en nuestro caso paradigmático al acreedor. La conclusión a la que se llega es que la inoponibilidad conlleva la atribución de una facultad al tercero, quien podrá ejercerla o no con el fin de defender sus intereses. Mediante esta facultad, podrá obtener la inoponibilidad del acto perjudicial, de modo que su posición jurídica se mantendrá exactamente igual que antes de la realización del acto perjudicial, de manera especial en cuanto a la subsistencia de la garantía patrimonial universal *ex* artículo 1911 del Código Civil¹⁷⁸. Por lo tanto, la inoponibilidad debe ser alegada siempre a instancia de parte, no pudiendo resultar aplicada de oficio.

Esta alegación de la inoponibilidad la podrá efectuar el tercero por vía de acción o de excepción¹⁷⁹, es decir, constituye tanto un mecanismo activo, procurando la declaración de la inoponibilidad al haber tenido conocimiento del acto de enajenación, como defensivo, frente a los obstáculos que se interpongan a la agresión contra los bienes enajenados (por ejemplo, se podrá alegar la inoponibilidad ante una tercería de dominio fundamentada en una donación posterior al nacimiento del crédito del ejecutante). La inoponibilidad tiene que hacerse valer precisamente porque el acto en cuestión es válido y eficaz y, en consecuencia, generador del cambio de titularidad que perjudica al tercero. Lo que, por el contrario, no es necesario, como ya he repetido, es atacar la eficacia del acto dispositivo,

¹⁷⁸ RAGEL SÁNCHEZ, *Protección del tercero*, *ob. cit.*, pp. 239-240. En este sentido, aunque impropriamente, BASTIAN, *ob. cit.*, pp. 257-258 y 344-345, y FERRARA SANTAMARÍA, *ob. cit.*, p. 192, hablarán de *renuncia a la inoponibilidad*, renuncia que configuran como una suerte de confirmación del negocio, lo que se explica por la configuración que realizan de la inoponibilidad como auténtica *ineficacia* relativa.

¹⁷⁹ Igualmente, RAGEL SÁNCHEZ, *Protección del tercero*, *ob. cit.*, p. 241.

por cuanto que supone una protección suficiente la conservación de la posición jurídica existente con anterioridad a la realización del acto perjudicial; sobre todo, permite continuar persiguiendo los mismos bienes para hacer efectivo el cobro de los créditos.

Otro tema que cabe plantearse es el de la posibilidad del ejercicio en vía subrogatoria del expediente de la inoponibilidad, sea por vía de acción o de excepción. La respuesta debe ser afirmativa. Si se acepta que la acción subrogatoria tiene como objetivo la conservación o el aseguramiento de la responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código Civil, y que son ejercitables mediante ella los medios de defensa anexos a las titularidades del deudor, y se admite la legitimación de los acreedores para ejercer la acción revocatoria en particular¹⁸⁰, habrá que convenir en que existe identidad de razón para justificar el ejercicio por parte de los acreedores del acreedor de las acciones o excepciones de inoponibilidad de las que dispongan contra su deudor.

6. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INOPONIBILIDAD

La inoponibilidad no afecta la validez ni la eficacia de la enajenación, por lo que el donatario deviene propietario de la cosa donada. Sin embargo, este efecto jurídico, el cambio de titularidad, resulta inoponible al acreedor protegido, por lo que la principal consecuencia que se deriva de la inoponibilidad es que el bien enajenado sigue garantizando (*ex art. 1911 del CC*) el cobro y, por consiguiente, continúa siendo perseguible por el acreedor. Por cuanto la inoponibilidad pretende mantener el nivel de garantía del crédito anterior al acto de enajenación, la responsabilidad *ex artículo 1911* puede igualmente exigirse sobre el bien donado, a pesar del cambio de titularidad, con lo que se consigue evitar el perjuicio del acreedor. Es ilustrativa de cuanto antecede la jurisprudencia relativa al artículo 1317 del Código Civil, que afirma, por ejemplo, que «existe una responsabilidad real de la masa de los bienes gananciales que no desaparece por el hecho de que hayan sido adjudicados, todo lo cual determina que aún después de la disolución de la sociedad permanece viva la acción del acreedor contra los bienes consorciales»¹⁸¹.

¹⁸⁰ JORDANO FRAGA, Francisco, *El ámbito objetivo de la legitimación subrogatoria (art. 1111 del CC)*, Madrid, 1996, pp. 42 ss., en general, y 154 para la acción revocatoria. Véase también BADOSA COLL, *Dret d'obligacions, ob. cit.*, pp. 209-211.

¹⁸¹ STS 7 de noviembre de 1997; en el mismo sentido, entre otras, las de 20 de marzo de 1989, 9 de julio de 1990, 15 de marzo de 1991, 19 de febrero de 1992 o 17 de julio de 1992, todas ellas ya citadas. En el mismo sentido se expresa LINARES GIL, *ob. cit.*, p. 68 («la ley mantiene la responsabilidad sobre el bien donado»), quien a continuación acude igualmente a la jurisprudencia sobre el artículo 1317 del Código Civil con el fin de completar su exposición. En relación a este último artículo y al cambio del régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales por el de separación de bienes, indica SANCINIENA ASURMENDI, *ob. cit.*, p. 159, que «respecto a los acreedores se mantiene la responsabilidad de los bienes que inicialmente eran gananciales, aunque al haberse disuelto y liquidado la sociedad legal se hayan adjudicado al cónyuge no deudor». Similarmente se

Antes he señalado que la inoponibilidad constituye una facultad del acreedor que ve perjudicado su crédito. Ello impide entender que actúe *ope legis*, sino que es preciso obtener una declaración judicial. No obstante, esta declaración judicial no exige en todo caso un proceso declarativo previo, sino que la procedencia de la inoponibilidad puede ventilarse en el mismo procedimiento de ejecución, en el que deberán acreditarse la donación y el perjuicio, mientras que el deudor o el donatario podrán alegar aquellas excepciones que estime oportunas o señalar otros bienes con que hacer efectivo el crédito¹⁸².

Porque el problema práctico que cabe objetar a esta construcción de la inoponibilidad es la procedencia del embargo contra bienes que son de titularidad de quien no es el deudor en el caso que el donatario haya procedido a practicar la oportuna inscripción a su favor en el Registro de la Propiedad. En concreto, el obstáculo radicaría en el artículo 140.1.^a RH, según el cual «[s]i la propiedad de la finca embargada apareciese inscrita a favor de una persona que no sea aquella contra quien se hubiere decretado el embargo, se denegará o suspenderá la anotación, según los casos»¹⁸³. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha encontrado la manera de esquivar la objeción en la aplicación del artículo 1317 del Código Civil. La Sentencia de 20 de marzo de 1989, con cita de otros pronunciamientos, afirma lo siguiente: «sin que la normativa hipotecaria constituya obstáculo alguno para la persecución de los bienes que en la referida liquidación de la sociedad conyugal se adjudicaren a cada uno de los esposos, cuando la demanda se dirigió contra el esposo deudor y a la esposa se le notificó la existencia del proceso y la práctica del embargo, a los efectos del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, como ocurrió en este supuesto litigioso, pues esta Sala tiene declarado –Sentencia de 26 de septiembre de 1986– que “la locución del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, exigiendo la interposición de la demanda contra ambos cónyuges para hacer posible el embargo por deudas a cargo de la sociedad, fue matizada por la Dirección General de los Registros en el sentido de que para la salvaguarda de los derechos de la mujer sobre los inmuebles comunes era

expresan CABANILLAS SÁNCHEZ, *CCJC*, núm. 19, *ob. cit.*, *passim*, o RAGEL SÁNCHEZ, *Protección*, *ob. cit.*, pp. 209-224.

¹⁸² Véase LINARES GIL, *ob. cit.*, pp. 70-73.

¹⁸³ El problema lo apuntó PINTÓ RUIZ, voz «Insinuación», *ob. cit.*, p. 865, y ha encontrado eco en sendos Autos del Presidente del TSJ de Cataluña en la resolución de dos recursos gubernativos relativos a la misma finca. En el primero, de 5 de diciembre de 1994 (*Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, núm. 60, enero 1995, pp. 85-86), tras reproducir «el claro texto» del artículo 140.1 RH, razona que «la denegación de la anotación viene obligada al Registrador en obediencia a los principios de legalidad y tracto sucesivo (...), sin que afecten al supuesto los [arts.] 34 de la misma Ley [Hipotecaria] y 340.3 de la Compilación en la forma que son interpretados por el recurrente». El segundo, de 7 de febrero de 1995 (*Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, núm. 61, febrero-marzo 1995, pp. 156-157), se remite a la doctrina expuesta en el Auto anterior, «no sin antes abundar en el hecho de que el último inciso del artículo 340.3 de la Compilación de Dret Civil de Catalunya (“sempre que manquin altres recursos legals per a llur cobrament”) demuestra claramente la sinrazón del recurrente».

suficiente que le fuese notificada la pendencia del proceso contra su consorte y el embargo”». Por lo tanto, de acuerdo con esta doctrina, no se plantea mayor problema cuando la anotación preventiva de embargo deriva de un previo proceso declarativo, cuyo tema litigioso ha sido la inoponibilidad de la donación y en el cual hayan sido demandados el deudor-donante y el donatario o sólo el deudor-donante si, por lo menos, se le notifica al donatario la pendencia del proceso¹⁸⁴.

Desde esta concepción de la inoponibilidad, hay que conceder que si el adquirente que ve declarado el acto de disposición inoponible repara el perjuicio ocasionado causa de la inoponibilidad –así, en el caso que nos ilustra, si satisface el crédito perjudicado–, podrá impedir las consecuencias que comporta la inoponibilidad, paralizando sus efectos, en particular evitando que se mantenga el poder de agresión del acreedor contra el bien enajenado. Por consiguiente, un primer límite a la inoponibilidad viene constituido por el propio perjuicio en que se sustenta. Y que, por otra parte, la inoponibilidad tiene como segundo límite la protección que el ordenamiento jurídico concede a los terceros de buena fe, de modo que el adquirente en el acto perjudicial quedará afectado por la inoponibilidad, pero el subadquirente de buena fe a título oneroso permanecerá inmune.

V. EL PLAZO DE EJERCICIO DEL MECANISMO PROTECTOR EX ARTÍCULO 340.3 DE LA COMPILACIÓN

1. LA DETERMINACIÓN DEL PLAZO

Por lo que se refiere al plazo de ejercicio de la acción que otorga el artículo 340.3 de la Compilación a los acreedores para defender la garantía patrimonial de su deudor frente a los actos gratuitos de disposición que este efectúa, últimamente la doctrina ha venido discutiendo el *dies a quo* de este ejercicio, sobre todo a raíz de la STSJ Cataluña de 30 de enero de 1992, antes citada. Por el contrario, no ha sido objeto de discusión cuál es el plazo en el que los acreedores deben ejercer el remedio protector que les concede aquel artículo.

En efecto, los autores se han mostrado coincidentes en la afirmación de que nos encontramos ante un plazo de caducidad de cuatro años. Han sido, en particular, Puig Ferriol y Roca Trías los defensores de esta tesis.

¹⁸⁴ Así también en relación a la inoponibilidad derivada del artículo 1317 del Código Civil y al subsiguiente mandamiento de embargo contra los bienes adjudicados e inscritos a favor del cónyuge no deudor, CABANILLAS SÁNCHEZ, *CCJC*, núm 11, *ob. cit.*, p. 3764; RAGEL SÁNCHEZ, *CCJC*, núm 14, *ob. cit.*, pp. 4542-4543; SANCIÑENA ASURMENDI, *ob. cit.*, pp. 182 ss. LINARES GIL, *ob. cit.*, pp. 73-79 y 81, además, defiende que los bienes donados puedan ser directamente trabados sin necesidad de un proceso declarativo judicial *ad hoc*, bastando con notificar el embargo al donatario quien podría discutir la efectiva concurrencia de los requisitos de aplicación del artículo 340.3 de la Compilación en el propio procedimiento de ejecución.

Estos autores se plantearon las siguientes posibilidades: la primera, aplicar el artículo 344, que establece que «las acciones y derechos, sean personales o reales, que no tengan señalado plazo especial... prescribirán a los treinta años...»; esta solución se basaría en que la reconocida en el artículo 340.3 no tiene ese plazo especial; en contra se puede alegar que el artículo 344 contiene normas sobre prescripción y las acciones rescisorias y revocatorias no prescriben, sino que caducan (Castro). Por otra parte, el origen visigodo del artículo 344 (usatge *Omnes causae*) impediría aplicarlo sin más a una institución autóctona, que en definitiva modifica la acción pauliana, manteniendo el sistema romano del fraude de acreedores. Por todas estas razones nos parece inaplicable el artículo 344 y el plazo de prescripción en él establecido. Otra solución sería aplicar el artículo 1299 del Código Civil que responde mejor al criterio romano. El plazo de cuatro años es más adecuado a la naturaleza de la acción, ya que en un supuesto parecido, en la rescisión por lesión, el artículo 323.3 establece un plazo de caducidad de cuatro años, que se adecúa también a la legislación hipotecaria (art. 37.3 LH)¹⁸⁵. En la jurisprudencia, se han expresado en favor de este plazo de caducidad de cuatro años la STSJ Cataluña de 30 de enero de 1992, a partir de la aplicación supletoria del artículo 1299 del Código Civil, y la SAP Barcelona de 6 de abril de 1990¹⁸⁶.

Por contra, Roca Sastre¹⁸⁷ defendió un plazo distinto, sin referirse a si era de prescripción o de caducidad, y sin apoyar tampoco su postura; en realidad, dedica a la cuestión la última línea de su trabajo: «[l]a acción revocatoria tiene una duración de cinco años, a contar de la fecha de la donación».

Decantarse por alguna de las posibilidades comentadas hasta este momento exige una primera constatación: en efecto, el artículo 340.3 de la Compilación guarda un silencio absoluto por lo que concierne al posible plazo de ejercicio de la acción, igual como a su hipotética naturaleza. Lo que no significa novedad alguna, sin embargo, ya que a lo largo de la tradición jurídica no se encuentra ninguna referencia de este tipo, ni en la constitución *per tolre fraus* ni en ninguno de los precedentes del vigente artículo.

Como decían Puig Ferriol y Roca Trías, entonces la primera solución que cabe pensar es que, a falta de un plazo específico, haya que acudir al plazo general del artículo 344.2 de la Compilación de treinta años, plazo

¹⁸⁵ PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Fundamentos*, ob. cit., p. 89; después, ROCA TRÍAS, en PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Instituciones*, ob. cit., pp. 177-178. De acuerdo con el razonamiento, EGEA FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 822.

¹⁸⁶ La calificación del plazo podría haber tenido trascendencia en esta sentencia por que si se consideraba un plazo de caducidad, según cuál se estimara que era el *dies a quo*, hubiera tenido que apreciarse de oficio. Siguiendo la opinión antes mencionada de Puig Ferriol y Roca Trías, se reputa aplicable supletoriamente el artículo 1299 del Código Civil y el plazo de caducidad de cuatro años, plazo que «no carece de específicas manifestaciones en la propia Compilación», en referencia al artículo 322 sobre rescisión por lesión.

¹⁸⁷ ROCA SASTRE, «La acción», ob. cit., p. 17.

que lo es de prescripción. Esta solución es la que, en relación al derecho civil estatal, ha adoptado el TS en relación al artículo 1317 del Código Civil que, como sabemos, determina un régimen de inoponibilidad al igual que el artículo 340.3 de la Compilación. La Sentencia de 27 de octubre de 1989¹⁸⁸, en atención a la inexistencia de previsión al respecto en este artículo, ha aplicado el plazo general de prescripción de las acciones personales de quince años. De los dos motivos de rechazo de esta posibilidad que alegan Puig Ferriol y Roca Trias, el argumento de que el origen visigótico del *usatge Omnes causae*, precedente histórico del vigente artículo 344 de la Compilación, impediría que fuera aplicable sin más a una institución autóctona, no parece demasiado consistente. Dejando a un lado que no se entiende por qué el carácter de *autóctono* no puede aplicarse a un *usatge*, el artículo 344 se expresa con la suficiente generalidad como para no hacer distinciones a partir de orígenes históricos remotísimos. En cuanto a que el artículo 344 se refiere a prescripción y que las acciones rescisorias no prescriben, supone un apriorismo sobre la naturaleza jurídica del remedio protector del artículo 340.3: en las páginas precedentes se ha intentado demostrar que la protección de los acreedores del donante se articula sobre la base de la inoponibilidad y no de la rescisión, por lo que no se puede compartir el argumento final en favor de un plazo de cuatro años del artículo 1299 del Código Civil por ser «el más adecuado a la naturaleza de la acción», ya que el artículo 340.3 de la Compilación no constituye supuesto alguno más o menos modificado o *especial* de acción pauliana, sino que se trata de un mecanismo distinto, que no impide ampararse en la pauliana pero que sí le resulta simultáneamente incompatible¹⁸⁹.

Hay que rechazar, por consiguiente, que la protección de los acreedores que se establece en el artículo 340.3 de la Compilación esté sometido a un plazo de caducidad de cuatro años, a pesar del prestigio de los autores que lo defienden y los pronunciamientos judiciales que lo aplican. Pugna en su contra, por un lado, por lo que se refiere al criterio analógico, que este es el plazo propio de las acciones rescisorias, como por ejemplo la acción de rescisión por lesión que sí tiene fijado un plazo de cuatro años, mientras que el artículo 340.3 se sitúa en el polo opuesto a las acciones rescisorias y, en particular, a la acción pauliana al dejar incólume la eficacia del acto perjudicial¹⁹⁰. Y, por otro lado, en cuanto a la aplicación

¹⁸⁸ Vid. *supra* nota 74 y texto concordante. Hay que señalar que la sentencia acepta la aplicación de este plazo por parte de la Audiencia, que lo aplicó sobre la base que la acción *ex* artículo 1317 del Código Civil no es de rescisión, como resulta de los FFDD primero y segundo.

¹⁸⁹ Cabe destacar, en este sentido que, en Italia, FERRARA SANTAMARIA, *ob. cit.*, p. 193, nota 10, quien como ya se ha mencionado configura la acción revocatoria como un supuesto de inoponibilidad, en plena coherencia con este planteamiento considera inaplicable el plazo quinquenal de prescripción de las acciones rescisorias que establecía el artículo 1300 *Codice* de 1865: «[c]onstruita la revocatoria come un'azione d'inopponibilità, resta escluso la possibilità della prescrizione quinquennale del 1300 c. c. Il tempo necessario per la prescrizione sarà quindi, come nelle altre ipotesi d'inopponibilità, trenta anni».

¹⁹⁰ A favor también de la aplicación analógica del artículo 322 de la Compilación, aunque a causa de las motivaciones que se indicarán en el apartado siguiente, MEZQUITA

supletoria del artículo 1299 del Código Civil, el mismo concepto de supletoriedad. La supletoriedad supone que ante la insuficiencia del ordenamiento jurídico de aplicación preferente, sea por falta de regulación, sea porque la regulación existente es incompleta, entra a colmar la laguna otro ordenamiento jurídico, en nuestro caso el ordenamiento jurídico civil estatal. La disposición final 4.^a de la Compilación es clara en este sentido: «en lo que no prevén las disposiciones del derecho civil de Cataluña rigen supletoriamente los preceptos del Código Civil»¹⁹¹. Por lo tanto, defender la aplicación supletoria del artículo 1299 del Código Civil es, de nuevo, hacer apriorismo de que el silencio del artículo 340.3 constituye una insuficiencia del ordenamiento jurídico civil catalán.

En mi opinión, es muy significativo que no sea simplemente el vigente artículo 340.3 de la Compilación el que guarde silencio sobre su plazo de ejercicio: esta es una constante que se mantiene no sólo a lo largo del período compilador, en el que siempre se podría invocar una presunta supletoriedad del Código Civil, sino que encuentra su primera manifestación en la misma constitución *Per tolre fraus*. Parece difícil, por lo tanto, sostener que a lo largo de más de cuatro siglos se ha omitido legalmente, de manera voluntaria o involuntaria, la cuestión del plazo de ejercicio de remedio protector. Entonces, si tenemos en cuenta que no he sabido encontrar ningún autor que haya analizado este problema en la tradición jurídica catalana, y que he rechazado la aplicación supletoria del artículo 1299 del Código Civil, ¿cuál es la solución?

La solución pasa por atender a la función que cumple el artículo 340.3 de la Compilación y a su concreción técnico-jurídica, es decir, a la inoponibilidad. La inoponibilidad, como se ha destacado en las páginas precedentes, constituye un mecanismo de defensa de los acreedores que les garantiza el mantenimiento de la garantía patrimonial con que contaban antes de que el deudor procediera a la realización de actos de enajenación a título gratuito, que deja incólume la eficacia jurídica del acto de disposición pero que faculta a los acreedores para permanecer inmunes a dicha eficacia. Planteada de esta manera la inoponibilidad, aquello que es esencial es el crédito a cuyo servicio —esto es, a su protección— se ordena el mecanismo. Esto permite descartar la aplicación al caso de plazo general de prescripción del artículo 344.2 de la Compilación, por una razón de coherencia y de oportunidad jurídica.

DEL CACHO, José Luis, «Sobre la supuesta especialidad del derecho catalán respecto al cómputo de la caducidad de la acción rescisoria de donaciones en fraude de acreedores (A propósito de la Sentencia de 30 de enero de 1992 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña)», *RJC*, 1994, pp. 165-166.

¹⁹¹ Para el concepto de supletoriedad, SALVADOR CODERCH, Pablo, «El Derecho civil de Cataluña. Comentario al nuevo artículo 1 de la Compilación catalana», en *La Compilación y su historia*, Barcelona, 1985, pp. 354 ss., y comentario a la disposición final cuarta de la Compilación, en *Comentaris a les reformes del dret civil de Catalunya*, ob. cit., pp. 785-789; MIRABELL ABANCÓ, Antoni, comentario al artículo 26.1 y 2, en *Comentari sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*, vol. I, Barcelona, 1988, pp. 357 ss.

¿De qué sirve un plazo de prescripción de treinta años para proteger, pongamos por caso, un crédito nacido de responsabilidad extracontractual que tiene un plazo de exigibilidad de un año (art. 1968.2 del Código Civil). ¿Para proteger al cónyuge con derecho a la cuarta viudal, derecho que prescribe a los cinco años (art. 384.4.º del Código de Sucesiones)? ¿Para la protección del derecho de crédito en qué consiste la legítima catalana que es exigible durante quince años (art. 378 del Código de Sucesiones)? No tiene sentido, en efecto, que el plazo del remedio protector de los acreedores tenga una vigencia más prolongada que el crédito que se trata de proteger.

Con esto nos acercamos a la solución que propongo. Creo que el silencio del artículo 340.3 de la Compilación, como antes el de la constitución *per tolre fraudis*, es consciente: una vez que se construye el sistema de protección de los acreedores sobre la noción esencial del perjuicio con exclusividad, la protección no puede ir más allá que el crédito que es protegido. Ésta es la razón por la que no existe un plazo único. Los acreedores pueden ampararse en el artículo 340.3 mientras el crédito protegido del perjuicio sea exigible, de modo que, en si mismo considerado, el remedio protector carece de un plazo de vigencia propio¹⁹². El plazo durante el que puede aplicarse la inoponibilidad que resulta de este artículo de la Compilación catalana es el de exigibilidad del crédito susceptible del perjuicio derivado del acto del deudor¹⁹³.

Si se aceptan estos argumentos, la conclusión a la que se llega es que el plazo de ejercicio del artículo 340.3 de la Compilación será de caducidad o de prescripción en función de si el derecho protegido lo está, a su vez, a uno de aquella o esta modalidad¹⁹⁴.

¹⁹² Así también LINARES GIL, *ob. cit.*, pp. 64-65: «no existe un plazo de inoponibilidad. (...) La inoponibilidad desplegará sus efectos mientras subsistan los créditos», a no ser, por supuesto, que el donatario pueda alegar prescripción, lo que prácticamente en Cataluña sólo puede pensarse en relación a los bienes muebles en atención a su plazo más breve de seis años (art. 342 de la Compilación, que indica para los inmuebles uno de treinta años en el cual habrán prescrito la mayoría de créditos).

¹⁹³ No creo, pues, que pueda ser aplicable a la solución que propongo la crítica que formuló a la hipotética aplicación del plazo general de prescripción del artículo 344.2 de la Compilación o a la inexistencia de plazo (de manera que las donaciones «no perjudicarán nunca»). MEZQUITA DEL CACHO, *ob. cit.*, p. 162: «incertidumbre jurídica a la que conduciría tanto una tesis como otra, habida cuenta de la transmisibilidad sucesoria de todas las acciones, y entre ellas de la rescisoria, con la consiguiente repercusión sobre el tráfico de todos los inmuebles en cuya historia anterior hubiera acaecido alguna donación».

De la opinión transcrita *supra*, nota 80, de RODRÍGUEZ MORATA, *ob. cit.*, pp. 202-204, en el sentido de que el ejercicio por los acreedores de la prescripción ganada y renunciada por su deudor, supuesto que he calificado de inoponibilidad, no está sometido a plazo alguno de caducidad, no creo que se pueda inferir que en cualquier momento sea alegable, sin sumisión a ningún tipo de plazo. Lo que sucede es que este autor parece pensar en el ejercicio vía excepción de la prescripción ganada (p. 211), que entonces sí que no está sujeta a limitación temporal.

¹⁹⁴ Sin embargo, no creo descabellado que pueda defenderse que la protección *ex artículo 340.3* está sometida siempre a un plazo de caducidad, con la finalidad de evitar que puedan desconectarse la vigencia del crédito protegido y del mecanismo de protección, de modo que fuera siempre apreciable de oficio.

2. EL DIES A QUO

Una cuestión distinta es la relativa al *dies a quo* de ejercicio de la acción *ex* artículo 340.3 de la Compilación. Con independencia del crédito que se trate de proteger y, en concreto, de su plazo de exigibilidad, el *dies a quo* debe ser invariable. Pues bien, las posibilidades teóricas son dos: considerar que el plazo de ejercicio empieza a correr desde que se realizó el acto de disposición a título gratuito o que lo hace desde que el acreedor perjudicado tuvo –o pudo tener– conocimiento de él.

El TSJ Cataluña, en la ya citada Sentencia de 30 de enero de 1992, se decantó por la segunda opción. Más en concreto, determinó como *dies a quo* la fecha en la que el acto de disposición tuvo acceso al Registro de la propiedad. El argumento esencial que se utiliza, además de la jurisprudencia del TS en otras materias pero de la que se sirve para el razonamiento analógico, es el siguiente: «la doctrina más autorizada cree que siendo tan fáciles en esta materia las ocultaciones fraudulentas por parte de los deudores, el plazo de caducidad ha de contarse desde que el acreedor debió conocer la existencia del negocio jurídico fraudulento, tesis que concuerda con los principios que inspiran la tradición jurídica catalana, contraria a la aplicación automática del artículo 37, *in fine* de la Ley Hipotecaria, cuidadosa de evitar a toda costa el perjuicio de los acreedores del donante estableciendo un sistema de publicidad registral». Con anterioridad, la SAP Barcelona de 6 de abril de 1990 había aplicado el mismo criterio con una línea argumental muy parecida: «si bien la Compilación ha suprimido el requisito de la insinuación, de ello no cabe deducir que la fecha de la donación oculta –a ello no es obstáculo su incorporación a un archivo notarial–, determine el inicio del cómputo del plazo de caducidad ya que, como sostiene la sentencia de esta misma Sala de 5 de marzo de 1990, en tal caso la previsión no sólo se revelaría inútil, sino contraria al principio de que tan sólo pueden perecer y caducar aquellas acciones y derechos que objetivamente pudieron ser ejercitados y, en el presente caso, dada la clandestinidad de la donación, su eficacia no puede ser controvertida hasta que ha surgido a la luz en el presente litigio»¹⁹⁵.

Contra esta solución jurisprudencial se manifestó en contra de forma rotunda Mezquita del Cacho. Según su parecer, y dejando ahora a un lado la alegación de que la interpretación que hace la sentencia vulnera la Constitución –el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de derecho civil– porque el derecho catalán no puede contener especialidad alguna –por carecer de competencia para

¹⁹⁵ Igualmente, la SAP Barcelona (Sección Decimosexta) de 3 de marzo de 1997 (*RJC, Jurisprudència*, 1997, pp. 698-700, ponente: Sra. Amat). Puede tenerse en cuenta, también, el argumento analógico que se obtiene del artículo 23.2 Ley catalana 6/1990, de 16 de marzo, de censos, que establece que, en defecto de notificación, el derecho de retracto en que se manifiesta la *fadiga* podrá ejercitarse en el plazo de un año desde la fecha de la inscripción de la enajenación en el Registro de la propiedad.

ello¹⁹⁶— en la determinación del *dies a quo*, el principio legal es otro, y es el que se encuentra en el artículo 37 LH. Este artículo señala que el cómputo de las acciones rescisorias se inicia desde el día de la enajenación fraudulenta, sin que la referencia al «tercero» constituya ningún obstáculo, por cuanto lo es al «tercero civil» en sentido amplio. Por consiguiente, habría que computar desde la fecha de la enajenación y no desde la fecha de su acceso al Registro¹⁹⁷.

Resulta innecesario, ahora, volver a discutir sobre la naturaleza jurídica del remedio protector del artículo 340.3 de la Compilación y afirmar que, una vez se ha negado que se trate de una acción rescisoria, poco importa la interpretación que merezca el artículo 37 LH. Otros autores han aportado argumentos en favor de la doctrina sentada por el TSJ Cataluña desde la perspectiva, además, de la acción pauliana. En particular, ha sido Jordano Fraga quien ha defendido esta posición, recurriendo como argumento esencial al artículo 1969 del Código Civil, que se refiere al «día desde que pudieron ejercitarse» las acciones, día que ha de reputarse aquél en que se tuvo la posibilidad de conocer la existencia del acto de enajenación, lo que acontece con su inscripción en un Registro público, en particular el Registro de la propiedad¹⁹⁸.

¹⁹⁶ Considera MEZQUITA DEL CACHO, *ob. cit.*, pp. 163-164, que la pretendida existencia de un cómputo «especial» del plazo de ejercicio de la acción rescisoria «invade el área de las “bases de las obligaciones contractuales”»; materia acerca de la cual el artículo 149, apartado 1, regla 8.ª, de la Constitución española, reserva al Estado la competencia legislativa exclusiva; de modo de cualquier norma legal especial de Derecho civil catalán concierne a este área, sería inconstitucional, y ello tanto si fuera anterior como posterior a la Constitución». Aunque aceptemos dialécticamente que el artículo 340.3 constituye un supuesto de acción rescisoria e, incluso, que la interpretación que haga de una norma un Tribunal pueda ser inconstitucional porque vulnera el reparto constitucional de competencias —recordemos que el artículo del autor analiza una STSJ Cataluña y no un texto legal, porque el artículo 340.3 no se pronuncia expresamente sobre el tema—, no podemos estar de acuerdo con la tacha de inconstitucionalidad, por una razón obvia: ninguna norma de Derecho civil catalán anterior a la Constitución puede resultar inconstitucional por defecto de competencia autonómica, porque si la norma es preconstitucional, es una ley estatal y no autonómica, y no hay posible invasión competencial (la Compilación era Ley de las Cortes Españolas de 21 de julio de 1960), y no parece admisible postular la inconstitucionalidad derivada de la incorporación al Texto Refundido de 1984, que se limitó a traducir al catalán dicho artículo. Además, sea cual sea la interpretación que haya que dar a las «bases de las obligaciones contractuales» (compárense BERCOVITZ-RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Las bases de las obligaciones contractuales en el artículo 149.1.8.ª de la Constitución», y RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción, «Sobre la interpretación de la expresión “bases de las obligaciones contractuales” del artículo 149.1.8.ª de la Constitución», ambos en MORENO QUESADA, Bernardo (coordinador), *Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1989, pp. 98 ss. y 225 ss.; BADOSA COLL, Ferran, «La competencia de la Generalitat i les bases de les obligacions contractuales», ponencia de las *Sisenes Jornades de Dret Català a Tossa*, inédita; GAYA SICILIA, Regina, *Las «bases de las obligaciones contractuales»*, Madrid, 1991; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz, *Bases de las obligaciones contractuales en la Constitución (art. 149.1.8.ª)*, Madrid, 1991, y «Breves reflexiones sobre la doctrina constitucional relativa a las bases de las obligaciones contractuales», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 1, 1993, pp. 151 ss.) lo que resulta innegable es que son, justamente, bases, de manera que no es defendible la equiparación entre derecho de obligaciones y competencia exclusiva del Estado.

¹⁹⁷ MEZQUITA DEL CACHO, *ob. cit.*, especialmente pp. 169-170.

¹⁹⁸ JORDANO FRAGA, «El *dies a quo*», *ob. cit.*, pp. 111 ss.

También García García¹⁹⁹ se muestra favorable a la interpretación realizada por el TSJ Cataluña, tanto desde el punto de vista del Código civil (la posibilidad de ejercicio del art. 1969 del CC), la LH (la referencia del art. 37 al «día de la enajenación fraudulenta» se ha de entender hecha a la enajenación publicada por el Registro, apoyándose en la Exposición de Motivos de la LH de 1861 y en la interpretación lógica del precepto, ya que si la enajenación no se inscribe no puede ser aplicada y sólo desde la fecha de la inscripción existe para terceros) y el propio derecho civil catalán. En efecto, como ya sabemos, el precedente histórico del vigente artículo 340.3 de la Compilación, la constitución *Per tolre frauds*, se fundamentaba en la registración de las donaciones, criterio que debe mantenerse a pesar de que se haya prescindido del requisito de la insinuación (art. 340.1 de la Compilación).

Además, esta es la interpretación por la que se decanta la jurisprudencia del TS más reciente. Primero fue la Sentencia de 16 de febrero de 1993 y, luego, la de 4 de septiembre de 1995, en la que textualmente se afirma, con cita de la anterior: «se puede ejercitar la acción rescisoria desde el acto fraudulento, mas, si el mismo se oculta, desde el conocimiento que, como hablamos de posibilidad legal, siempre será desde la inscripción en el Registro como *dies a quo*»²⁰⁰.

Pues bien, creo que esta es la solución que hay que defender para el artículo 340.3 de la Compilación catalana. No sólo por el inciso final del artículo 1969 del Código Civil, que ciertamente aboga por la posibilidad del ejercicio de la acción sólo si se conoce la existencia del acto perjudicial, sino porque la tradición jurídica, en tema de protección de los acreedores, se ha basado en la publicidad derivada de la inscripción del acto de disposición a título gratuito y, aunque la insinuación ya no forma parte del derecho vigente, sí que su *ratio* debe inspirar la interpretación del artículo (art. 1.2 de la Compilación) en favor de los acreedores, quienes deben resultar protegidos frente a los actos clandestinos que les perjudiquen. El «no perjuicio» que persigue el artículo 340.3 representa el argumento esencial que permite afirmar que el *dies a quo*, de ejercicio del remedio protector, viene determinado por el conocimiento del acto de dis-

¹⁹⁹ GARCÍA GARCÍA, José Manuel, «La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de enero de 1992 en relación con el cómputo de la acción rescisoria a partir de la publicidad registral», *RJC*, 1995, pp. 207 ss.

²⁰⁰ *RAJ* 774, ponente: Sr. Malpica González-Elipe (curiosamente se trata de un asunto proveniente del juzgado de Primera Instancia de la Bisbal d'Empordà, y en el recurso de casación se alega conjuntamente la infracción del artículo 340.3 de la Compilación en cuanto al *dies a quo*), y *RAJ* 9203, ponente: Sr. Fernández-Cid de Temes, respectivamente. Más conciliadora resulta la STS de 4 de noviembre de 1996, *RAJ* 7910, ponente: Sr. Almagro Nosete: «el cómputo deberá realizarse atendidas las peculiaridades del caso concreto, armonizándose los intereses generales que exigirían hacerlo a partir de la celebración del acto (...) y los propios de los interesados, que exigen el conocimiento del daño y la posibilidad de actuar». Se puede comprobar, pues, que ha desaparecido la presunta «especialidad» de la STSJ Cataluña de 30 de enero de 1992 y, por consiguiente, el argumento de inconstitucionalidad de MEZQUITA DEL CACHO (*supra*, notas 190 y 196).

posición ²⁰¹, conocimiento que necesariamente se deriva –por lo menos su posibilidad– de la inscripción en el Registro de la propiedad como mecanismo legal de publicidad de las titularidades jurídico-reales.

Ahora bien, hechas las anteriores afirmaciones, hay que decir que la determinación del *dies a quo* en el caso del artículo 340.3 y de la solución que propongo en cuanto a su plazo de ejercicio es intrascendente. En efecto, la concreción del momento inicial de ejercicio de una acción tiene relevancia cuando la acción es autónoma e interesa averiguar el período de tiempo durante el que puede ser utilizada eficazmente. Pero si se considera que la acción no es independiente, sino que, instituida como mecanismo de protección del crédito, se encuentra tan íntimamente vinculada a éste que es ejercitable exclusivamente mientras el crédito es exigible, lo que interesa realmente es la fijación del tiempo de exigibilidad de dicho crédito, con lo que la fijación del *dies a quo* –que podría determinar, y aquí radica el interés del tema, una mayor duración de la acción–, pierde buena parte de su importancia*.

²⁰¹ Recuérdese, en este sentido, la cita de XAMMAR, *supra*, nota 24 y texto correlativo. Por otra parte, en el derecho catalán vigente se encuentra algún supuesto en que se reconoce que es el conocimiento de los hechos lo que permite el ejercicio de ciertos derechos, como el retracto hereditario (art. 51.2 del Código de Sucesiones); véase, también, el artículo 242.2 de este mismo Código.

* El presente trabajo se concluyó en marzo de 1998. Desde entonces y hasta el momento de redactar estas líneas (octubre de 1999) han aparecido diversas publicaciones, que abordan la materia que ha sido objeto de estudio. De entre todas ellas, creo que merecen destacarse las monografías de Juan Antonio FERNÁNDEZ CAMPOS, *El fraude de acreedores: la acción pauliana*, Bolonia, 1998, donde, con gran derroche de argumentos, profundiza en la consideración de la acción pauliana como un régimen específico de ineficacia relativa parcial, ya apuntada en su repetidamente citado comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1995», publicado en 1996 en *La Ley*, a la vez que se esfuerza por distinguir inoponibilidad y pauliana (pp. 281-285); y la de Carmen JEREZ DELGADO, *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos*, Madrid, 1999. Asimismo, quiero dar noticia de la RDGRN de 28 de marzo de 1998 (*Ar. Civ.* 1863), que confirma el Auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 5 de diciembre de 1994 (véase *supra* nota 183), mas sin aportar ningún razonamiento novedoso (entre otros motivos, por lo dispuesto en la disposición adicional 7.ª LOPJ).