

ORESTE GHERSON ROCA MENDOZA

INEFICACIA DE LOS ACTOS DEL DEUDOR

por fraude a los acreedores



GACETA
CIVIL
& procesal civil

ORESTE ROCA MENDOZA

INEFICACIA DE LOS ACTOS DEL DEUDOR

por fraude a los acreedores

GACETA
JURIDICA

AV. ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES

☎ (01) 710-6900 / TELEFAX: (01) 241-2323

www.gacetajuridica.com.pe

GACETA
CIVIL
& procesal civil
INFORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA ABOGADOS Y JUECES

**INEFICACIA DE LOS ACTOS DEL DEUDOR
POR FRAUDE A LOS ACREEDORES**

PRIMERA EDICIÓN
JUNIO 2013
3,240 Ejemplares

© **Oreste Gherson Roca Mendoza**
© **Gaceta Jurídica S.A.**

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN
TOTAL O PARCIAL
DERECHOS RESERVADOS
D.LEG. N° 822

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA
BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
2013-08111

LEY N° 26905 / D.S. N° 017-98-ED

ISBN:
978-612-311-059-8

REGISTRO DE PROYECTO EDITORIAL
31501221300453

DIAGRAMACIÓN DE CARÁTULA
Martha Hidalgo Rivero

DIAGRAMACIÓN DE INTERIORES
Rosa Alarcón Romero

GACETA JURÍDICA S.A.

ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES

LIMA 18 - PERÚ

CENTRAL TELEFÓNICA: (01)710-8900

FAX: 241-2323

E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe

Impreso en:
Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto 201-Surquillo
Lima 34-Perú

PRÓLOGO

El libro que presento ha sido escrito por Oreste Gherson Roca Mendoza, un joven abogado sanmarquino, a quien conocí siendo miembro del jurado de sustentación de su tesis sobre el tema de este libro en noviembre de 2011. Su simpatía por el Derecho Civil no solo se notó en la elaboración de su tesis, sino en su constancia sucesiva de estudiar las doctrinas extranjeras que influenciaron a las instituciones de Derecho Civil. El autor –ahora estudiante de la Maestría en Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú– forma parte de una nueva generación de jóvenes estudiosos civilistas críticos al actual estado de cosas del Derecho Civil en el Perú donde abunda la mediocridad en las argumentaciones jurídicas y la orfandad de conocimientos jurídicos.

Por otro lado, el autor define a la “acción revocatoria ordinaria o pauliana” como “un derecho potestativo que otorga el ordenamiento jurídico al acreedor, que consiste en establecer la ineficacia de un acto de disposición patrimonial de su deudor frente a él, imposibilitando o disminuyendo la posibilidad del pago de la deuda en sede ejecutiva; es decir, que los efectos de ese acto de autonomía privada (válido) no serán oponibles a él”. En efecto, la denominada impugnación pauliana no está clasificada dentro de las invalideces, sino en la categoría de la “ineficacia en sentido estricto, en que un obstáculo exterior se opone a la producción de algunos de los efectos jurídicos del negocio jurídico afectado”. De ahí que el acto impugnado es “un acto perfectamente válido, lícito y eficaz entre las partes que lo celebraron, pero lesiona la expectativa jurídica de los acreedores” (CURA MARIANO, João. *Impugnação pauliana*. 2ª Edição revista e aumentada, Edições Almedina, Coimbra, 2008, pp. 87 y 93). Asimismo, el autor sostiene que “el acto impugnado es aquel acto que ataca el patrimonio de la otra parte en una relación contractual, bajo un criterio cuantitativo y cualitativo, perjudicando los intereses de la contraparte en sede ejecutiva, siendo ello suficiente para integrar el *eventus damnis*, y que debe comprobarse al momento de invocar la acción pauliana”. Cierto, no basta que “el deudor haya practicado un acto de disminución de su patrimonio para que cualquier

acreedor pueda impugnarlo, también se exige que esa disminución ponga en peligro la posibilidad de satisfacer el respectivo crédito". En la secuencia del acto negocial "se verifica una salida del patrimonio del deudor de un bien de valor equivalente al bien que ingresó, verificándose, una pérdida cualitativa". Dicha "pérdida cualitativa ya es una lesión actual de esa garantía del acreedor que le causa un perjuicio efectivo y que justifica la intervención de la impugnación pauliana como medio de tutela de la referida expectativa jurídica" (CURA MARIANO, João. *Impugnação pauliana*. 2ª Edição revista e aumentada, Edições Almedina, Coimbra, 2008, pp. 172-173). Para corroborar ello, el autor afirma –a propósito del artículo 97 del Código Penal– que "es posible tomar como límite de la inoponibilidad en función a la pretensión del monto resarcitorio pedido por el agraviado o el Ministerio Público o el Procurador Público si el agraviado es el Estado, por lo que reafirmo la idea de que también en sede penal se debería aplicar como remedio la ineficacia pauliana y no la nulidad, incluso siendo un remedio civil aun cuando esté en la legislación penal, no pierde la conexión con la legislación civil, teniendo que ser su fuente para aplicar dicho remedio hasta el punto de leer el artículo 97 en clave civil, como corresponde". Comparto la opinión del autor y a continuación me referiré a dicho tema.

Desarrollaré mi opinión respecto al fraude contra los acreedores en el Código Penal.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los problemas actuales en el Derecho Civil es la aplicación de la doctrina civil en otras normativas de una manera coherente.

Un problema concreto es que por un lado el artículo 195 del Código Civil peruano de 1984 (en adelante, CC de 1984) establece que el acreedor puede pedir que se declaren "ineficaces" respecto de él los actos gratuitos o los actos onerosos del deudor cuando del acto del deudor resulta la imposibilidad de pagar íntegramente la prestación debida, o se dificulta la posibilidad de cobro. Por otro lado, el artículo 97 del Código Penal de 1991 (en adelante, CP) indica que los actos practicados o las obligaciones adquiridas con posterioridad al hecho punible son "nulos"

en cuanto disminuyan el patrimonio del condenado y lo hagan insuficiente para la reparación. Ambas normas regulan el fraude contra los acreedores, pero con efectos jurídicos aparentemente diferentes.

Ahora bien, el CC de 1984 menciona como remedio la ineficacia de los actos o de los contratos con fraude contra los acreedores. Dicha ineficacia se denomina en doctrina “ineficacia en sentido estricto” o “inoponibilidad”. Y esta ineficacia no es nulidad por cuatro razones: (i) Una primera razón es que la ineficacia es respecto al acreedor y no respecto al deudor o al tercero contratante. Es decir, para el deudor y el tercero contratante el acto es válido y eficaz; y no nulo. Solo para el acreedor el acto es ineficaz. Un contrato nulo es ineficaz para todas las partes contratantes; (ii) Una segunda razón es que la normativa del fraude a los acreedores del CC de 1984 importó la normativa del Código Civil italiano de 1942 que regula la “ineficacia” y no la nulidad; (iii) Una tercera razón es que en el fraude contra los acreedores, solo el acreedor puede invocar la ineficacia a diferencia de la nulidad que puede ser invocada por las partes mismas del contrato, el tercero con legítimo interés y el Ministerio Público (primer párrafo del artículo 220 del CC de 1984). En el fraude contra los acreedores ni el deudor ni el tercero contratante pueden pedir la ineficacia; (iv) Una cuarta razón es sobre los plazos de prescripción. Al amparo del numeral 1 del artículo 2001 del CC de 1984 el derecho de pedir la nulidad de un contrato prescribe a los 10 años. De conformidad con el numeral 4 del artículo 2001 del CC de 1984 el derecho de solicitar la ineficacia prescribe a los 2 años. En esta última norma se menciona a la “acción revocatoria” la cual se aplica al fraude contra los acreedores como lo ha informado claramente la doctrina nacional¹.

Entonces, si entre “ineficacia” y “nulidad” hay diferencias sustanciales por las cuatro razones indicadas, ¿por qué el artículo 97 del CP señala como remedio la “nulidad” y no la “ineficacia”? Si aplicamos la nulidad del artículo 97 del CP, en el fondo estamos inaplicando la ineficacia del artículo 195 del CC de 1984. Ambas normas forman del sistema jurídico que regula el fraude contra los acreedores. Y por ello

1 CASTILLO FREYRE, Mario. “Plazo prescriptorio de la acción de ineficacia de los actos jurídicos celebrados por el representante”. En: *Revista jurídica del Perú*. Año LIV, N° 55, Editora Normas Legales, Trujillo, marzo/abril, 2004, pp. 134-135.

esta inaplicación generaría una vulneración de la coherencia del ordenamiento jurídico y producirá consecuentemente una antinomia.

En efecto, la coherencia es “una propiedad necesaria de los sistemas normativos puros”². Dicha propiedad ha sido resaltada en el primer párrafo del Fundamento 48 de la Sentencia del Tribunal Constitucional en el Caso Gobierno Regional de San Martín (Expediente N° 047-2004-AI/TC) de 24 de abril de 2006:

“De lo dicho se concluye que la normatividad sistémica descansa en la coherencia normativa. Dicha noción implica la existencia de la unidad sistémica del orden jurídico, lo que, por ende, indica la existencia de una relación de armonía entre todas las normas que lo conforman”.

De ahí que se diga que el Derecho “es un sistema de normas metodológicamente ordenadas en un sistema”³. Lo contrario a la coherencia es la antinomia. Uno de sus significados aplicable al presente informe es el siguiente:

“a) en un sistema jurídico, existe una antinomia siempre que un determinado comportamiento esté deónticamente calificado de dos modos incompatibles en dos diversas normas pertenecientes al sistema, o b) en un sistema jurídico, existe una antinomia siempre que para un determinado supuesto de hecho estén previstas dos consecuencias jurídicas incompatibles por dos normas diversas pertenecientes al sistema”⁴.

En el Fundamento 51 de la Sentencia del Tribunal Constitucional en el Caso Gobierno Regional de San Martín (Expediente N° 047-2004-AI/TC) define a la antinomia de la siguiente manera:

“Como expresión de lo expuesto puede definirse la antinomia como aquella situación en que dos normas pertenecientes al mismo

2 ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. 5ª reimpresión, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2006, p. 102.

3 VISENTINI, Gustavo. *Lezioni di teoria generale del diritto*. Terza edizione riveduta, Cedam, Padua, 2008, p. 47.

4 GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Traducción de Marina Gascón y Miguel Carbonell, Editorial Porrúa, México, 2010, p. 68.

ordenamiento y con la misma jerarquía normativa son incompatibles entre sí, por tener el mismo ámbito de validez”.

Las situaciones de antinomias son situaciones de incompatibilidad entre dos normas, según las cuales la aplicación de una excluye la aplicación de la otra⁵.

Entonces, es necesario proponer una solución para eliminar la antinomia entre los artículos 195 del CC de 1984 y 97 del CP en cuanto a sus efectos jurídicos entendidos como remedios.

II. FRAUDE A LOS ACREEDORES: ENTRE LA NULIDAD Y LA INEFICACIA EN SENTIDO ESTRICTO (O INOPONIBILIDAD) EN EL CÓDIGO PENAL

El artículo 195 del CC de 1984 tomó en cuenta el artículo 2901 del Código Civil italiano de 1942 que regula la ineficacia o la revocatoria como se conoce en la doctrina italiana.

Hay fraude al crédito cuando la actividad o la inercia del deudor perjudican efectivamente la posibilidad de satisfacer el crédito sobre los bienes del deudor. El fraude al crédito se produce cuando se realizan actos que implican la pérdida o la limitación de los derechos patrimoniales del deudor o a la asunción de pasividad son los actos de disposición del patrimonio del acreedor. La función de la “acción revocatoria” es tutelar al acreedor contra los actos de disposición que ponen en peligro el derecho de crédito. Se tutela al acreedor para que pueda solicitar judicialmente la ineficacia de los actos perjudiciales efectuados por el deudor. Por ello, el ordenamiento jurídico otorga al acreedor el poder revocatorio⁶. Basta el conocimiento del alcance del acto en cuanto pueda suponer un perjuicio a la garantía patrimonial que corresponde a los acreedores sobre el patrimonio del deudor⁷. El efecto de la revocatoria

5 MODUGNO, Franco. “La teoría del ordenamiento”. En: *Appunti pe una teoria generale del diritto, La teoria del diritto oggettivo*. Terza edizione, Con il contributo di Alfonso Celotto, Rosalia D’Alessio e Marco Ruotolo, Giappichelli, Turín, 2000, p. 104.

6 BIANCA, Massimo. *Diritto civile, La responsabilità*. Volume V, Giuffrè Editore, Milán, 1999, pp. 434-435.

7 BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. Traducción y Notas de Derecho Español por José Luis de los Mozos, Tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970, p. 453.

con relación a los terceros es la ineficacia relativa o inoponibilidad del acto revocante al acreedor revocante, mientras respecto a las partes y a los otros acreedores el acto revocado conserva su eficacia. Así las cosas, el fundamento sustancial de la acción revocatoria se puede –seguramente– identificar en una ineficacia doblemente relativa del acto de disposición del deudor con referencia a los sujetos y a los límites en que se verifican⁸. De ahí que el acreedor tiene el poder de solicitar la declaración de ineficacia del acto y la sentencia tiene una naturaleza meramente declarativa. La naturaleza declarativa de la sentencia implica la ineficacia originaria del acto y por eso el acto conserva su eficacia con relación a los acreedores que no hayan ejercitado la acción⁹.

Los intereses de los acreedores a la conservación del derecho de crédito se convierten relevantes cuando la actividad o inercia del deudor perjudican efectivamente la posibilidad de satisfacer el crédito sobre sus bienes. Lo que viene tutelado es el interés de los acreedores a asegurar la satisfacción de sus derechos crediticios.

Los actos que implican la pérdida o la limitación de los derechos patrimoniales del deudor o a la asunción de pasividad son los actos de disposición del patrimonio del acreedor. Son los actos que el deudor enajena, limita, renuncia o modifica derechos patrimoniales o asume pasividad.

El efecto de la revocatoria con relación a los terceros es la ineficacia relativa o inoponibilidad del acto revocante al acreedor revocante mientras respecto a las partes y a los otros acreedores el acto revocado conserva su eficacia. Así las cosas, el fundamento sustancial de la acción revocatoria se puede seguramente identificar en una ineficacia doblemente relativa del acto de disposición del deudor con referencia a los sujetos y a los límites en que se verifican¹⁰.

La ineficacia como remedio jurídico para el fraude contra los acreedores es aceptada mayoritariamente por la doctrina europea. En efecto,

8 NATOLI, Ugo. “Revocatoria ordinaria”. En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo IV, Giuffrè Editore, Varese, 1959, p. 889.

9 BIANCA, Massimo. *Diritto civile, La responsabilità*. Volume V, Giuffrè Editore, Milán, 1999, p. 457.

10 NATOLI, Ugo. Ob. cit., p. 889.

son inoponibles a los terceros o a algunos terceros el contrato celebrado conscientemente por las dos partes en fraude del acreedor de una de ellas (inciso c) del numeral del artículo 154 del Anteproyecto del Código Europeo de los Contratos).

El Código Civil peruano de 1936 denominaba al remedio del fraude contra los acreedores como acción de anulabilidad o acción revocatoria. De ahí que se decía que “el efecto de la pauliana es que no subsista el acto impugnado y la cosa se restituya al deudor en el mismo estado en que se hallaba antes del acto invalidado. Así, si el acto fue oneroso, igualmente el bien volverá a poder del deudor, devolviendo este al tercero el exiguo precio que le había pagado, o se levantará el gravamen real establecido sobre el bien. Las cosas vuelven a su estado anterior”¹¹.

El Código Civil de 1936 fue influenciado por el Código Civil de Argentina de 1869.

Es claro que el legislador y la doctrina del Código Civil de 1936 confundían revocación con anulabilidad por la influencia del Código Civil de Argentina. Según este Código Civil, el acreedor quirografario puede demandar la “revocación” de los actos celebrados por el deudor en perjuicio o en fraude de sus derechos (artículo 961); la “revocación” de los actos del deudor será solo pronunciada en el interés de los acreedores que la hubiesen pedido, y hasta el importe de sus créditos (artículo 965); si el acto del deudor insolvente que perjudicase a los acreedores fuere a título gratuito, puede ser “revocado” a solicitud de estos, aun cuando aquel a quien sus bienes hubiesen pasado, ignorase la insolvencia del deudor (artículo 967); si la acción de los acreedores es dirigida contra un acto del deudor a título oneroso, es preciso para la revocación del acto, que el deudor haya querido por ese medio defraudar a sus acreedores, y que el tercero con el cual ha contratado, haya sido cómplice en el fraude (artículo 968); y revocado el acto fraudulento del deudor, si hubiere habido enajenaciones de propiedades, estas deben volverse por el que las adquirió, cómplice en el fraude, con todos sus frutos como poseedor de mala fe (artículo 971). Para la normativa argentina siempre tuvo claro como la peruana de 1936 que una cosa es la consecuencia jurídica

11 LEÓN BARANDIARÁN, José. *Manual del acto jurídico*. Tercera edición aumentada y corregida, Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1964, p. 41.

de la “revocación” y otra la “nulidad”. Para la normativa argentina la “revocación” no era “nulidad” sino “anulabilidad”. Así se menciona que son nulos los actos jurídicos en que los agentes hubiesen procedido con simulación o fraude presumido por la ley, o cuando fuese prohibido el objeto principal del acto, o cuando no tuviese la forma exclusivamente ordenada por la ley, o cuando dependiese para su validez de la forma instrumental, y fuesen nulos los respectivos instrumentos (artículo 1044). Por el contrario, son anulables los actos jurídicos, cuando sus agentes obraren con una incapacidad accidental, como si por cualquiera causa se hallasen privados de su razón, o cuando no fuere conocida su incapacidad impuesta por la ley al tiempo de firmarse el acto, o cuando la prohibición del objeto del acto no fuese conocida por la necesidad de alguna investigación de hecho, o cuando tuviesen el vicio de error, violencia, fraude o simulación; y si dependiesen para su validez de la forma instrumental, y fuesen anulables los respectivos instrumentos (artículo 1045). En cuanto a los plazos de prescripción, la acción de nulidad y la acción de anulabilidad prescribían a los 10 años (artículo 4023).

Así, un sector importante de la doctrina argentina reconoce que la ineficacia en sentido estricto o la inoponibilidad es diferente a la nulidad:

“Por nuestra parte, sostenemos que la inoponibilidad, como causal independiente de ineficacia de actos jurídicos, a diferencia de la nulidad de ellos, es una sanción establecida por la ley a un acto válido en su comienzo, pero se torna ineficaz por incumplimiento de algún requisito adicional que le es exigido por la ley para la producción plena de sus efectos, especialmente en relación a determinados terceros, los llamados terceros interesados.

Los efectos de la inoponibilidad consisten en la imposibilidad que tienen las partes del acto jurídico válido, de fundar en él las pretensiones jurídicas dirigidas al tercero protegido por la ley; y por parte de este tercero interesado, la inoponibilidad del acto se traduce en la posibilidad de actuar jurídicamente como si el acto no se hubiese celebrado”¹².

12 LLOVERA DE RESK, María Emilia. *Tratado teórico-práctico de las nulidades*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 20.

Ahora bien, el Código Civil peruano de 1936 estableció como remedio jurídico la “revocación” equivalente a la “anulabilidad” pero no a la “nulidad”: (i) Los actos de disposición a título gratuito practicados por el deudor insolvente, o reducido a la insolvencia por causa de dichos actos, pueden ser revocados a instancia de los acreedores (artículo 1098); (ii) Serán igualmente anulables los actos onerosos practicados por el deudor insolvente, cuando su insolvencia fuere notoria, o hubiese fundado motivo para ser conocida del otro contratante (artículo 1099); (iii) Si la transmisión tuvo lugar a título oneroso, la revocación solo será posible, si el subadquirente obró de mala fe (segundo párrafo del artículo 1100); (iv) Anulados los actos del deudor, las ventajas resultantes de la revocación aprovecharán a todos los acreedores (artículo 1101); (v) Solo los acreedores cuyos créditos sean de fecha anterior al acto impugnado, podrá ejercitar la acción revocatoria (artículo 1102). En cuanto a los plazos de prescripción, la acción de anulabilidad de los actos o de los contratos en que hubo fraude prescribía a los dos años de la fecha de la celebración (Numeral 3 del artículo 1168) a diferencia de la nulidad que prescribía a los treinta años (artículo 1169). Entonces, aquí sí hay una diferencia importante con la legislación argentina que permite diferenciar con claridad los contratos nulos de los contratos con fraude contra los acreedores.

En consecuencia, tanto el Código Civil argentino como el Código Civil peruano de 1936 utilizan indistintamente los vocablos “revocación” y “anulabilidad” en el caso de los contratos con fraude contra los acreedores, pero de ninguna manera sostienen que dichos contratos son nulos.

Esta confusión de denominaciones influyó en la colocación del remedio del fraude contra los acreedores en el Libro II del CC de 1984. En este orden de ideas, se ha manifestado que “no se puede perdonar que el legislador le haya hecho sitio, toscamente, a las normas sobre fraude de acreedores en el libro del acto jurídico, por el simple hecho de que leyó en un manual que el “fraude” era materia negocial (solo que se trataba del fraude a la ley, que no aparece en el texto), y no reparó en que estaba despedazando la bien coordinada regulación italiana sobre

la protección civil de los derechos”¹³. Basta comparar los artículos 1344 y 2901 y siguientes del Código Civil italiano para comprobar lo afirmado.

El vocablo “revocación” se mantiene en el numeral 4 del artículo 2001 del CC de 1984 cuando se establece un plazo prescriptorio de dos años a la acción “revocatoria”. Por eso, un sector de la doctrina nacional ha expresado que lo más propio es llamarla acción pauliana, o acción fraudatoria¹⁴ o acción de ineficacia¹⁵.

El concepto mismo de la acción de ineficacia por fraude contra los acreedores es la de dejar al objeto del acto de disposición dispuesto para la acción ejecutiva del acreedor, esto es, el efecto es la sustracción del bien a la acción del acreedor para satisfacer sus expectativas en caso de incumplimiento del deudor¹⁶. Hay una eventual satisfacción coactiva de los acreedores en relación al tercero (adquirente). De ahí que el sentido exacto de la ineficacia no es simplemente relativa sino también parcial¹⁷.

Este problema de denominación no ha afectado a la doctrina francesa a pesar de lo regulado en su Código Civil¹⁸ al calificar el remedio fraudulento contra los acreedores como acción de inoponibilidad. El contrato es oponible a los acreedores de las partes porque ellos tienen

13 LEÓN, Leysser, L. *El sentido de la codificación*. Palestra, Lima, 2004, p. 281.

14 VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*. Sexta edición, Gaceta jurídica, Lima, 2005, p. 475.

15 TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico*. Segunda edición, Idemsa, Lima, 2001, p. 577.

16 PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. “Unas reflexiones en torno a la ineficacia proveniente de la acción revocatoria”. En: *Ius et veritas*, Revista editada por Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año V, N° 8, Lima, 1994, p. 181.

17 D’ERCOLE, Stefano. “L’azione revocatoria”. En: *Trattato di diritto privato*. Tomo secondo, Diretto da Pietro Rescigno, 20, Tutela dei diritti, Utet, Turín, 1985, p. 146.

18 **Código Civil de Francia de 1804**

Artículo 622.- Los acreedores del usufructuario pueden hacer anular la renuncia que haya hecho en su perjuicio.

Artículo 788.- Los acreedores del que repudia la herencia en perjuicio de sus derechos podrán pedir al juez que los autorice para aceptar la herencia en su nombre y en su lugar.

En este caso, la renuncia solo dejará de tener efecto en beneficio de los acreedores y, únicamente, por el total de sus créditos; pero no en beneficio del heredero que ha renunciado.

Primer párrafo del artículo 1167. Podrán también, a título personal, impugnar los actos del deudor realizados en fraude de sus derechos.

[Texto anterior modificado por la Ley N° 65-570 de 13 de julio de 1965, Diario Oficial del 14 de julio de 1965:

Artículo 1167.- Ellos (los acreedores) pueden también en su nombre personal, impugnar los actos ejecutados por su deudor en fraude de sus derechos. Deben no obstante, en cuanto a sus derechos enunciados en el título de las sucesiones y en el título del contrato de matrimonio y de los derechos respectivos de los cónyuges conformarse a las reglas prescritas en ellos].

un derecho de prenda general sobre el patrimonio de su deudor y por lo mismo deben sufrir todas las fluctuaciones del estado de este patrimonio, que resultan de actos realizados por el deudor¹⁹.

Tampoco la doctrina española ha sido influenciada por la denominación del remedio como “rescisión” de los actos en fraude contra los acreedores²⁰ al establecer que la acción revocatoria no produce la nulidad absoluta ni la nulidad relativa del acto impugnado, sino tan solo hace ineficaz relativamente frente a los acreedores perjudicados del acto en cuestión²¹.

El Código Civil brasileño, por el contrario, regula expresamente el fraude contra los acreedores como un remedio de la anulabilidad (numeral II del artículo 171). Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia lo interpretan de diferente manera. En rigor, dicen, el fraude contra los acreedores no es un negocio anulable, sino relativamente ineficaz. Lo que ocurre al final es la **inoponibilidad** del acto de disposición a los acreedores del enajenante, en aquellas circunstancias²².

Por consiguiente, es claro que los contratos con fraude contra los acreedores son diferentes a los contratos nulos. La nulidad es la negación de la tutela conservativa del negocio jurídico. Ella, más precisamente, es la particular condición del reglamento o programa, que, no siendo idóneo a la conexión de los efectos típicos y fundamentales y no pudiendo como tal pretender la garantía jurídica de la propia realización, ni siquiera puede pretender la propia conservación por la contradicción lógica y normativa que no permite una conservación en lugar de

19 LARROUMET, Christian. *Teoría general del contrato*. Volumen II, traducción de Jorge Guerrero, Reimpresión, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999, p. 224.

20 **Código Civil español de 1889**

Artículo 1111.- Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar los derechos y acciones de este con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona; pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de sus derechos.

Artículo 1291.- Son rescindibles:

3. Los celebrados en fraude de acreedores, cuando estos no puedan de otro modo cobrarlo que se les deba.

21 CRISTOBAL MONTES, Ángel. “Fundamento y naturaleza jurídica de la acción pauliana”. En: *Revista de Derecho Privado*. Madrid, octubre, 2001, p. 781.

22 VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico, Nulidade e anulabilidade*. 2ª Edição, Del Rey, Belo Horizonte, 2005, p. 262. Asimismo la STJ, 4ª T., Resp. N. 5.307-0-RS, Rel. Min. Athos Carneiro, ac. de 16 de junio de 1992.

una realización que, se sabe ya, no puede tener lugar²³. El fraude contra los acreedores, por el contrario, no anula el acto de disposición sino lo convierte en ineficaz parcialmente o inoponible en la esfera jurídica del acreedor.

La regulación del CC de 1984 indica el remedio de la ineficacia por fraude contra los acreedores en el Título VII y el remedio de la nulidad en el Título IX, y en tal sentido no podrán ser utilizados conjuntamente porque se supone que el acto de disposición es perfectamente válido²⁴ pero perjudicial para el derecho de crédito y por ello basta pedir que se declare judicialmente que tal acto es relativamente ineficaz para el acreedor.

En el caso materia de análisis, la duda surge cuando el artículo 97 del CP señala la nulidad los actos o de los contratos con fraude contra los acreedores de la reparación civil. Un sector de la doctrina nacional ha señalado que el uso del vocablo “nulidad” es inadecuado por cuanto los actos o los contratos no son nulos “relativamente”:

“El artículo 97 del Código Penal muy escuetamente señala que ‘Los actos practicados o las obligaciones adquiridas con posterioridad al hecho punible son nulos en cuanto disminuyan el patrimonio del condenado y lo hagan insuficiente para la reparación, sin perjuicio de los actos jurídicos celebrados de buena fe por terceros’. Ahora bien, salvo la referencia a la nulidad de los actos (que obviamente no es una nulidad, pues un acto no puede ser ‘relativamente’ nulo solo para el acreedor de la reparación civil) yo no observo mayor diferencia entre la pauliana civil ex artículo 195 del CC y la pauliana penal ex artículo 97 del CPC [sic]. Hasta quizá la norma civil sea más severa que la penal, pues en ella, a los efectos de la ineficacia, se distingue entre actos a título gratuito (que no requiere del *concilium*

23 SCALISI, Vincenzo. *Categorie e Istituti del Diritto Civile nella transizione al postmoderno*. Giuffrè Editore, Milán, 2005, pp. 636-637.

24 BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. Traducción y Notas de Derecho Español por José Luis de los Mozos, Tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970, p. 397. NATOLI, Ugo. “Revocatoria ordinaria”. En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo IV, Giuffrè Editore, Varese, 1959, pp. 890-891. D'ERCOLE, Stefano. “L'azione revocatoria”. En: *Trattato di diritto privato*. Diretto da Pietro Rescigno, 20, Tutela dei diritti, Utet, Tomo secondo, Turín, 1985, p. 144. En el mismo sentido: LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. Segunda edición, Librería Studium, 1987, p. 310. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*. Sexta edición, Gaceta jurídica, Lima, 2005, p. 453.

y la *scientia fraudis* respecto del tercero adquirente) bastando el mero elemento objetivo del *eventus damni*²⁵ .

Es importante indicar que nos encontramos en una antinomia entre la nulidad según el artículo 97 del CP y la ineficacia (en sentido estricto) según el artículo 195 del CC de 1984. Para solucionar esta antinomia planteada, es necesario conocer la clase concreta de antinomia.

De conformidad con el Fundamento 52 de la Sentencia del Tribunal Constitucional en el Caso Gobierno Regional de San Martín (Expediente N° 047-2004-AI/TC), esta antinomia genera un conflicto unilateral (el conflicto es unilateral cuando el cumplimiento de una de las normas en conflicto [artículo 97 del CP] implica la violación de la otra [artículo 195 del CC de 1984], mas no al revés), parcial (el conflicto es parcial cuando la aplicación de una [artículo 97 del CP] de las normas implica la violación segmentada de la otra [artículo 195 del CC de 1984]) y posible (el conflicto es posible cuando el cumplimiento de una [artículo 195 del CC de 1984] implica solo la eventualidad de la violación de la otra [artículo 97 del CP]). Finalmente, esta antinomia en concreto es directa porque se refiere a dos normas que expresa, inequívoca y claramente se contradicen.

El Fundamento 53 de la Sentencia del Tribunal Constitucional en el Caso Gobierno Regional de San Martín (Expediente N° 047-2004-AI/TC) señala diez principios aplicables para la resolución de antinomias. Para el caso concreto interesa aplicar dos de ellos:

- “d) Principio de favorabilidad.- Es una regla solo aplicable a materias de carácter penal, y supone aplicar la norma que más favorezca al reo. Este criterio surge de lo dispuesto en el artículo 103 de la Constitución”.
- “g) Principio de complementariedad.- Esta regla es aplicable cuando un hecho se encuentra regido parcialmente por una norma que requiere completarse con otra, para cubrir o llenar la regulación de manera integral. Es el caso de la relación existente entre una ley y su reglamento”.

25 ARIANO DEHO, Eugenia. “Embargo de bien enajenado ‘fraudulentamente’ y diez a quo en la tercería de propiedad”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia. Actualidad, Análisis y Crítica Jurisprudencial*. Año 9, N° 65, Gaceta Jurídica, Lima, febrero, 2004, nota a pie de página 15 de la página 102.

Ahora veamos cómo aplicamos los dos principios a la antinomia concreta. Si aplicamos el principio de favorabilidad, no hay duda que el artículo 195 del CC de 1984 es aplicable en el caso de fraude contra los acreedores e inaplicable el artículo 97 del CP por cuanto es más favorable para el condenado (deudor) la aplicación de la normativa civil en cuanto a los plazos de prescripción. Si aplicamos el principio de complementariedad, el artículo 97 del CP se complementa con el artículo 195 del CC de 1984, pero no viceversa, ya que el fraude contra los acreedores es una institución jurídica del Derecho Civil. Por lo tanto, la antinomia entre el artículo 195 del CC de 1984 y el artículo 97 del CP se soluciona con los principios de favorabilidad y de complementariedad. Dicha solución produce la aplicación del artículo 195 del CC de 1984 en cuanto a la ineficacia y la inaplicación del artículo 97 del CP en cuanto a la nulidad.

III. CONCLUSIONES

- 3.1. Existe una antinomia normativa (dos normas pertenecientes al mismo ordenamiento y con la misma jerarquía normativa son incompatibles entre sí) entre los artículos 195 del CC de 1984 y 97 del CP en cuanto a sus efectos jurídicos entendidos como remedios. La norma civil señala la ineficacia de los actos o de los contratos con fraude contra los acreedores. La norma penal indica la nulidad de los actos o de los contratos con fraude contra los acreedores de la reparación civil.
- 3.2. Dicha antinomia directa genera un conflicto unilateral, parcial y posible; y se resuelve mediante la aplicación de los principios de favorabilidad y de complementariedad. En tal sentido, prevalece la aplicación del artículo 195 del CC de 1984 en cuanto a la ineficacia en detrimento del artículo 97 del CP en cuanto a la nulidad porque la normativa civil protege adecuadamente al deudor (condenado) de la reparación civil mediante los plazos de prescripción y por la complementariedad de la norma penal con la norma civil.
- 3.3. La ineficacia (o inoponibilidad) de los actos o de los contratos con fraude contra los acreedores es incompatible con el remedio de la nulidad en el CC de 1984.

3.4. El acreedor tiene el derecho de pedir judicialmente la ineficacia (o inoponibilidad) por fraude contra su derecho de crédito (reparación civil) según el artículo 97 del CP.

El libro que prologo tiene todos los méritos de ser considerado un estudio serio de Derecho Civil, no solo porque el autor ha leído las fuentes, sino también porque las ha analizado y seguidamente ha emitido sus propias opiniones para un mejor entendimiento de la institución del fraude a los acreedores en nuestra normativa. Libros como este me producen el sentimiento de que no todo está perdido en nuestro país, en el sentido de tener una clase de juristas con el poder de la persuasión de decir Derecho Civil con sabiduría para solucionar los problemas de la gente; y no como ocurre hoy en día donde se dice Derecho Civil solo en base a argumentos exegéticos, o lo que es peor: sin ningún conocimiento del Derecho Civil.

RÓMULO MORALES HERVIAS

Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica del Perú
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Universidad de San Martín de Porres

INTRODUCCIÓN

En un Estado Social de Derecho nada deber ser más adecuado que los agentes socioeconómicos cumplan con su rol respectivo y con los medios de tutela adecuados a la era del siglo XXI.

En ese sentido, en casi de los treinta años, tiempo en el que ha estado vigente nuestro Código Civil, se han producido cambios en el mundo jurídico que nuestros codificadores no pudieron prever, cambios que un código que pertenece a un tiempo determinado no puede comprender y necesita ayudarse de la doctrina y la jurisprudencia, y es el objetivo de nuestro trabajo, de hacer un estudio crítico para una mejor comprensión del fenómeno y ver su adaptación en la realidad a fin de proyectar su cambio en el proceso de reforma del Código Civil peruano.

La doctrina del Derecho Civil en materia de fraude a la ley y fraude a los acreedores ha estado en constante debate e investigación, con más incidencia en las figuras de fraude a la ley. El sistema conceptual que aquí se desarrollará alude esencialmente a la construcción de categorías como negocios jurídicos en fraude a la ley, sus modalidades, los negocios en fraude a los acreedores y los mecanismos de tutela de situaciones jurídicas de ventaja de carácter patrimonial, partiendo desde la idea de la protección jurídica del acreedor a los tiempos de protección del acreedor y una parte contractual.

En efecto, la investigación incide en uno de los mecanismos de tutela que tiene el acreedor o la parte contractual frente a los actos del deudor o parte comprometida contractualmente, pero teniendo especial incidencia en la acción pauliana, un tema que se encuentra asistemáticamente regulado en el libro II del Código Civil que se refiere al acto jurídico (*rectius*: negocio jurídico), denominada acción pauliana o revocatoria ordinaria que se presenta como un instrumento para hacer frente en casos de fraude a los acreedores. Antes de ello, previamente analizaré a los negocios en fraude a la ley para diferenciar las figuras de fraude y entrar al punto central.

El diseño de investigación parte de un análisis dogmático; es decir, una labor reconstructiva de las instituciones jurídicas a analizar, para poder entender su esencia y hacer posible la explicación de las normas del modo más adecuado a las exigencias del caso concreto, teniendo como punto de apoyo necesario la comparación jurídica de los grandes sistemas jurídicos como es Alemania, Francia, seguido de Italia y España a fin de aprender un modo de razonar distinto frente a problemas similares, con el objetivo de encontrar una mejor solución.

Asimismo, se tomará en cuenta el análisis funcional, esto es, la experiencia de las instituciones en la realidad social, apoyándonos en la casuística y en la jurisprudencia.

Ello implicará entonces que se recurrirá a las fuentes de referencia normativa, doctrinaria y jurisprudencial.

La presente investigación se divide en tres capítulos. En el primero se presenta la figura del fraude a la ley en la cual nos encontramos frente a un acto de autonomía privada (un negocio jurídico) que se ampara en una norma de cobertura para evadir los efectos de una norma de carácter imperativo, denominada norma defraudada, y sus distintas formas de presentarse, sea a través de la simulación, negocios jurídicos indirectos y conexos.

En el segundo capítulo se desarrollará el fraude a los acreedores, partiendo que es una especie de fraude a la ley, debido a que el derecho de crédito de los acreedores encuentra su fundamento en la ley; por lo tanto, una violación de estos derechos lleva necesariamente a la violación de la ley que los protege.

En el tercer capítulo se analiza el mecanismo de tutela llamada "acción pauliana" que se ejercita ante la ocurrencia del "fraude a los acreedores", por parte del acreedor perjudicado o por la parte contractual perjudicada, su naturaleza, características, componentes, efectos y su vinculación con figuras afines, en la cual se advierte que con el tiempo las deficiencias e inexactitudes se han ido superando en el sistema jurídico italiano (de igual medida en Alemania y Francia), respecto a los actos objeto de acción pauliana y el requisito del conocimiento del perjuicio dejando de lado el requisito de fraude que aun en nuestro sistema jurídico conservamos innecesariamente, restringiendo la protección a

los acreedores perjudicados por el detrimento (cuantitativo y cualitativo) patrimonial del deudor.

Ello no significa que debemos importar las soluciones italianas o extranjeras *in toto*, ya que consideramos, por ejemplo, que no resulta necesario hacer referencia al principio de responsabilidad patrimonial o garantía patrimonial para poder aplicar la acción pauliana.

La reforma del Código Civil es una buena oportunidad para poder abordar estos puntos y establecer pautas de regulación en el denominado “fraude a los acreedores” que dejaría de ser tal por la ampliación de supuestos en que se aplica la acción pauliana, de acuerdo con la investigación planteada.

Tampoco se busca que el Código regule todo, las reglas pueden provenir de argumentos legislativos, así como doctrinales y jurisprudenciales. La ausencia de estudios doctrinarios sobre el tema en nuestro país invita a reflexionar e investigar sobre el tema, y la parca normativa específica invita aún más a plantear críticas y nuevas luces, por lo que espero que el presente trabajo sea de gran utilidad para los profesionales vinculados al estudio y ejercicio del Derecho Civil.

Finalmente, todo trabajo de investigación no es una labor en solitario y de monólogos, sino que se enriquece con la participación de otras personas que directamente o indirectamente me han apoyado en la elaboración de la misma, por lo cual expreso un profundo agradecimiento a los miembros del Taller de Derecho Civil “José León Barandiarán” (al cual pertenezco), así como a mis amigos y profesores civilistas que he tenido la oportunidad de conocer, por el intercambio de ideas y perspectivas sobre la presente investigación.

CAPÍTULO I
CONSIDERACIONES GENERALES
Fraude en general

I. CONCEPTO GENÉRICO DE FRAUDE

Según la Real Academia de la Lengua Española el fraude en su primera acepción se define como “la acción contraria a la verdad y a la rectitud, que perjudica a la persona contra quien se comete”¹. Como se desprende del concepto, se caracteriza por la ausencia de un criterio subjetivo, punto que será importante para redescubrir la naturaleza de la acción pauliana, como mecanismo de tutela del derecho de crédito ostentado por el acreedor, y no necesariamente como se entiende a la figura del fraude a los acreedores. Respecto al término fraude, en su connotación jurídica, viene a ser entendida, en un primer momento, como sinónimo de ardid, engaño para poder alcanzar fines ilícitos que perjudican por ello a todo el ordenamiento jurídico, incluido los actores del mismo, como son los sujetos de derecho, sean estos terceros o que tengan un vínculo con el defraudador, como pueden ser los acreedores.

Por otro lado, Brebbia define al fraude como “aquella maniobra engañosa mediante la cual se pretende eludir una prohibición legal, o causar un daño a terceros (o bien lograr ambos propósitos al mismo tiempo) (...)”².

La palabra fraude proviene de las locuciones latinas *fraus* y *fraudis* que significa falsedad, engaño, malicia que produce un daño. Opino que se debe tomar al fraude como un **hecho** o **situación** que se logra a través del engaño, siendo este un medio para llegar a defraudar a terceros o a la ley misma.

II. COMPARACIÓN CON OTROS INSTITUTOS

1. Fraude y dolo

El dolo consiste en provocar en la otra parte una representación falsa de la realidad alterando así su voluntad negocial con el fin de que

1 *Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española*. 22ª edición, Espasa y Q.W. Editores S.A.C, Lima, 2005.

2 BREBBIA, Roberto. *Hechos y Actos Jurídicos*. Tomo II, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 345.

celebre con ella un negocio jurídico de una forma determinada, que la otra parte no la hubiera celebrado si es que no estaba bajo engaño de la otra parte³.

El fraude, en cambio, es un hecho que se logra a través de maniobras ideadas por una o más partes para que a través de un negocio jurídico eludan los efectos de una ley o perjudiquen a un tercero. Si bien en ambos está presente la esencia del fraude, uno es usado por una parte en contra de la otra para inducirlo a celebrar negocios jurídicos, mientras que en la otra es usado no para celebrar negocios jurídicos, sino para que a través de ellos logren no cumplir con lo ordenado por el ordenamiento jurídico. En síntesis, sus diferencias radican en el modo de usar el negocio jurídico y el fin que se persigue con el fraude.

2. Fraude y simulación

Tanto el fraude como la simulación pueden tener como punto de conexión el que ambos pueden desembocar en la persecución de fines ilícitos; pero, mientras el fraude se comete a través de cualquier acto de autonomía privada (negocios jurídicos, actos en sentido estricto, incluso válidos) sean estos de carácter unilateral o plurilateral, en la simulación se tiene un negocio jurídico falso, o dos negocios jurídicos donde uno es falso o aparente que encubre un negocio jurídico real, oculto por decisión de las partes. “La consecuencia es que la regla de la nulidad del negocio simulado debe interpretarse estrictamente y limitarse a aquellos casos en los cuales las partes solo hayan querido crear la apariencia de un negocio y hayan pretendido claramente evitar la producción de los efectos jurídicos”⁴. Naturalmente, el fraude a la ley puede tratar de conseguirse mediante un negocio simulado (y, por lo tanto, en fraude a los acreedores).

En efecto, y no es ninguna novedad, un acto objeto de acción pauliana, puede ser un acto simulado, si con eso sustrae bienes del patrimonio

3 Es conveniente anotar que nuestro Código Civil contiene varias nociones de dolo, por ejemplo al referirse al dolo como intención de provocar un evento dañino. Bajo este concepto es tomado junto a la culpa, como criterio de imputación subjetivo dentro de la responsabilidad civil.

4 SALVADOR CODERCH, Pablo; AZAGRA MALO, Albert; FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio. “Autonomía privada, fraude de ley e interpretación de los negocios jurídicos”. En: *Indret*. N° 229, Barcelona, julio, 2004, p. 11 (<http://www.indret.com/pdf/229_es.pdf>).

a la eventual actividad ejecutiva de la parte perjudicada, debido a la voluntad simulatoria, habiendo en estos casos no solo conocimiento del perjuicio sino intención de conseguir dicho fin; es decir, defraudar, y es lo que ocurre a menudo en temas de simulación.

Se agrega diciendo que la acción de simulación absoluta y/o la relativa y aquella revocatoria ordinaria dan lugar a dos distintas demandas diversas por contenido y finalidad, y guardan dos pretensiones separadas. La primera, aquella de simulación, se refiere a un acto que se afirma existente solo en apariencia, sea porque no es querido en absoluto por las partes, sea porque es diverso de aquello realmente querido por los contrayentes y están en el acuerdo de que permanezca así para el mundo jurídico y reconducirlo en la realidad conforme a sus verdaderas voluntades. La segunda, la pauliana, por el contrario, parte de un negocio jurídico existente, realizado con conocimiento del perjuicio que ocasionaría a los intereses de la parte contratante.

3. Fraude y abuso del Derecho

La distinción con el abuso del Derecho, (que al igual que la acción pauliana tiene raíces en el antiguo Derecho Romano⁵) conocido también como el ejercicio u omisión abusiva del derecho [subjeto] se presenta notoria, pues en el acto abusivo se exceden los límites previstos de la norma que reconoce determinados derechos; este exceso se traduce en un mal uso del derecho que el ordenamiento jurídico reconoce, y que ocasiona un desamparo de parte del sistema jurídico en general y también a las “normas generales de convivencia social”⁶ y por ende, una situación de injusticia. “El abuso del derecho surge como una reacción jurisprudencial frente a la dogmatización del derecho subjetivo”⁷ convertido hoy, si lo analizamos en su momento fisiológico, como un Principio General del Derecho, tipificado a nivel constitucional.

5 Como lo señala NATOLI, Ugo. “Note preliminari ad una teoria dell’abuso del diritto nell’ordinamento giuridico italiano”. En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Anno III, Giuffrè, Milano, 1958.

6 RUBIO CORREA, Marcial. “Título Preliminar” [*Biblioteca para leer el Código Civil*. Volumen III], Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001, p. 38.

7 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil de 1984, análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. 1ª edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, p. 96.

Características que no ostenta el fraude, donde no existe tal exceso de lo atribuido por una ley, sino la utilización de un negocio jurídico con la finalidad de neutralizar los efectos de una ley en perjuicio del ordenamiento jurídico y/o a terceros.

Las figuras indicadas han sido precisamente delimitadas en nuestro ordenamiento jurídico peruano, contrariamente a lo que ocurre en el Derecho anglosajón⁸. Así, en nuestro Código Civil ha regulado a la simulación en los artículos 190 al 194, al fraude (en su especie como fraude a los acreedores) en los artículos 195 al 200, al abuso del Derecho en el artículo II del Título Preliminar y al dolo como vicio de voluntad en los negocios jurídicos en los artículos 210 al 213, a su vez el término dolo también tiene otras acepciones reguladas, entendiéndosele como intención (conocer y querer) de cometer un daño (artículo 1969).

Hasta aquí, se han estudiado los aspectos o elementos que consideramos esenciales para la comprensión de la institución de la acción pauliana. Considero esto un prelude para abordar el tratamiento y estudio de la institución en cuestión. Sin embargo, todavía quedan otros institutos por tratar como es la figura del fraude a la ley y el fraude a los acreedores tomado por la doctrina actual como sustento de la acción pauliana (al menos en la segunda figura). Esto es importante porque, como lo demostraremos en líneas posteriores de la figura del fraude a la ley se desprende el fraude a los acreedores y la aparición de esta ocasiona la activación de la acción pauliana, pero esta última no necesariamente actuará solo en presencia de esta situación, debido a que en esencia es un mecanismo de tutela del crédito, actuará como línea transversal tanto en supuestos de fraude a los acreedores y en supuestos de fraude a la ley, poniendo al accionante en la posibilidad de utilizar este mecanismo en supuestos que ya tengan mecanismos de regulación, de acuerdo a cual de ellos sea mejor para sus intereses.

8 Tal como lo señala PERALTA REYES, Víctor. "Fraude a la ley y fraude a los acreedores, la acción revocatoria ordinaria o pauliana". En: *La Ley*. Revista de Derecho, Tomo 2006-D, Año LXX, p. 890. Un ejemplo de ello lo podemos encontrar cuando se trata de situaciones vinculadas con el abuso del derecho que en el sistema del *Common Law* lo asimila bajo los principios de la responsabilidad civil. Esto es porque parten de su momento patológico del instituto y no en su momento fisiológico como Principio General del Derecho. Ver al respecto: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Comentarios al artículo II del Título Preliminar". En: AA.VV. *Código Civil comentado*. Tomo I, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, pp. 22-29.

Para completar este discurso descriptivo del fraude, se debe aclarar, de alguna forma, descubrir sus mecanismos de funcionamiento. Así, por la economía del presente estudio, hay que limitarse a una serie de observaciones que nos parecen importantes, porque tocan, de cierta manera, el centro neurálgico de dicho análisis. El discurso se apartará de las perspectivas usualmente adoptadas en el país, en esta materia, es una síntesis –a nuestro modesto parecer, cuando menos– de lo que juzgamos todavía utilizable de las teorías clásicas, entendiendo como estas y contrastándolas en torno de las concepciones conforme a nuestra doctrina actual y a nuestro derecho vigente.

Es por ello que abordaremos uno de los tantos mecanismos de tutela que el ordenamiento jurídico ha otorgado al titular de un derecho de crédito para protegerse de los actos de detrimento patrimonial que realice su deudor y que ocasionen perjuicios a su interés jurídicamente protegidos por ley⁹. Un tema que se encuentra asistemáticamente regulado en el libro II del Código Civil¹⁰ que se refiere al acto jurídico (rectius: negocio jurídico), denominada acción pauliana o revocatoria ordinaria que se presenta como un instrumento para hacer frente en casos de fraude a los acreedores. Antes de ello, previamente analizaré a los negocios en fraude a la ley para diferenciar las figuras de fraude y entrar al punto neurálgico.

9 Es por ello que se dice que el ordenamiento jurídico opera sobre aquel dato de la realidad humana que es representado por intereses y por actividades que se desenvuelven sobre el plano social e interviene precisamente para valorar, calificar, tutelar, dirigir, limitar o impedir la realización de los intereses y la explicación de las actividades y de los relativos resultados, referidos a cada individuo o a las entidades organizadas. (NICOLO, Rosario. *Las situaciones jurídicas subjetivas*. Traducción de Carlos Zamudio Espinal. Tomado de: *Lecture di Diritto Civile* recopilados por Guido Alpa y Paolo Zatti, CEDAM, Padova, 1990.

10 Esto se debe a que en materia de acción pauliana ha habido una imitación mal hecha de las normas del Codice Civile italiano de 1942 y que no lo ubica en el rubro de contratos en general (porque no regula como todos sabemos la categoría del negocio jurídico) sino en el libro VI de la tutela de los derechos, título III de la responsabilidad patrimonial, de las causas de prelación y de la conservación de la garantía patrimonial, sección II: de la acción revocatoria, por lo que origina lógicamente algunos problemas. Ver al respecto: LEÓN HILARIO, Leysser. “Las malas lecturas y el proceso de codificación civil en el Perú”. En: *Proceso & Justicia*. Nº 2, PUCP, Lima, 2002, pp. 121-132. MORALES HERVIAS, Rómulo. “Negocio Jurídico y tutela jurídica sustancial”. En: *Revista de Derecho*. Nº 05, Universidad de Piura, 2004, pp. 94-115. MORALES HERVIAS, Rómulo. “¿Existen intercambios económicos sin acuerdo contractual? A propósito de las teorías del contrato y del negocio jurídico”. En: *Revista Jurídica del Perú*. Nº 54, Gaceta Jurídica, Lima, enero, 2004, pp. 34-94.

LEÓN HILARIO, Leysser. “Vigencia y papel del Negocio Jurídico en la Parte General del Derecho Civil”. En: *Advocatus*. Nº 9, Revista de estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2003-II, pp. 254-266. MORALES HERVIAS, Rómulo. “Código Civil de 1936 y la doctrina peruana: recepción de la Teoría General del Negocio Jurídico”. En: *Proceso & Justicia*. Nº 5, PUCP, Lima, 2005, pp. 131-149.

CAPÍTULO II
LOS NEGOCIOS JURÍDICOS EN
FRAUDE A LA LEY
(Una clase de fraude en especial)

I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Al igual que muchas instituciones jurídicas, los orígenes del fraude a la ley lo encontramos en el Derecho Romano, definido por el jurista Paulo en D.1,3,29:

“Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, infraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit”.

Que quiere decir: “Obra contra la ley el que hace lo que la ley prohíbe; en fraude de ella el que, respetando las palabras de la ley, elude su sentido”¹¹.

Lo referido es en respuesta al problema que surgía en el Derecho Romano que aplicaban predominantemente una interpretación literal (lo que explica que dicha limitación romana les forzó a identificar el *agere infraudem legis* con el *contra legem agere*) que desaparece en el derecho moderno reduciéndose a una cuestión de interpretación.

En el derecho común (nos referimos específicamente a la época de la conjunción del Derecho Canónico y el Derecho Romano¹²) se unieron las reglas del fraude a la ley y las de la simulación: *“tot modis fit fraus, quot modis fit simulatio”*: “tantas son las formas del fraude cuantas son las de la simulación”), rezaba un aforismo medieval sin que, en la práctica, se ofrecieran criterios objetivos de distinción por más que, en teoría se sostenía que en la simulación no había ningún *actus verus*, y que, en cambio, en la actuación en fraude había un acto que era *iniustus*.

Este concepto ha pasado sin muchos cambios a través de los siglos, siendo actualmente un concepto general relevante en distintos sectores del sistema jurídico del *Civil Law*, tanto en materia civil, tributaria, procesal y el Derecho Internacional privado, sea en su reconocimiento normativo o doctrinal.

11 D'ORS, Álvaro; HERNÁNDEZ-TEJERO, Francisco; FUENTESECA, Pablo, GARCÍA Garrido, Manuel y BURILLO, Jesús. *El Digesto de Justiniano*. Tomo I, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1968, p. 57.

12 Ver al respecto, BELLOMO, Manlio. *La Europa del Derecho Común*. Traducción castellana, Il cigno Galileo Galilei, Roma, 1996.

Sin embargo, desde la segunda mitad del siglo XIX, la doctrina alemana le ha planteado una serie de cuestionamientos en el plano teórico, proponiendo desechar la necesidad y/o conveniencia de contar con un instituto propio del fraude a la ley, considerándolo como un simple problema de interpretación de la ley¹³.

Para la doctrina hoy dominante, la interpretación teleológica hace innecesaria la categorización de un tipo de negocio en fraude de ley. Un importante sector de la doctrina no niega la figura del fraude a la ley, que la indagación del fraude “es una cuestión de interpretación y, en ocasiones, más que de una norma concreta, de un conjunto, de una institución o de los principios que la inspiran”¹⁴.

II. NATURALEZA JURÍDICA

Como toda figura de derecho, siempre existen posiciones contrarias a la admisión de la misma, ante ello, encontramos, incidiendo más en el Derecho Internacional privado (que se ha volcado a su estudio igual que lo hacen con la excesiva onerosidad de la prestación y lesión contractual, lo que en otros tiempos era de exclusivo estudio del Derecho Privado) a las siguientes teorías de manera sumaria¹⁵:

1. Teorías

Teoría que rechaza la noción del fraude a la ley: Precisa que cuando dos personas piden que se les aplique su ley nacional, el juez no tiene para qué buscar los móviles o intenciones por los cuales han querido invocarla. Lo importante es determinar si pueden o no invocarla.

13 GÓMEZ POMAR, Fernando. “Fraude de ley, teoría de la interpretación y regulación de precios mínimos”. En: *Indret*. N° 230, Barcelona, julio, 2004, p. 2. (<http://www.indret.com/pdf/230_es.pdf>). Sobre el mismo, señala la tesis de Jan Shröder que consiste en que el abandono de la consideración independiente del fraude a la ley responde al cambio en la visión del papel del juez en relación con la tarea interpretativa, y al progresivo triunfo de aproximaciones interpretativas más objetivistas y, a la vez, menos constreñidas en sus métodos y cánones.

14 MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos simulados y fraudulentos*. Tomo II, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001, p. 160.

15 Actualmente, la calificación de la acción pauliana a nivel del sistema europeo es difícil en los tribunales internacionales, dado que no todos los ordenamientos la conocen y su naturaleza es discutida en aquellos que la conocen, como señala FORNER DELAYAGUA, Joaquín J. *La acción pauliana ante el TCJE* (Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la C.E. de 10 de enero de 1990, as. C115/88, Reichert), p. 632. (<<http://www.cepc.es/es/Publicaciones/revistas/revistas.aspx?IDR=5&IDN=744&IDA=28291>>).

Teoría que admite la noción de fraude a la ley: Considera que obra como un remedio necesario para que la ley conserve su carácter imperativo. Incluso dentro de esta corriente de pensamiento, se ha considerado que solo es aplicable el fraude a la ley con relación a determinadas materias, como contratos y formas de los actos.

III. DEFINICIÓN

En el fraude a la ley nos encontramos frente a un acto de autonomía privada (un negocio jurídico) que se ampara en una norma de cobertura para evadir los efectos de una norma de carácter imperativo, denominada norma defraudada. Dicho de otro modo, se celebra un negocio jurídico dirigido a producir todos sus efectos jurídicos; pero con el propósito práctico de alcanzar los resultados de otro negocio, que no se ha llegado a celebrar, justamente porque no se quiere el sometimiento a las normas legales de carácter imperativo que lo regulan por no satisfacer sus intereses.

Se tendrá que distinguir qué tipo de norma se evade para los remedios a aplicarse: si se ha contrariado una norma prohibitiva y condenatoria en la cual se le aplicará la invalidez o ineficacia en cuanto corresponda, si se tratará de la elusión de una regla ordenadora habrá la sumisión a las reglas que corresponden a la finalidad del negocio. Como se aprecia, “no necesariamente se impone la nulidad total del negocio efectuado con esa finalidad, sino únicamente exige que se frustre este camino fraudulento sometiendo lo actuado a la ley que se quiso burlar”¹⁶. En efecto, se reconduce al cauce de la norma imperativa que trató de eludir.

Para poder estar ante un supuesto de fraude se requiere que la ley evitada deba aplicarse a dicho negocio, para ello tiene que analizarse la causa del negocio jurídico para establecer qué norma legal se le tiene que aplicar, una vez realizado ello, se debe verificar que efectivamente el negocio jurídico está tomando las disposiciones de dicha norma; si no

16 VALLET DE GOYTISOLO, Juan. “Negocios en fraude de ley simulados, fiduciarios e indirectos”. En: *Revista Jurídica del Notariado*. Nº 14, Madrid, abril-junio, 1995, p. 201. De igual modo DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El Negocio Jurídico*. INEJ, Madrid, 1971, reproducido fascimilmente en 1985 por Civitas, p. 375.

lo hace, estamos ante un negocio *contra legem*, pero si no lo hace, tomando en consideración otras normas de menor o igual rango pero que conlleve a la evasión de los efectos de la norma, estamos ante un negocio en *fraudem lege*.

IV. MODOS DE USAR AL NEGOCIO JURÍDICO PARA ELUDIR UNA LEY

Hay distintos modos de usar al negocio jurídico para eludir una ley, estos principalmente pueden ser:

1. Negocios jurídicos simulados (entre su nulidad e ineficacia)

En primer término, la simulación negocial ocurre cuando se oculta bajo la apariencia de un negocio jurídico otro fin negocial, distinto al celebrado, ya sea que en realidad no existe tal negocio para las partes (simulación absoluta) o el negocio celebrado realmente es distinto al declarado a terceros (simulación relativa). Como se observará, la manifestación falsa no encubre otra cosa que la carencia de causa en la primera simulación (lo que no implica que no haya causa en el acuerdo oculto, que sería la finalidad lícita o ilícita de crear una apariencia y en el otro, la manifestación falsa viene a encubrir otro negocio jurídico, en el que ese sí tiene una causa verdadera lícita o ilícita¹⁷.

Siguiendo la línea, existe un contrato que se realiza solo en apariencia, se le da aspecto de realidad el cual se llama negocio jurídico o en concreto contrato simulado, atrás de este (aunque no necesariamente) puede haber otro negocio jurídico, que se llama contrato disimulado o bien existe el hecho de que uno de los dos contratantes es ficticio (la figura de la interpósita persona), tras la que se esconde el contratante real, previo acuerdo entre estos dos últimos sujetos.

En la simulación, como se anotó, existen dos clases: la simulación absoluta y la simulación relativa que no dependen de principios de orden ético, como señaló Messineo: "Aquí el ordenamiento jurídico interviene para disciplinar -por razones de orden técnico- un procedimiento muy frecuente en la vida práctica mediante el cual las partes emplean

17 Así lo señala también VALLET DE GOYTISOLO, Juan. Ob. cit., p. 202.

conscientemente el contrato como “pantalla”, o como “máscara”, para ocultar finalidades diversas de las que en él se manifiestan”¹⁸.

En principio debemos señalar que la simulación absoluta¹⁹ consiste en celebrar un negocio jurídico pero que “no producirá consecuencias jurídicas entre las partes porque la causa en este supuesto significa crear una apariencia de vinculación jurídica entre las partes”²⁰; es decir, las partes celebran un negocio jurídico, principalmente contratos, para que en apariencia, a efectos para terceros haya una vinculación jurídica entre ellos, pero que en realidad la voluntad común manifestada de las partes han acordado que dicho negocio jurídico celebrado no los vincula realmente²¹; es decir no se produce ninguna relación jurídica. De ello, podemos presenciar la existencia de dos elementos: negocio jurídico simulado y el acuerdo simulatorio o contradecларación²² donde “establecen expresamente que el contrato simulado valdrá solo como una apariencia y que, por lo tanto, no las comprometerá jurídicamente”²³ y será ocultado a los terceros. Ello no implica que la respuesta del ordenamiento jurídico sea negativa per se, más bien es neutral y que de acuerdo al fin de que haya llevado a las partes a configurar una simulación absoluta,

18 MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. Traducción de R.O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra, Ara Editores, Lima, 2007, p. 454.

19 Que se encuentra regulada en el artículo 190 de nuestro Código Civil de 1984, donde señala que: “Por la simulación absoluta se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo. ”Hay que anotar como señala el profesor Lohmann que “aunque este precepto se refiera expresamente a simulación absoluta, es obvio lo defectuoso de su redacción, que también incluye la relativa, pues en esta no existe voluntad de resultado del negocio aparente, sino del oculto” (LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El Negocio Jurídico*. 2ª edición, Grijley, Lima, 1994, p. 370).

20 MORALES HERVIAS, Rómulo. “Comentario al artículo 190”. En: AA.VV. *Código Civil comentado*. Tomo I, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 605.

21 La simulación de un negocio jurídico debe ser acordada entre las partes. Si un sujeto celebra un negocio jurídico con el propósito no acordado con el otro contrayente, de estipularlo solo por apariencia, estaremos delante de una reserva mental privada de relevancia jurídica. (Tomado de: CARNEVALI, Ugo. *Lineamenti di Diritto Privato*. Terza Edizione, G.Giappichelli Editore, Torino, 2002, p. 443).

22 Dicho término corresponde a la doctrina francesa que ha venido denominando, en una abundante literatura, “*contre lettre*” al documento en que se hace figurar que el acto secreto enmascarado por el acto es aparente. Así lo señalaba: VERDERA y TUELLS, Evelio. “Algunos aspectos de la simulación”. En: *Anuario de Derecho Civil*. Tomo III, Fascículo I, Madrid, enero-marzo, MCML (1950), p. 21. Ver al respecto: MAZEUD, Henri y MAZEUD, León. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte segunda, volumen III, E.J.E.A., Buenos Aires, 1960, p. 101 y ss. CARBONNIER, Jean. *Derecho Civil*. Tomo II, volumen II, Editorial Bosch, Barcelona, 1960, p. 302 y ss. JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Tomo II, volumen I, reimpresión, E.J.E.A., Buenos Aires, 1993, p. 226 y ss.

23 CASTRO TRIGOSO, Nelwin. “Breves apuntes sobre la anulabilidad del contrato oculto y el perjuicio a terceros en la simulación relativa”. En: *Cuadernos Jurisprudenciales*. N° 45, Gaceta Jurídica, Lima, marzo, 2005, p. 6. De la misma manera el autor, siguiendo a Vincenzo Roppo, señala que el acuerdo simulatorio debe realizarse con anterioridad o simultáneamente con el negocio jurídico o contrato aparente, no pudiendo realizarse de manera sucesiva.

será pasible de sanción civil o no. Ello revela que la causa concreta del negocio jurídico o del contrato es factor determinante para la respuesta del ordenamiento jurídico²⁴.

En caso de la simulación relativa, encontramos al negocio simulado, el acuerdo simulatorio, que puede estar incorporado dentro o fuera del contrato del contrato real, oculto o disimulado, pudiendo materializarse estos tres elementos por escrito. Este contrato oculto es el que contiene la verdadera voluntad de las partes, que debe ser divergente de aquel del negocio simulado. El acuerdo simulatorio funciona como nexo entre el negocio simulado y el negocio disimulado; si no existiera el acuerdo simulatorio, el negocio disimulado, se encontraría en contradicción con el negocio simulado.

Por lo tanto, existe un conflicto entre dos contratos referidas a las mismas partes pero que dictan reglas incompatibles²⁵.

La simulación –cualquier clase que sea– está destinada, no cabe duda, a engañar a terceros, pero no necesariamente a causarles un daño u ocultar la violación de una norma imperativa, es por ello que también puede tener fines lícitos. A ello, Trimarchi nos cita los siguientes ejemplos en simulación relativa: “Así, una comerciante que intenta practicar descuentos particulares a un cliente sin suscitar las protestas de los otros puede recurrir a la simulación del precio: aquí el fin es lícito (si no se trata de una de aquellas hipótesis en las cuales la ley impone la paridad de tratamiento de los clientes). Así, todavía, quien quiera hacer una donación sin suscitar celos entre los parientes puede fingir una compraventa”²⁶.

El problema central de la simulación es probar su existencia, “pues nada resulta más difícil de probar la simulación, en la que todo se ha preparado para la ocultación, borrando las huellas de su existencia y creando apariencias engañosas, confeccionadas por especialistas en tales

24 En ese sentido, entre la doctrina nacional: MORALES HERVIAS, Rómulo. “Contratos simulados y contratos en fraude a la ley. A propósito de la teoría de la causa del contrato”. En: *Cathedra*. Espíritu del Derecho, Revista de los Estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Año VII, N° 11, Lima, 2004, p. 70 y ss. 1987, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1995.

25 CATAUDELLA, Antonino. *I Contratti. Parte Generale*. Seconda Edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 2000, p. 224.

26 TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato*. Octava edizione, Giuffré Editore, Milano, 1989, p. 197.

artilugios”²⁷, basándose generalmente en el uso de formalidad para sustentar el acto aparente, como elevarlo a escritura pública o inscribirlo en registros públicos, lo que no implica que sea inatacable²⁸. A su vez se borran con cuidado las huellas de la simulación, creándose así una apariencia de firmeza difícilmente quebrantable.

Por ejemplo: Cuando las empresas exportadoras para obtener un saldo a favor y compensarlo con la deuda tributaria con el fin de no pagarlos, celebran contratos de construcción, compraventa de bienes y servicios y pólizas de importación simulados (negocios falsos o aparentes que no han queridos ser celebrados realmente por las partes, no correspondiendo el mismo a la voluntad de las partes), amparados en los artículos 34 y 35 del TUO de la Ley del IGV, para que le sean descontados del monto del IGV que tienen que pagar.

También cuando sabemos que por ley las empresas de los congresistas están proscritas de participar en compras con el Estado, por lo que algunos de ellos actúan valiéndose de terceras personas, siendo ellos realmente los que reciben los efectos de ese contrato (interpósita persona), lo mismo se conseguiría usando la figura del mandato sin representación.

Como contraparte, de la categoría general de invalidez²⁹ (falta o vicio de un elemento de estructura en la conclusión misma del negocio³⁰) como patología en la fase genética de los contratos o negocios jurídicos, encontramos a la nulidad, que es considerada como “un mecanismo de protección jurídica para solucionar un conflicto entre normas

27 DE CASTRO Y BRAVO, Federico. Ob. cit., p. 334.

28 Así, el artículo 194 del Código Civil establece que: “la simulación no puede ser opuesta por las partes ni por los terceros perjudicados a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos del titular aparente”. Ergo, si el tercero adquirente no es de buena fe, la simulación sí le sería oponible por cualquiera de las partes o por el tercero perjudicado, teniendo legitimidad para ello. Ver por todos: ARIANO DEHO, Eugenia. “Desvaríos judiciales sobre la ‘legitimación’ para pretender la declaración de nulidad por simulación”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 105, Año 12, Gaceta Jurídica, Lima, junio, 2007, pp. 159-166.

29 Para las diferencias entre invalidez e ineficacia, permíteseme remitirlos a: SCALISI, Vincenzo. “Invalidez e ineficacia. Modalidades axiológicas de la negociabilidad”. Traducción, con autorización del autor, de Carlos Zamudio Espinal. Revisión y notas por Rómulo Morales Hervias. Tomado de: *Rivista di Diritto Civile*. N° 2, marzo-abril, Anno XLIX, CEDAM, Padua, 2003, pp. 1-41. Antes, OERTMANN, Paul. “Invalidez e Ineficacia de los negocios jurídicos”. En: *Revista de Derecho Privado*. Año XVI, N° 186, Madrid, marzo, 1929, pp. 65-81.

30 RESCIGNO, Pietro. *Manuale di Diritto Privato. Manuale del Diritto Privato*. Undecima Edizione, Terza Ristampa, Casa Editrice Dott: Eugenio Jovene, Napoli, 1997, p. 360. De igual manera DÍEZ-PICAZO, y PONCE DE LEÓN, Luis. “Eficacia e ineficacia del negocio jurídico”. En: *Anuario de Derecho Civil*. Tomo XIV, Fascículo II, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, abril-junio, MCMLXI (1961), p. 823.

de fuentes públicas y privadas³¹. La nulidad puede operar como sanción en caso de violación a las normas imperativas fundamentadas en el orden público (que presuponen un comportamiento desaprobado y que se deben desalentar), o como un rechazo a comportamientos que no son ilícitos pero que las modalidades de ejercicio del poder no han sido observadas por lo que se niega la posibilidad de efectos jurídicos haciendo que la ventaja esperada por las partes no sea alcanzable³².

Los efectos de declarar un negocio jurídico nulo es la ineficacia del mismo, desde el momento de su nacimiento, considerándosele como no realizado: *nullum est negotium; nihil est actum*, “la situación jurídica del sujeto o los sujetos celebrantes permanece como estaba antes del negocio jurídico, y los interesados o cualquiera pueden seguir comportándose a tenor de ello, como si aquel no existiese³³. Es necesario señalar que en la práctica sí produce efectos jurídicos que serán “eliminados” cuando aparezca la sentencia de nulidad de dicho negocio³⁴.

En el Perú, como bien se ha anotado³⁵, no se regula los efectos de la nulidad del negocio jurídico, por lo que los efectos de retroactividad, de restitución y de protección de terceros cuanto un negocio jurídico, o en este caso un contrato, deben desprenderse de la doctrina y de la jurisprudencia.

De esta manera se desprende que como el contrato con simulación absoluta está afectado de nulidad, implica que dicho contrato nunca ha producido efectos jurídicos, y todo lo que se basare en él también le seguirá el destino de “desaparecer” por no tener valor jurídico.

31 MORALES HERVIAS, Rómulo. “Contrato inválido”. En: *Derecho*. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 58, Lima, 2006, p. 129.

32 Ver al respecto: IRTI, Natalino. “La nulidad como sanción civil”. En: *Cathedra*, Espíritu del Derecho, Revista de los Estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Año VII, N° 11, Lima, 2004, pp. 26-31. En sede nacional: PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *La conversión y la nulidad del negocio jurídico*. ARA Editores, Lima, 2002, p. 240 y ss.

33 ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. “Ineficacia e Invalidez del Negocio Jurídico”. En: *Revista de Derecho Privado*. Madrid, julio-agosto, 1958, p. 606. Señala acertadamente también que “naturalmente, la falta de efectos negociales no impide; sin embargo, que se verifiquen aquellos propios de los hechos puestos en juego (así, el mutuo-nulo por estipulación de interés abusivo constituye usura). Ni que tengan lugar los que se apoyan, no en la validez del negocio, sino en la situación de hecho que la aparente validez de aquel pueda crear (así, usucapión de la cosa que a base del negocio comienza a poseerse en concepto de dueño)”.

34 De igual manera: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “La invalidez e ineficacia del acto jurídico en la jurisprudencia”. 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 74.

35 Entre ellos, MORALES HERVIAS, Rómulo. “Imperfecciones normativas de la nulidad del contrato en el Código Civil”. En: *Jurídica*. Suplemento de *El Peruano*. Lima, 8 de mayo, 2007, pp. 6-7.

Siendo ello así, el contrato que se encuentra en una escritura pública, que es un documento público que se forma después de que las partes han celebrado un contrato, no origina ninguna duda en torno a las relaciones entre ellos; “el documento no es más que el espejo, en el cual se refleja el contrato”³⁶, es más que todo una prueba de la declaración que representa, nada más.

Por tanto, la nulidad de la declaración; es decir del contrato, lleva indeludablemente la invalidez de todos los elementos que la componen, que incluye al documento donde se encuentra el contrato o negocio jurídico.

Como se observa, los efectos de la nulidad de un contrato están íntimamente relacionados con el principio de congruencia procesal, ya que al establecer cuáles son los efectos propios de la nulidad, podremos saber si se ha violado o no dicho principio. Es por ello que resulta necesario que se regule los efectos jurídicos de declarar la nulidad de un negocio jurídico y su implicancia frente a las partes y los terceros.

Es necesario señalar que el negocio en fraude a la ley es el medio por el cual viene indirectamente perseguido un resultado prohibido, mientras que la simulación puede ser un medio para evitar la aplicación de una norma imperativa, pero el medio no es aquel constituido por un negocio o contrato que indirectamente persigue un resultado ilícito, sino es el ocultamiento del contrato ilícito³⁷ si es simulación relativa, o en el acuerdo simulatorio donde expresan su intención de no vincularse realmente (simulación absoluta).

Concordamos con Morales Hervias cuando establece que no estamos ante un negocio *contra legem* sino *in fraude legis*, porque la ley no es violada directamente, sino indirectamente, mediante una suerte de maniobra de engaño³⁸. Así no todo negocio jurídico simulado conlleva un

36 CARNELUTTI, Francisco. “Documento y negocio jurídico”. En: *JUS, Revista de Derecho y Ciencias Sociales*. Tomo XIII, N° 76, México, noviembre, 1944, p. 443.

37 BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. Il Contratto, nuova ristampa con aggiornamento. Vol. III, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1998, p. 587.

38 MORALES HERVIAS, Rómulo. “Contratos simulados y contratos en el fraude a la ley. A propósito de la causa del contrato”. En: *Cathedra*. Espíritu del Derecho, Revista de los Estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Año VII, N° 11, Lima, 2004, p. 74.

propósito fraudulento³⁹, y tampoco el propósito fraudulento es suficiente para que configure la simulación. Por todo lo dicho, no cabe la duda, que la teoría del negocio fraudulento está estrechamente relacionada con la tradición jurídica de la teoría del negocio simulado⁴⁰.

En nuestro ordenamiento jurídico el negocio en fraude a la ley no está regulado en un título especial pero partiendo de sus supuestos (que mencionamos líneas atrás) podrían ser asimilados tanto a la simulación absoluta y a la relativa según el caso concreto. (Esto no implica su identificación ya que responden a naturalezas distintas).

En el primer caso se sanciona con la de nulidad; en el segundo, el negocio simulado es nulo y el negocio disimulado es válido pero se aplicarán las normas imperativas que se quisieron eludir⁴¹, y no necesariamente su ineficacia. (Erróneamente anulabilidad según el Código Civil peruano, ya que no sería posible que un tercero pueda plantear la anulabilidad porque solo está restringido a la parte negociante).

Un punto importante es respecto a la publicidad de los actos simulados y la protección a los terceros adquirentes de buena fe, regulado en el artículo 194 del Código Civil, salvo la que sentencia de la simulación se inscriba antes, o el tercero haya sido notificado en dicho proceso⁴².

1.1. Teorías sobre la esencia de la simulación

Teoría italiana

En Italia se regula la simulación no se sanciona con la nulidad sino que no produce efectos entre las partes que lo han celebrado, debido a que la voluntad de no celebrar un negocio jurídico no es una ausencia de voluntad, por lo que una manifestación de voluntad incompatible con la manifestación de voluntad simulada prueba que

39 Existirán, por ello, supuestos de negocios jurídicos simulados que no son negocios jurídicos en fraude a la ley.

40 FLUME, Werner. "El Negocio Jurídico". Traducción de José María Miguel González y Esther Gómez Calle, 4ª edición, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, p. 419.

41 De acuerdo: OSTI, Giuseppe. "Contratto". En: *Novissimo Digesto Italiano*. Directo da Antonio Azara e Ernesto Eula, T. IV, UTET, Torino, 1959, p. 509.

42 Ver: PACIA, Romana. "La pubblicità degli atti simulati nei rapporti fra simulato alienante e creditori o aventi causa dal titolare apparente". En: *Rivista di Diritto Civile*. Anno LVII, N° 6, Cedam, Padova, novembre - dicembre, 2011, pp. 818-837.

en realidad hay un contrato válido pero ineficaz (En ese sentido, Santoro Pasarelli, Ferri, Ricciuto, Trimarchi, Scognamiglio)⁴³.

Teoría alemana

Según esta teoría, que es la que en la doctrina nacional adopta mayoritariamente, la simulación es un supuesto de divergencia consciente entre voluntad y declaración, por la cual las partes de común acuerdo producen solamente la apariencia externa de la celebración de un negocio jurídico, pero en cambio no quieren dar lugar al efecto jurídico de dicho negocio jurídico (En ese sentido, Larenz, Flume)⁴⁴.

El BGB sanciona con la nulidad al negocio jurídico simulado, siendo por ello inválido.

Resulta conveniente, dentro del tema de simulación absoluta y tutela procesal efectiva, analizar la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 01536-2008-PA/TC⁴⁵: Empecemos señalando que se trata de un recurso de agravio constitucional⁴⁶ impuesta por Waldimir Leder Ibazeta Valdivieso contra la resolución expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República que confirmando la apelada, declaró improcedente su demanda, que consistía en una demanda de amparo contra los vocales de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huánuco solicitando la inejecutabilidad de una serie de resoluciones expedidas por dicha Sala,

43 Según MORALES HERVIAS, Rómulo. “Contrato simulado: Historia de una confusión entre su nulidad y su ineficacia. La vinculación con el contrato en fraude a la ley”. En: AA.VV. XXV Años, *Facultad de Derecho*, Universidad de Lima, 2006, p. 305. Quien establece que de acuerdo a nuestra legislación es factible aplicar la ineficacia a los contratos simulados, tomando en cuenta el artículo 191 del Código Civil, posición que no compartimos, realizando una interpretación sistemática de las normas de simulación, en la cual nuestro legislador se ha inclinado por la teoría alemana, y no por la teoría italiana.

44 En ese sentido, LARENZ, Karl. *Derecho Civil. Parte General*. Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, de la tercera edición original alemana de 1975, Revista de Derecho Privado/Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1978. De Igual modo FLUME, Werner. Ob. cit., ambos máximos exponentes del Derecho alemán del siglo XX.

45 Dicha Sentencia ha sido materia de un anterior análisis: ROCA MENDOZA, Oreste Gherson. “Nulidad del negocio jurídico, simulación absoluta y tutela procesal efectiva en el escenario constitucional. A propósito de una sentencia del Tribunal Constitucional”. En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 19, Gaceta Jurídica, Lima, julio, 2009, pp. 395-404.

46 Conforme al artículo 18 del Código Procesal Constitucional donde señala que: “Contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional, dentro de diez días contados desde el día siguiente de notificada la resolución (...)”.

respecto del proceso judicial de nulidad del acto jurídico (*rectius*: negocio jurídico) interpuesto en contra del recurrente (Wladimir Ibazeta). El “*quid*” de su demanda recae en que se ha lesionado su derecho constitucional al debido proceso-derecho de defensa, a consecuencia de que:

- a) La Sala Civil no realizó una íntima apreciación y valoración de los medios probatorios de la recurrente declarando nulo el contrato de compraventa celebrado por simulación absoluta.
- b) La Sala Civil además declaró nulo las escrituras públicas [donde se encuentra el negocio jurídico nulo] por lo que ha ido más allá del petitorio fundándose la misma en hechos diversos que no han sido materia del debate probatorio.

Todo ello ha conllevado, según el recurrente, a la violación al debido proceso⁴⁷ afectando su derecho de defensa en lo que respecta a que se haya ido más allá del petitorio, y en palabras del Tribunal Constitucional la lesión a la tutela judicial [jurisdiccional] efectiva en lo que respecta a la valoración inadecuada de los medios probatorios.

Hay que señalar algo inquietante: el recurrente en este proceso ha iniciado el referido recurso contra la resolución judicial expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema que confirma la resolución judicial de la Sala Civil que declaró improcedente la demanda de amparo contra los vocales integrantes de la Sala Civil solicitando la inejecutabilidad de las resoluciones expedidas por ellos, en el fondo un amparo contra las resoluciones judiciales, para que sean declaradas nulas dichas decisiones, planteada por el demandado. Dichas resoluciones consisten en haber declarado fundada una demanda de nulidad de acto jurídico, expedida por la Sala Civil; sin

47 El debido proceso es un complejo de derechos en la cual existen derechos fundamentales que aseguran el reconocimiento y plenitud de un sujeto de derecho dentro de un procedimiento o proceso, ahí encontramos el derecho de ser juzgado por un juez competente, de poder probar sus afirmaciones o de impugnar las decisiones que no lo conformen. Este derecho esta englobado en otro derecho llamado tutela jurisdiccional que hace referencia a una situación jurídica de protección que el Estado asegura a todo sujeto de derecho con prescindencia de si participa o no en un proceso, que no solo se circunscribe al ámbito jurisdiccional ya que abarca las áreas en los que –sea la administración estatal o actividad privada– se realizan procedimientos destinados a resolver conflictos. Por esta razón, se estima que el nombre más adecuado sería el de tutela procesal [efectiva], en tanto alcanza a toda la actividad resolutoria que se realiza en nuestra sociedad, y no únicamente la que realizan los órganos jurisdiccionales (comprendiendo también al Tribunal Constitucional). (Tomado de: MONROY GÁLVEZ, Juan. “Comentarios al inciso 3 del artículo 139”. En: AA.VV. *La Constitución comentada*. 1ª edición, Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, pp. 497-498).

embargo, la nulidad de negocio jurídico se realiza a nivel de los juzgados civiles, la Sala Civil solo confirma o revoca, por lo que es imposible que haya declarado fundada la demanda, como señala la sentencia del Tribunal Constitucional, creemos sanamente que ha habido un *lapsus linguae* del Tribunal, pero si es así, la demanda de amparo [que es el acto de postulación en virtud del cual se ejerce el derecho (abstracto) de acción a través de una pretensión (concreta) de tutela de un derecho constitucional vulnerado o amenazado por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, para que el juez competente resuelva conforme a derecho⁴⁸] primigenia debió dirigirse contra las resoluciones del juzgado, no dirigirse a las resoluciones de la Sala Civil.

¿Por qué no se ha lesionado el derecho constitucional invocado?, para resolver tal pregunta es necesario analizar los dos fundamentos de la recurrente para establecer si se ha lesionado, en síntesis, su derecho a la “tutela procesal efectiva”, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso, que como bien señala el artículo 4 del Código Procesal Constitucional es “aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, **a probar, de defensa**, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal” (el resaltado es mío). Y que con base en ello, se optó por una demanda de amparo, que es “un proceso autónomo que tiene como finalidad esencial la protección de los derechos fundamentales frente a violaciones actuales o a amenazas inminentes de su transgresión. Proceso mediante el cual cumple el Tribunal Constitucional con la función de supremo intérprete de los derechos fundamentales”⁴⁹. Aunque se

48 ABAD YUPANQUI, Samuel. *El proceso constitucional de amparo, su aporte a la tutela de los derechos fundamentales*. 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, pp. 165 y 166.

49 LANDA ARROYO, César. En: *Material de enseñanza del Curso de Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*. Lima, 2006. Se ha señalado que el objeto de protección por parte del amparo es el contenido constitucionalmente protegido o de aspectos constitucionalmente protegidos, el cual abre dos debates. Uno, constituido por la figura conocida como la “garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales”, y el otro, complemento necesario del primero, es la indagación si

constata que en la práctica, el recurso de amparo es un proceso con un buen número de problemas, más allá de que los accionantes por lesión de derechos fundamentales eligen en su mayoría esta vía⁵⁰.

Como se ha indicado, el problema central de la simulación es probar su existencia⁵¹, basándose generalmente en el uso de formalidad para sustentar el acto aparente, como elevarlo a escritura pública o inscribirlo en registros públicos, lo que no implica que sea inatacable⁵².

De los pocos datos que (para variar), nos ofrece la sentencia del Tribunal Constitucional, el recurrente no ha señalado qué prueba presentada por él no ha sido actuada o valorada por el órgano jurisdiccional, lo que no significa que sea prueba que no se ha vulnerado el derecho de la tutela procesal efectiva del recurrente, (como señala el Tribunal en su Fundamento N° 5) sino que, como no se ha determinado qué tipo de prueba ofrecida por el recurrente en el proceso de nulidad de negocio jurídico no ha sido valorado adecuadamente para evitar que se establezca la simulación absoluta del contrato de compraventa (celebrado por él y el demandante), declarándose por ello su nulidad (lo que prueba que el demandante presentó las pruebas suficientes para establecer la existencia de una simulación absoluta en el contrato de compraventa celebrado⁵³) no es posible realizar una apreciación sobre este extremo

los derechos constitucionales además de un contenido constitucional pueden tener un contenido distinto, por ejemplo, un contenido legal o un contenido jurisprudencial y de existir, qué relación tienen estos con el contenido constitucional (Tomado de: CASTILLO CÓRDOVA, Luis. "El contenido constitucional de los derechos como objeto de protección del proceso de amparo". En: AA.VV. *Derecho de acceso a la información pública*. Defensoría del Pueblo, Piura, 2005, p. 29.

50 Ver: ARAGÓN REYES, Manuel. "Problemas del recurso de amparo". En: *Anales de la Academia Matritense del Notariado*. Tomo 42, 2004, pp. 137-154.

51 DE CASTRO Y BRAVO, Federico. Ob. cit., p. 334.

52 Así, el artículo 194 del Código Civil establece que: "la simulación no puede ser opuesta por las partes ni por los terceros perjudicados a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos del titular aparente". Ergo, si el tercero adquirente no es de buena fe, la simulación sí le sería oponible por cualquiera de las partes o por el tercero perjudicado, teniendo legitimidad para ello.

53 No habiéndose acogido en nuestro Código Procesal Civil de 1993 las reglas sobre la prueba tasada de otros sistemas y de nuestro anterior Código de Procedimientos Civiles de 1912, queda permitida con gran amplitud la posibilidad de oponer el documento privado (acuerdo simulatorio) secreto a lo otorgado en la escritura pública. A falta de tales documentos precautorios, la amplitud ilimitada de pruebas utilizables que pudo presentar el demandante al juez para su apreciación pudo ser de las más variadas permitiendo de prescindir de reglas fijas sobre el valor de las conjeturas y signos de sospecha. En el sin fin de indicios podemos citar: La condición de las partes que hacen el negocio, venta hecha por quien no necesita vender (de todos o casi todos sus bienes), sin que aparezca a su muerte el precio que se dice recibido, ser hecha a favor de concubina, amigo, sirviente, pariente, ser el comprador persona carente de medios económicos propios, la situación de las partes, estar el vendedor ante el inminente peligro de embargo, estar enemistado con la contraparte, ser

de la demanda. Siendo ello así, el Tribunal Constitucional hizo bien en desestimar dicho extremo de la demanda ya que no podía establecer si hubo o no una lesión al derecho invocado al no saber qué prueba no ha sido actuada o actuada incorrectamente o valorada de manera equívoca, siendo ello una negligencia del recurrente. En consecuencia, no se ha probado una violación a la tutela procesal efectiva.

Como se ha indicado, la nulidad de la declaración; es decir del contrato, lleva la invalidez de todos los elementos que la componen, que incluye al documento donde se encuentra el contrato.

Como señala el Tribunal Constitucional, (aunque cita equivocadamente el artículo 222 que se refiere al negocio jurídico anulable, mientras que en el presente caso estamos ante un negocio jurídico nulo), la escritura pública seguirá la suerte del contrato que contiene, porque la razón de existencia de la misma reside en el negocio que formaliza. En consecuencia, no ha habido una resolución judicial que ha ido más allá del petitorio⁵⁴, como señala el recurrente. Es más, ni siquiera se ha podido dudar de ello ya que dicho efecto ha sido solicitado expresamente en la demanda al señalar: “nulidad de acto jurídico y de los documentos que los contienen”, saltando a la vista que el demandante quería la nulidad del contrato de compraventa, de la escritura pública, y de los registros públicos, si lo hubiere.

Al no haberse probado una mala apreciación y valoración de los medios probatorios de la recurrente que conllevó a declarar nulo el contrato de compraventa celebrado por simulación absoluta y al no haberse comprobado la violación al principio de congruencia procesal, por no expedirse una resolución más allá de lo pedido, no se ha vulnerado los derechos fundamentales invocados por el recurrente, que se sintetizan en el derecho a la tutela procesal efectiva, regulada en el inciso 15 del

anciano sometido a la influencia de otra persona, no constar la entrega del precio por ser este confesado, haber salido y entrado de la cuenta corriente de quien se dice vendedor la misma cantidad que entregara quien se dice comprador en las fechas anterior y posterior a la escritura pública, no haber puesto en ejercicio la relación negocial, que el supuesto vendedor sigue actuando como propietario, cobrando rentas, cultivando en la finca vendida, pagando gastos y tributos, etc.

54 Emitiéndose conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil donde señala que: “El juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, **no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes**” (el resaltado es mío).

artículo 37 sobre los derechos protegidos en el proceso de amparo del Código Procesal Constitucional.

El proceso de amparo contra resoluciones judiciales en particular no puede constituir en un mecanismo mediante el cual se pretende extender el debate de las cuestiones procesales ocurridas en un proceso anterior, sea este de la naturaleza que fuere, en este caso materia civil. Requiere, pues, como presupuesto procesal indispensable, la constatación directa de un agravio manifiesto a la tutela procesal efectiva (artículo 4 del Código Procesal Constitucional) que comprometa el contenido constitucionalmente protegido de algún derecho de naturaleza constitucional (artículo 5, inciso 1 del Código Procesal Constitucional⁵⁵).

Considero que ha habido una temeridad en la demanda de amparo planteada, porque ha invocado la lesión de los derechos del recurrente y según se desprende del análisis, resultaba de manera manifiesta el correcto actual de los órganos jurisdiccionales por lo que se ha evitado una “injusticia mayor”.

2. Negocios jurídicos conexos o coligados

Se puede presentar el fraude a la ley, a través de negocios jurídicos que en sí son lícitos pero que en conjunción con otros negocios jurídicos se persigue un resultado prohibido, una función ilícita⁵⁶. Estos pueden realizarse, a través de negocios conexos que presenta dos requisitos: i) la pluralidad negocial y ii) el nexo de dependencia entre ellas.

Partiendo del contrato se señala que “la coligación concreta reúne agrupaciones de contratos que, si bien en abstracto resultan independientes, se encuentran vinculados en concreto (a partir del texto o del contexto) por estar dirigidos hacia la consecución de una operación económica global”⁵⁷.

55 **Artículo 5.- Causales de improcedencia**

“No proceden los procesos constitucionales cuando:

1. Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado”.

56 BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. Ob. cit., pp. 656 y 657.

57 VÁSQUEZ REBAZA, Walter. “La (visible) presencia de los contratos coligados en el sistema jurídico peruano”. En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 140, Gaceta Jurídica, Lima, octubre, 2012, p. 173.

Ejemplo: La ley establece la fijación del impuesto a la venta de pollos muertos en un 60% y a la venta de pollos vivos en 20%. Las empresas del rubro realizan venta de pollo vivo y ya no muerto, pero a la vez celebran un contrato de donación con una prestación de servicios que consiste en “matar el pollo y embolsarlo” para que se les aplique el menor impuesto.

Ello hace que la nulidad, anulabilidad, resolución y rescisión que afecte a un negocio influya al negocio conexo. Respecto a su existencia en nuestro sistema jurídico podemos partir de la autonomía privada reconocida en el artículo 62 de la Constitución Política del Perú y en el artículo 1354 del Código Civil, y de manera expresa, aunque en forma negativa, en el literal c) del numeral 2 del artículo 41 de la Ley del Contrato de Seguro, que establece que están prohibidas las prácticas de comercialización de las que resulte “predeterminar el nombre de empresas de seguro a través de contratos conexos, de manera tal que se limite la libertad de elección del potencial asegurado”.

3. Negocios jurídicos indirectos

Históricamente, en Roma se advirtió la existencia de actos que tenían una finalidad económica absolutamente diversa de la que expresaba su configuración estrictamente técnica, a los que se le asignaban consecuentemente prácticas diferentes respecto de las que normalmente correspondían a su forma.

Lo primero que corresponde señalar⁵⁸ es que se trata del uso anormal de la función instrumental del negocio, donde ocurre una discrepancia entre la causa típica del negocio elegido, con las intenciones prácticas perseguidas por las partes⁵⁹, lo que no implica necesariamente que se de siempre contrario a derecho; es más, todo tipo de negocio jurídico tiene una causa que no necesariamente es idéntica al motivo que llevó a celebrarlo, (Ej. compra de camisetas para adaptarlas a otro tipo de ropa y no necesariamente para usarla o venderla, en este caso

58 Este tema tuvimos oportunidad de desarrollarlo en: ROCA MENDOZA, Oreste Gherson. “¡Ojos bien abiertos! Los negocios indirectos en fraude a la ley y, por qué no, a los acreedores”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 172, Gaceta Jurídica, Lima, marzo, 2008, pp. 52-55.

59 BETTI, Emilio. *Teoría Generale del Negozio Giuridico*. Edizione UTET, Torino, 1943, p. 199.

el motivo es más completo que la causa, correspondiendo al punto más subjetivo de la voluntad de las personas).

En esta figura compleja no existe correlación o concordancia entre el fin perseguido por las partes al celebrar el contrato y el medio jurídico empleado. Es decir, aquellos que, para obtener un determinado efecto jurídico, emplean una vía transversal u oblicua. Son, pues, aquellos negocios en los cuales las partes se valen de figuras típicas del derecho pero las utilizan para alcanzar un fin distinto al que previó el legislador al diseñar el tipo. Se toman atajos y caminos transversales para conseguir objetivos que no pueden alcanzar por una vía inmediata y directa⁶⁰. Pertenecen a esta categoría la venta con pacto de retroventa con fines de garantía, el *lease back* o *leasing* de retro, el fideicomiso de garantía, el mandato con fines de garantía, el mandato de crédito, la opción en garantía, y los negocios fiduciarios con fines de garantía.

Ejemplifiquemos con el contrato de compraventa con pacto de retroventa; es un contrato indirecto debido a que se recurre a la compraventa no para lograr el cambio definitivo de una cosa por un precio en dinero (que es la finalidad propia del medio empleado, la compraventa) sino persiguiendo un fin práctico distinto –que el caso está tipificado o sea disciplinado legalmente–, una función de garantía. Procede apuntar su recurrente incidencia para eludir los límites y prohibiciones de las garantías reales típicas. Encubriendo bajo los ropajes de una compraventa lo que es una anticipada apropiación, agregándose un pacto de retro para que el deudor que cumpla pueda readquirir la propiedad desviada, la garantía se construye indirecta y simuladamente, sin que, por todo ello, pueda rebatirse su ilicitud, ya que está permitido por nuestro Código Civil (artículos 1586-1591).

60 FERRARA, Francesco. *La simulación de los negocios jurídicos (actos y contratos)*. 2ª edición, traducida por Rafael Atard y Juan A de la Puente, Editorial Revista de Derecho Privado, 1931, quien señala lo siguiente: “Esta categoría general de negocios podríamos denominarla negocios oblicuos o indirectos, en cuanto para alcanzar un efecto jurídico se sirven de una vía oblicua, de una callejuela, de un *Schleichweg*, como dicen los alemanes. Esta categoría de negocios se coloca directamente en oposición a los simulados por el carácter real y visible de la operación llevada a cabo; y aparentes, los cuales solo se distinguen entre sí por diferencias accidentales”. Una obra específica sobre el tema lo podremos encontrar en: RUBINO, Doménico. “El Negocio Jurídico Indirecto. Serie B. Monografías Fundamentales de Derecho Privado y Público”. En: *Revista de Derecho Privado*. Madrid, 1953.

De Castro y Bravo acuñó al término “negocios anómalos”⁶¹ para referirse a los negocios jurídicos simulados, los negocios fiduciarios, los negocios jurídicos en fraude a la ley y los negocios indirectos, debido a que se hace un uso anormal de la función instrumental del negocio.

El viejo negocio típico cumple así nuevas funciones. Esta categoría se coloca directamente en oposición a los simulados por el carácter real y visible del operario llevado a cabo; y son subespecies suyas los negocios fiduciarios.

El negocio indirecto no es un tipo contractual sino una modalidad que puede adoptar el negocio jurídico o el carácter que pueda ostentar y que permite incluirlo en una determinada categoría clasificatoria; no posee categoría jurídica autónoma. Se trata de una especie que no ha alcanzado en la familia jurídica occidental continental la misma difusión que otros sectores del Derecho comparado⁶². Y esto se refleja al revisar nuestro Código Civil que en ninguno de sus libros hace mención de este tipo de negocios y tampoco ha sido tratado en profundidad por la doctrina, y mucho menos por la jurisprudencia.

¿Pero, porque las personas se inclinan a celebrar este tipo de negocios?

Las razones por las cuales las partes recurren a vías atravesadas u oblicuas para obtener fines que podrían conseguir por una vía legalmente definida y mucho más sencilla y directa, pueden ser múltiples y entrar en un esquema plenamente legítimo, constituyendo así, una manifestación del principio de libertad de los particulares⁶³, (libertad contractual). Podemos tener dos posibilidades⁶⁴:

- a) Porque no encuentran ningún negocio cuyo fin objetivo se adecue a su fin práctico; es decir, no existen negocios directos para los fines perseguidos por las partes.

61 DE CASTRO Y BRAVO, Federico. Ob. cit., p. 329.

62 NICOLAU, Noemí Lidia. “Negocios indirectos y contratos indirectos en garantía”. En: *Libro homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe*. 1ª edición, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2005, p. 373.

63 BIGLIAZZI, Lina; BRECCIA, Umberto; NATOLI, Ugo; BUSNELLI, Francesco. Ob. cit., p. 933.

64 *Ibidem*, p. 374.

- b) O bien, no desean emplear de modo directo de los negocios jurídicos que se les ofrecen, y por tanto, buscan que un negocio típico les provea una finalidad diferente.

Tiene la siguiente estructura:

- a) Existe un negocio jurídico típico.
- b) Existe un fin indirecto que no es el propio del negocio típico.

Sin embargo, es necesario advertir los riesgos de la utilización de esta figura. La elección de los tipos pertenece al ámbito propio de la autonomía privada, en la cual solo puede impugnarse cuando existe una utilización fraudulenta de una figura típica por sobrepasar los límites de la autonomía privada⁶⁵ (tarea asumida por el ordenamiento jurídico), que son las normas imperativas⁶⁶, el orden público⁶⁷ y las buenas costumbres⁶⁸.

En realidad, el problema práctico del negocio indirecto debe hallarse en la necesidad de utilizar en beneficio propio un tipo específico de negocio, para la obtención de un fin diverso del que se infiere de su causa típica. Esto coadyuva a que se presente con facilidad un fraude a la ley, o un fraude a los acreedores, e incluso el sometimiento de la parte débil a la parte fuerte. Por lo que estos fines son jurídicamente relevantes⁶⁹

65 Estos límites, deben ser agrupados en dos ámbitos bien distintos. Por un lado, se ubican todos aquellos límites que tienen que ver con el procedimiento de formación del acuerdo: requisitos de forma de las declaraciones de las partes, determinación de los elementos y modalidades para las manifestaciones de los consentimientos o para la revocación de los mismos, factores considerados impositivos del carácter "genuino" del acuerdo (vicios de la voluntad, situación de necesidad, simulación, deberes de información, etc.), cargas particulares de transparencia o de información, y así por el estilo. Por otro lado, se ubican todos aquellos límites que conciernen directamente al contenido del acuerdo.

En este plano, los límites de la autonomía se vinculan, por lo general, con tres hipótesis: con la ilicitud del trato, por lo contrario a los *bonos more* o al orden público (Tomado de SCHLESINGER, Piero. "La Autonomía Privada". En: *Proceso & Justicia*. N° 3, PUCP, Lima, 2002, pp. 103-110. Tomado de L'autonomia privata e i suoi limiti, en el Congreso Contratto e Lavoro Subordinato. Il Diritto dei privati alle soglie del 2000. Traducción autorizada de Leyseer León.

66 Son normas que contienen prohibiciones o límites prohibitivos de la autonomía privada, siendo normas excepcionales, que como tales, son de interpretación estricta.

67 Se refiere a los principios fundamentales sobre los cuales se apoya el ordenamiento jurídico, y los intereses generales de la colectividad.

68 Basadas en la conciencia social o normas de moralidad social, variables de acuerdo a la época, y que se forman a través del tiempo y aceptado por la comunidad, las cuales deben ser compatibles con los intereses que el ordenamiento mismo persigue.

69 VALLE DE GOYTISOLO, Juan. Ob. cit., p. 228.

aunque calificándolos negativamente. Es evidente que la valoración positiva o negativa de tales prácticas –valoración que puede llegar hasta una eventual calificación de ilicitud– depende del resultado concreto que se pretenda alcanzar⁷⁰.

Por lo aquí tratado, el negocio indirecto reconoce muchas cuestiones vinculadas a la precisión de sus límites, porque se trata de una institución de contornos difíciles de precisar; lo que hace que en no pocas oportunidades resulte dificultoso establecer diferencias jurídicas afines.

Aunque no puede hablarse con gran utilidad en los ordenamientos aformalísticos, donde no hay seria necesidad de utilizar indirectamente determinadas formas, puesto que todo intento económico lícito puede cristalizar en cualquier forma jurídica, ya que son aplicados frecuentemente en ordenamientos rígidos. Entre mayor flexibilización de las normas, menor invocación a la figura de negocios jurídicos indirectos.

Por último, es necesario señalar que todos los negocios jurídicos pueden dar lugar a una utilización indirecta de sus efectos normales o típicos, circunstancia que le otorga carácter meramente enunciativo a la descripción que se ha formulado y de ninguna manera se podría considerar como un “*númerus clausus*”⁷¹.

3.1. Cuando los negocios indirectos se usan para defraudar a la ley

Aquí los mecanismos que inventan los particulares tienen la finalidad de realizar actos *in fraudem legis*. El móvil para alcanzar los fines a través de otro negocio jurídico, es para eludir la aplicación de las normas del tipo negocial (incluido sus correspondientes normas imperativas) que deberían usar. Por ejemplo, si se aspira a un acto de liberalidad, las normas imperativas de la donación no serán desplazadas arbitrariamente por las del negocio instrumental.

70 BIGLIAZZI, Lina; BRECCIA, Umberto; NATOLI, Ugo; BUSNELLI, Francesco. Ob. cit., p. 648.

71 PALMERO, Juan C. “Negocio jurídico indirecto, simulación de la sociedad anónima”. En: *La Ley*. Año LXIX, Nº 174, Tomo 2005-E, Buenos Aires, setiembre, 2005, p. 1031.

Analicemos un caso: el contrato de opción en función de garantía. Edward es deudor de Alphonse mediante un contrato de mutuo válido, real, y no oculto. Sabiendo ambos que las garantías reales y personales necesitan un costo, tiempo y límites, Alphonse insta a Edward a celebrar un contrato de opción, por la cual Edward (*debitore*) otorga al Alphonse (*creditore*) un derecho de opción cuyo ejercicio se pacta suspensivamente condicionado al incumplimiento y sin que al efecto el acreedor deba desembolsar el precio estipulado, el cual se reputará en el futuro ya recibido o se prevé pueda compensarse directamente con el importe del crédito principal. Fácilmente se comprueba, por tanto, cómo en estos supuestos el acreedor carece de un interés verdadero en la adquisición del bien, “y en consecuencia, si pacta la opción es solo y exclusivamente para que actúe como mecanismo de resarcimiento en caso de impago”.

Además, por el modo en que se articula la garantía, fijándose un precio al momento, no del incumplimiento, sino del contrato, es más que probable que la garantía esté ocultando –cual verdadero móvil del negocio– un pacto comisorio, prohibido, como está, al favorecer al acreedor con desproporción. En la actualidad, el pacto comisorio ya no está prohibido cuando se trata de bienes muebles, pero solo si se cumple con las requisitos fundamentales que establece la norma (artículo 53 de la LGM⁷²), si no se cumple, se sanciona con nulidad al pacto. En cuanto

72 **Artículo 53 Ley N° 28677, Ley de Garantía Mobiliaria**

53.1 Es válido que las partes acuerden que el acreedor garantizado pueda adjudicarse la propiedad del bien mueble afecto en garantía mobiliaria. Para la validez del pacto se requiere, bajo sanción de nulidad, incluir el valor del bien mueble afecto en garantía mobiliaria acordado por las partes y, además otorgarse el poder a que se refiere el numeral 53.6 de este artículo.

53.2 Producido el incumplimiento, el acreedor garantizado que desee adjudicarse el bien mueble afecto en garantía mobiliaria deberá comunicar notarialmente al deudor y al representante a que se refiere el numeral 53.6 de este artículo, así como, de ser el caso, al constituyente y al depositario, el monto detallado de la obligación garantizada no pagada y el valor del bien mueble afecto en garantía mobiliaria acordado por las partes.

53.3 Si el valor del bien mueble afecto en garantía mobiliaria fuera menor que el monto de la deuda, el acreedor garantizado podrá exigir el saldo mediante la emisión de un título con mérito ejecutivo o en la vía del proceso de ejecución.

53.4 Si el valor del bien mueble afecto en garantía mobiliaria fuere mayor que el monto de la deuda, el acreedor garantizado deberá pagar la diferencia al representante a que se refiere el numeral 53.6 de este artículo, dentro de un plazo de diez días de recibida por el deudor la comunicación mencionada en el numeral 53.2 de este artículo. Vencido dicho plazo sin pagarse la diferencia, el deudor podrá exigir en la vía sumarísima el pago de una multa no menor de cinco veces la diferencia, más intereses y gastos. Todo pacto que fije un monto inferior, es nulo.

53.5 Cuando el acreedor garantizado pretenda adjudicarse el bien mueble afecto en garantía mobiliaria de conformidad con este artículo, dicho acreedor garantizado deberá cancelar o pagar el crédito de los acreedores garantizados que lo preceden en el rango o consignar su importe al juez.

a bienes inmuebles el pacto comisorio sigue siendo prohibido (artículo 1111 del Código Civil⁷³).

Otro de los casos que podemos citar es cuando, según las reglas del Código Civil, el testador solo puede disponer de un tercio de sus bienes, si cuenta con herederos forzosos, ascendientes, descendientes o cónyuge⁷⁴. Queriendo dejar más de lo que debe a un tercero, entonces realiza un reconocimiento de filiación, no porque es su hijo, sino con el fin de que reciba bienes a la muerte del que lo reconoce, no usando el instrumento típico del legado. Y esto es objeto de impugnación, ya que estaría evitando cumplir con normas imperativas.

3.2. Cuando los negocios indirectos se usan para defraudar a los acreedores

Si los negocios indirectos, se valen de cualquier tipo negocial para realizar fraudes a la ley, es claro que también podrían realizar fraudes a los acreedores, debido a que es una subespecie del primero⁷⁵.

Si hubiese gravámenes posteriores, los acreedores garantizados cancelarán su crédito con cargo a la diferencia prevista en el numeral 53.4 de este artículo. Para este efecto el representante a que se refiere el numeral 53.6 cumplirá con consignar judicialmente el monto a que se refiere el numeral 53.4 de este artículo.

53.6 Al momento de pactarse la posibilidad de adjudicación del bien mueble afecto en garantía mobiliaria, las partes deberán otorgar poder específico e irrevocable a un representante común para que en caso de incumplimiento proceda a suscribir la documentación necesaria para la transferencia del bien mueble afecto en garantía mobiliaria. En ningún caso el representante podrá ser el propio acreedor garantizado. El poder constará en el formulario de inscripción y se inscribirá conjuntamente con el pacto. Para estos efectos no resulta aplicable el segundo párrafo del artículo 153 del Código Civil. Es requisito de validez para efectos de transferir la propiedad del bien mueble gravado a favor del acreedor garantizado, que este pague al representante la diferencia de valor o la multa previstos en el numeral 53.4 que antecede.

53.7 El representante expedirá una constancia de adjudicación para los efectos tributarios correspondientes.

73 **Artículo 1111.- Nulidad del pacto comisorio**

Aunque no se cumpla la obligación, el acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por el valor de la hipoteca. Es nulo el pacto en contrario.

74 **Artículo 723.- Noción de legítima**

La legítima constituye la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos.

Artículo 724.- Herederos forzosos

Son herederos forzosos los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, y el cónyuge.

Artículo 725.- Tercio de libre disposición

El que tiene hijos u otros descendientes, o cónyuge, puede disponer libremente hasta el tercio de sus bienes.

Artículo 726.- Libre disposición de la mitad de los bienes

El que tiene solo padres u otros ascendientes, puede disponer libremente hasta de la mitad de sus bienes.

75 Al respecto, permíteseme remitirlos a: ROCA MENDOZA, Oreste Gherson. "Fraude a la ley, fraude a los acreedores y la acción pauliana". En: *Actualidad Jurídica*. N° 169, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre, 2007.

Para sustentar este punto, analicemos el siguiente caso: Una persona crea una sociedad anónima con un socio aparente, poniendo como patrimonio de la empresa a sus propios bienes, para sustraerlos del poder de ejercicio de sus acreedores, y sea esta que le provea de préstamos, que como es obvio no va a poder pagar. Así usa de forma anómala un instrumento legal persiguiendo otros fines distintos para lo que fue creado el tipo, siendo estos fines ilícitos.

Otro de los modos que en la práctica se utilizan, es cuando las empresas proveedoras de comida dentro de los penales, celebran con los centros penitenciarios, el contrato de suministro de comida preparada para los internos; esto, conforme a la normativa que los regula que prohíbe la compra de comida cruda. Sin embargo, estas empresas proveedoras de comida llevan los insumos para prepararlos en el penal, pero en vez de prepararlos un personal capacitado en nutrición (siendo este el fin de la norma y del contrato, ya que requieren una comida balanceada y nutritiva), contratan a los internos para que preparen ellos mismos la comida, tratándose en realidad de la entrega de comida cruda que los mismos consumidores preparan. Entonces, sirviéndose de la ley que permite el uso de dependientes para cumplir con sus obligaciones, no cumplen a cabalidad su obligación, engañando a los acreedores e incumpliendo el contrato.

Estos tipos de negocios considerados anómalos por un sector de la doctrina, generalmente española, encuentra su fundamento en la autonomía privada concepto que fue precedido por el de "autonomía de la voluntad", generado en la creencia que la fuerza vinculante de los contratos residía en la voluntad de los particulares. (Individualismo). Con el tiempo, esta posición se fue movilizandohacia una concepción más moderna en la que se considera que la fuerza del contrato y la capacidad de los particulares de generar obligaciones exigibles reposa en la ley quien establece la fuerza de tal vinculación. (Normativismo). Entonces, se llama autonomía privada al principio de autoconfiguración de las relaciones jurídicas por los particulares conforme a su voluntad. La autonomía privada es un parte del principio general de autodeterminación de las personas⁷⁶. Esto, se expresa en el negocio jurídico, que es

76 FLUME, Werner. Ob. cit., p. 23.

precisamente el acto, creado por uno o más sujetos que les vincula a una conducta, libremente determinada⁷⁷.

No cabe duda de que mayoritariamente, el contrato ya no es producto de la libertad negocial, como ejercicio de su autonomía privada, de ambos contratantes; por lo general, es la adhesión a la predisposición contractual realizada por uno de ellos. Sin lugar a dudas, el contrato por negociación ha sido ampliamente rebasado por la contratación masiva o predispuesta⁷⁸.

Por otro lado, el ordenamiento ofrece a los particulares modelos de contratos para facilitar y acelerar la contratación, disminuyendo los costos de transacción, estos son extraídos de los contratos que celebran las partes. Los regularmente usados son tipificados en un cuerpo normativo, para que partiendo del tipo complementan sus contratos privados; así, por ejemplo, cuando se celebra un contrato de arrendamiento, se ayuda de lo tipificado en el Código Civil para formar su propio contrato, porque el fin de esa operación particular (causa) coincide con el fin del tipo.

Y obtiene los insumos de los tipos contractuales; es decir, la reiteración de conductas puede crear un tipo de contrato que no es establecido por la ley, sino por la costumbre, estas conductas son valoradas positivamente por el ordenamiento jurídico, y que a través del legislador, tipifica; es decir, lo envuelve en un manto legal y lo convierte en norma jurídica dispositiva en el contenido, que será llenado por los particulares cuando los use, y será imperativa en sus límites y control en su protección.

77 MIRABELLI, Giuseppe. "Autonomía, Autonomía Privada y Autonomía Contractual". Tomado de: *Commentario Del Codice Civile. "Delle Obbligazioni- Dei Contratti In Generale"*. Libro IV, Tomo Secondo, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1980, pp. 27-29. En: *Contratos en General-Material de Lectura del Prof. Hugo Forno Florez*.

78 SOTO COAGUILA, Carlos. "La contratación contemporánea y el respeto a la autonomía privada". En: *Cathedra, Espiritu del Derecho, Revista de los Estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*. Año VI, N° 09, Lima, 2002, p. 34. Esto se dio por el proceso de concentración económica y el creciente poderío de las grandes empresas que produjo muy tempranamente la figura de los llamados contratos de adhesión y de las condiciones generales de contratación. (Tomado de: DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis. "Contrato y libertad contractual". En: *Themis*. N° 49, PUCP, 2004, p. 12.

Así configurada, la tipicidad legal o social, como la atipicidad, son conceptos que, en materia contractual, tienen un doble campo de aplicación⁷⁹:

- a) Uno de primer orden, que está dado por el concepto mismo de contrato. Toda relación jurídica que no reúna los requisitos que la ley establece para el contrato, no causa obligaciones, salvo que se puede celebrar.
- b) Otro, de segundo orden, está referido a la descripción de las diversas clases de contratos que se pueden celebrar.

El tipo es fundamentalmente descriptivo, es una creación abstracta y formal que realiza el legislador de unas determinadas finalidades reconocidas. El tipo es el supuesto de hecho de la norma jurídica pública⁸⁰. ¿Qué se quiere decir con esto? Para que una conducta de los particulares se refleje en el tipo, es necesario analizar la causa concreta que la generó. Si la causa concreta, llamada también función económica individual, presenta la característica de tipicidad, es una finalidad típica, y trae como consecuencia que el contrato que contiene esa causa, es un contrato típico. Eso no significa que la causa concreta va coincidir siempre con la finalidad típica, ni muchos menos su identificación: la causa concreta es un elemento del contrato que cumple dos roles: es la función económica individual y es la justificación objetiva de las consecuencias jurídicas. En cambio, el tipo del contrato es el conjunto de operaciones jurídicas (funciones económico-sociales) susceptibles de calificación por parte del ordenamiento para la constitución, la regulación o la extinción de situaciones jurídicas subjetivas⁸¹. Entonces, el instrumento de engranaje del contrato en concreto con el tipo establecido en el Código Civil, es la causa. (Por algo es uno de los elementos constitutivos más importantes dentro de la estructura del contrato, como negocio jurídico particular).

79 LORENZETTI, Ricardo. "El tipo contractual". En: *Jurídica*. Suplemento de *El Peruano*. N° 100, junio, 2006, p. 11.

80 MORALES HERVIAS, Rómulo. "Contribución a la teoría de los contratos conexos". En: *Derecho & Sociedad*. N° 19, PUCP, Lima, 2002, p. 120.

81 *Ibidem*, p. 132.

La cuestión del tipo es más conocida en relación con la parte especial que contempla las diferentes clases de contratos típicos o atípicos. En este campo puede destacarse dos aspectos: la estructura y la función del tipo⁸². La primera está dada por la regulación propia de cada tipo contractual, como una suerte de concreción en cada caso de lo dispuesto en la parte general. La segunda describe la finalidad práctico-jurídica-económica que se le requiere al contrato; es decir, la denominada causa concreta.

Estos tipos contractuales no son inmutables o *numerus clausus* en la que los privados deban ceñirse para elaborar sus contratos (como fue la idea en el Code Francés o Napoleónico). Los intereses evolucionan y necesitan los particulares a veces fusionar tipos contractuales para poder satisfacer sus necesidades, o llenan de contenido un contrato cuya figura típica conserva, pero que concluyen con el consciente propósito de alcanzar un resultado propio de otros tipos negociales.

Dentro de los remedios que se han señalado para los negocios jurídicos en fraude a la ley, debido a que no atentan contra la ley directamente, sino tratan de eludir los efectos de las normas imperativas, la solución más adecuada es la aplicación de las normas imperativas que ha tratado de eludir, no obstante la contraria voluntad de las partes o de una parte de ellas. Ello, conlleva a que en los tiempos actuales “la sanción de invalidez como consecuencia de la contrariedad del acto a tales normas resulta del todo insuficiente por la realización de los objetivos impuestos por el ordenamiento”⁸³. En efecto, el ordenamiento deberá intervenir con otras técnicas que no tanto tienden a invalidar el contrato, sino que tienden a conseguir un fin general, “un interés social”⁸⁴. Cierta sector de la doctrina plantea que la solución sería una conversión del negocio en fraude a la ley, pero no sería posible porque no se podría convertir contratos ilícitos, además de que no se puede dar por sentado una

82 GETE ALONSO Y ACLERA, María del Carmen. *Estructura y función del tipo contractual*. Editorial Bosch, Barcelona, 1979, p. 710.

83 INZITARI, Bruno. *Autonomía privada e controllo público nel rapporto di locazione*. Linee di una vicenda. E. Jovene, Napoli, 1979, p. 138. Donde señala que “la exigencia de asegurar un específico contenido a la actividad negocial de los privados, sobre la base de consideraciones del todo extrañas a la esfera de decisión individual, ha hecho asumir a algunas categorías de normas, posteriores y del todo nuevas funciones respecto al esquema ochentesco de las normas imperativas ordenativas o prohibitivas”.

84 FERRI, Giovanni Batista. “Antiformalismo, democracia, código civile”. En: *Rivista di Diritto Commerciale*. Vol. I, 1968, p. 385.

voluntad hipotética de las partes, en cuanto a sus verdaderos intereses en los negocios jurídicos celebrados⁸⁵.

En síntesis, se puede formar negocios jurídicos conducidos a resultados ilícitos o negocios jurídicos varios lícitos que en conjunto dan fines ilícitos (por ej. Un magistrado desea adquirir un bien materia de remate en un proceso que el mismo dirige, por lo que concerta con un tercero en que compre el bien, luego él vende a un tercero y este a su vez al magistrado, eludiendo la prohibición de adquisición contemplada en el Código Civil).

Terminando con este punto, es necesario indicar que la Comisión⁸⁶ que se encarga de la reforma del Código Civil de 1984 ha introducido en el futuro Título Preliminar el “Principio del fraude a la ley”, con el texto siguiente:

Artículo IX. Fraude a la ley

“Constituye fraude a la ley el acto que pretende un resultado contrario a una norma legal amparándose en otra norma dictada con finalidad diferente. El acto es nulo salvo disposición legal distinta y no impedirá la debida aplicación de la norma cuyo cumplimiento se hubiere tratado de eludir”.

El texto adolece de una imprecisión y de una incongruencia. Primero, la doctrina en forma unánime señala que el fraude a ley se da frente a una norma imperativa (es decir, de estricto cumplimiento) y no frente a normas dispositivas (que sirven para ayudar a las partes a formar el contenido contractual o suplir sus deficiencias). Pero en el texto solo se habla de norma legal, por lo que parecería que el fraude opera frente a cualquier norma legal incluso las dispositivas, desnaturalizando la figura del fraude. Si leemos más abajo, la parte que dice “norma cuyo cumplimiento se hubiere tratado de eludir”, podríamos deducir que el legislador se refiere a las evasión de normas imperativas, ya que son las que tienen

85 Como lo sostiene D'AMICO, Giovanni. *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*. Dott A. Giuffrè Editore, Milano, 1993, pp. 182-183.

86 Por Resolución Ministerial N° 0139-2011-JUS, publicada el 27 de julio de 2011, en el diario oficial *El Peruano*, se dispone la publicación de las propuestas de reforma al Código Civil y su correspondiente nota explicativa.

el carácter de estricto cumplimiento (característica que no es propia de las normas dispositivas). Por todo esto, consideramos que la comisión ha optado por una pésima redacción que llevaría a innecesarias confusiones y problemas. Sobre el segundo punto, es incongruente e ilógico sancionar con nulidad el negocio con fraude a la ley y al mismo tiempo aplicar los efectos jurídicos de las normas que hubiere eludido, debido a qué efectos se podrá aplicar, si la causa de su generación (esto es el negocio jurídico) ya no existe por haber sido declarado nulo. Solo se podría entender en negocios con simulación relativa, donde sería nulo el negocio simulado y se aplicaría la norma imperativa en el negocio disimulado. Entonces, otra vez, nos encontramos ante una pésima redacción⁸⁷.

Como se ha anotado, se requiere de la existencia de un acto de autonomía privada (negocios jurídicos, contratos, incluso actos jurídicos en sentido estricto), por ello, simples hechos no serían factibles de plantearse acción pauliana, aunque causen perjuicio a los intereses crediticios. Ej., Prender fuego al único bien del activo patrimonial, que si bien es un acto doloso de incumplimiento no cabría aplicarle una acción pauliana. Ahí se aplicaría las reglas de la teoría del riesgo como medio de solución.

A través también de actos de autonomía privada positivos o de actuación, si fuera una conducta omisiva, el mecanismo correcto sería el de la acción subrogatoria. También actos unilaterales (remisión de deudo renuncia de derechos) o bilaterales. De lo expuesto se destaca que los actos que se realicen debe guardar íntima relación con el patrimonio del deudor (su composición, la capacidad patrimonial, los bienes que lo integran, presentes y futuros, incluido derechos (actuales y

87 También en forma crítica, aunque con distintos fundamentos: CASTILLO FREYRE, Mario. *Ni urgente, ni necesario; más bien: defectuoso. Comentarios muy críticos al Anteproyecto Oficial de Reforma del Código Civil de 1984*. 1ª edición, Palestra, Lima, 2005, p. 41: “El fraude a la ley es una materia que ha generado siempre discusiones doctrinales y ha sido acogida legislativamente en algunos ordenamientos jurídicos. El proyectado artículo IX –destaca la comisión– es un dispositivo que no tiene precedente en nuestros títulos preliminares e introduce el principio del fraude a la ley; agregando –en posición que compartimos– que no necesitaba ser establecido positivamente para que fuera aplicado, porque corresponde a lo esencial de la justicia en el derecho. No obstante, la comisión ha considerado mejor incorporarlo explícitamente en el texto para que tenga plena vigencia. Más que discutir la idea del fraude a la ley en sí, que como concepto busca rescatar la teología de las normas y les da un valor específico muy importante cuando se trata de aplicarlas en casos de conflicto, quiero concentrarme en lo inadecuado del planteamiento propuesto en el Anteproyecto. En la norma se establece que el acto fraudulento es nulo salvo disposición legal distinta. Ello equivale a decir que el legislador podría validar el fraude a la ley cuando lo crea conveniente, es decir, que una decisión del legislador hecha norma pueda hacer valido un acto que, en esencia, es nulo, por ser fraudulento”.

eventuales), sin dejar de lado los elementos pasivos del patrimonio, y por otra parte, la libertad de gestión patrimonial.

V. ¿FRAUDE A LA LEY EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO? NECESIDAD DE SU REGULACIÓN

En nuestro ordenamiento jurídico, no hay una regulación del fraude a la ley en general, aunque encontramos referencias al mismo en el inciso f) del artículo 7 del Decreto Supremo N° 001-96-TR, Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo⁸⁸, en el literal a) del artículo 167 de la Ley sobre el Derecho de Autor-Decreto Legislativo N° 822⁸⁹, el literal b) del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 856 donde se precisan los alcances y prioridades de los créditos laborales⁹⁰, el literal a) del artículo 27 de la Ley N° 28331-Ley Marco de los Consejos Reguladores de Denominación de Origen⁹¹, el inciso 6 del artículo 51 de la Ley N° 28518-Ley sobre Modalidades Formativas Laborales⁹², el numeral 24.4 de Reglamento de la

88 Que señala lo siguiente:

“Artículo 7.- Se desnaturalizan los Programas de Formación Laboral Juvenil y de Prácticas Preprofesionales y se entiende que existe relación laboral en los siguientes casos:

f) Cuando el participante demuestra la existencia de simulación o **fraude a la Ley** y su Reglamento”.

89 Que señala lo siguiente:

“Artículo 167.- La sanción de cancelación del permiso de funcionamiento a una sociedad de gestión colectiva, solamente procederá en los casos siguientes:

a. Si se comprueba que la autorización para funcionar se obtuvo mediante falsificación o alteración de datos o documentos, o de cualquier otra manera en **fraude a la ley**”.

90 Que señala lo siguiente:

“Artículo 3.- La preferencia o prioridad citada en el artículo precedente se ejerce, con carácter persecutorio de los bienes del negocio, solo en las siguientes ocasiones:

(...)

b) En los casos de extinción de las relaciones laborales e incumplimiento de las obligaciones con los trabajadores **por simulación o fraude a la ley**, es decir, cuando se compruebe que el empleador injustificadamente disminuye o distorsiona la producción para originar el cierre del centro de trabajo o transfiere activos fijos a terceros o los aporta para la constitución de nuevas empresas, o cuando abandona el centro de trabajo.”

91 Que señala lo siguiente:

“Artículo 27.- Causales para la cancelación

La sanción de cancelación de la autorización de funcionamiento, solamente procederá en los casos siguientes:

a. Si se comprueba que la autorización para funcionar se obtuvo mediante falsificación o alteración de datos o documentos, o **de cualquier otra manera en fraude a la ley**”.

92 Que señala lo siguiente:

“Artículo 51.- Desnaturalización de las modalidades formativas

Se desnaturalizan las modalidades formativas y se entiende que existe una relación laboral común en los siguientes casos:

(...)

6. La existencia de simulación o fraude a la Ley que determine la desnaturalización de la modalidad formativa”.

Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 019-2006-TR⁹³, el literal d) del artículo 27 del Reglamento de la Ley N° 29135, Ley que establece el porcentaje que deben pagar EsSalud y la ONP a la Sunat, por la recaudación de sus aportaciones, y medidas para mejorar la administración de tales aportes, aprobado mediante Decreto Supremo N° 002-2009-TR⁹⁴, pero todas estas invocaciones a la figura del “fraude a la ley” son solo figurativas, ya que no hay una regulación que determine qué supuestos se considerarían fraude a la ley, y cuáles serían los efectos del mismo y la respuesta del ordenamiento jurídico en caso de presentarse casos de fraude a la ley, por lo que a que estamos ante “letra muerta”. Es como si se mencionara perdida de chance como responsabilidad pero no hay una mínima regulación del mismo, prácticamente cae en un saco roto.

En consecuencia, se es de la opinión que debido a que nuestro orden jurídico ha asumido como real la existencia de la figura del fraude a la ley, se requiere su regulación, con contenido directriz para todas estas leyes especiales que se han hecho mención.

VI. SOBRE LA APLICACIÓN EN LA EXPERIENCIA JURÍDICA NACIONAL DEL FRAUDE A LA LEY. UN VISTAZO A LA JURISPRUDENCIA

Nuestra jurisprudencia o mejor dicho las resoluciones de toda índole en nuestro país (a nivel de Tribunal Constitucional, Indecopi, Corte de Justicia, etc.), también ha tomado en cuenta la figura del “fraude a la ley”, veamos en qué sentido:

93 Que señala lo siguiente:

“Artículo 24.- Infracciones graves en materia de relaciones laborales

Son infracciones graves, los siguientes incumplimientos:

24.4 No pagar u otorgar íntegra y oportunamente las remuneraciones y los beneficios laborales a los que tienen derecho los trabajadores por todo concepto, incluidos los establecidos por convenios colectivos, laudos arbitrales, así como la reducción de los mismos en fraude a la ley”.

94 Que señala lo siguiente:

“Artículo 27.- Supuestos de inhabilitación

De conformidad con lo establecido en el artículo 4 de la Ley, serán considerados supuestos de inhabilitación:
(...)

d) La inscripción de una persona como derechohabiente de un asegurado titular sin que tenga dicha calidad por simulación o fraude a la ley”.

A nivel del Tribunal Constitucional encontramos a la sentencia recaída en el Expediente N° 0004-2004-AI-TC, publicada el 29 de setiembre de 2004, sobre Proceso de Inconstitucionalidad de la Ley N° 28194, en su fundamento Número 15 señala que: “En efecto, por un lado, resulta plenamente legítima la exigencia de que quien reciba el dinero tenga domicilio fiscal o residencia habitual en el distrito carente de entidad financiera; y es que si no se exige que cuando menos una de las partes del contrato domicilie en dicho distrito, **queda abierta la posibilidad de incurrir en fraude a la ley**, acudiendo a realizar la transferencia del bien, prestación de servicio o dación de dinero a un distrito que no cuente con una agencia o sucursal de una empresa del sistema financiero, con el único objeto de eludir la fiscalización por parte de la Administración Pública”.

También, tenemos la Sentencia recaída en el Expediente N° 0006-2007-PA/TC sobre Proceso de Amparo, donde en sus fundamentos 4 y 5 sobre la ley previamente anotada señala que:

(...)

“4. Sobre el particular, debemos señalar que la Ley N° 28518, que regula las modalidades formativas laborales, en su artículo 51, incs. 1 y 6, establecen que se desnaturalizan las modalidades formativas, entre otros casos, cuando haya falta de capacitación en la ocupación específica y/o desarrollo de actividades del beneficiario ajenas a la de los estudios técnicos o profesionales establecidos en el convenio **y ante la existencia de la simulación o fraude a la ley** que determine la desnaturalización de la modalidad formativa.

En el presente caso, de los Informes de fojas 32 a 34 y del denominado Certificado de Prácticas, obrante a fojas 35 de autos, se advierte que el recurrente, en el periodo que prestó servicios bajo la denominada modalidad de prácticas preprofesionales, realizó labores de recepción y registro de documentos (ventanilla de atención al usuario), siendo dichas labores de carácter permanente en la institución demandada, las mismas que realizó en el primer periodo bajo la denominación de contrato de trabajo por servicios específicos. **En tal contexto se puede concluir que la situación descrita configura fraude a la ley**, quedando acreditada la existencia de una

relación laboral entre las partes, también, en el segundo periodo de servicios”.

Como se verá en los fundamentos citados, se toma a la figura del fraude a la ley junto con la simulación casi como sinónimos, aplicando el principio de la primacía de la realidad, como mecanismo de respuesta.

A nivel de sede judicial, tenemos las Casaciones N° 2780-2004-San Martín, publicado el 3 de julio de 2006, N° 2577-2002-La Libertad, publicado el 3 de noviembre de 2004, N° 1097-2001-Lima, N° 281-2001-Lima, N° 982-2004-Arequipa, todas ellas referidas a materia laboral, invocando las normas laborales previamente citadas donde solo hacen mención al fraude a la ley junto a la simulación, pero sin detenerse a desarrollar su contenido, por lo que a nivel de jueces, no hay “doctrina jurisprudencial” sobre la referida figura.

A nivel de sede administrativa, podemos encontrar cierto desarrollo jurídico. Por ejemplo tenemos a la Resolución N° 0329-2005-TDC-INDECOPI, publicada el 9 de abril de 2005, de la Sala de Defensa de la Competencia en materia de derecho concursal, en el caso de utilización fraudulenta de las disposiciones del Convenio de Liquidación de Instituto de Ojos y Oídos referidas a la fijación de dietas a favor de los miembros del Comité de Acreedores, con la finalidad de eludir el pago de los créditos de acuerdo al orden de preferencia establecido en la Ley General del Sistema Concursal señalando en el punto III.2 lo siguiente:

III.2 Actos realizados en fraude a la ley

De acuerdo al principio de autonomía privada que inspira el Derecho Civil patrimonial, las personas se encuentran facultadas para regular libremente sus propios intereses en el ámbito del ordenamiento jurídico, libertad que se expresa en el poder de crear, modificar y extinguir relaciones jurídicas obligacionales. Esta concepción se fundamenta en el reconocimiento de una esfera de libertad de actuación reservada a los particulares, dentro de la cual estos tengan la posibilidad de determinar por sí mismos los efectos de las relaciones entabladas entre ellos, dado que tal autorregulación constituye el mecanismo que permite a los individuos la consecución de fines que, si bien están dirigidos a la satisfacción de intereses privados, son considerados valiosos por el Derecho para garantizar un

adecuado desarrollo de la sociedad y, por tanto, resultan merecedores de protección.

El ordenamiento jurídico ha provisto a los particulares de instrumentos que les permiten autoregular sus relaciones jurídicas de la forma más conveniente para sus intereses. Dichos instrumentos son el acto jurídico y, principalmente, como una especie de aquel, el contrato, de acuerdo a la definición establecida por el Código Civil.

Ahora bien, la autonomía otorgada a los privados para regular sus intereses no es irrestricta, encontrando su límite en aquel ámbito regulado por normas de obligatorio cumplimiento o de carácter prohibitivo o sancionador, sin que los destinatarios de las mismas puedan pactar en contrario. El fundamento de tal limitación radica en la existencia de un conjunto de reglas generales de organización social que deben ser respetadas por todos los integrantes de la sociedad para la preservación del orden establecido, para lo cual el Estado compromete el uso de su poder de coerción a través de la expedición de normas imperativas.

El artículo V del Título Preliminar del Código Civil establece que es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres. Del mismo modo, el artículo 1354 del citado dispositivo legal prescribe que las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

Por tanto, los particulares solo se encuentran habilitados para regular sus relaciones jurídicas dentro del ámbito de actuación que el ordenamiento jurídico les reconoce, encontrándose obligados a observar las normas imperativas vigentes. Sin embargo, existe la posibilidad de que los destinatarios de tales normas pretendan, a través de una utilización fraudulenta de los instrumentos que la Ley les otorga para la satisfacción de sus intereses privados, eludir el cumplimiento de las mismas bajo la apariencia de una actuación sujeta al marco legal. Esta figura jurídica ha sido denominada por la doctrina como “negocio jurídico en fraude a la ley”.

Mediante la figura del negocio en fraude a la ley, los sujetos celebran un determinado negocio (o acto) jurídico con el propósito

de alcanzar un resultado práctico que no guarda correspondencia alguna con los efectos que normalmente se pretenden conseguir a través de la realización de tal negocio, sino con la finalidad de obtener un resultado prohibido por contravenir el orden público, las buenas costumbres o alguna norma imperativa en particular. El elemento que caracteriza dicha modalidad de fraude es la apariencia de respeto a la norma que ofrece el acto celebrado, pero que en realidad oculta la finalidad de eludir su cumplimiento.

El acto jurídico celebrado en fraude a la ley es nulo, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, así como en virtud de lo establecido en el numeral 3 del artículo 140 del referido texto legal, debido a que, siendo la utilización de dicho acto un mecanismo para burlar la aplicación de normas imperativas, su fin es ilícito. Ello, sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal que, de ser el caso, pudiera corresponder a quienes participaron de la celebración del acto en mención.

En el marco de un procedimiento concursal, también existe la posibilidad de que determinados agentes intervinientes en el concurso pretendan, mediante actos jurídicos formalmente celebrados con arreglo a Derecho, evadir el cumplimiento de normas imperativas. Esta situación puede presentarse potencialmente en el ámbito de la Junta de Acreedores, escenario en el cual la colectividad de acreedores, a través del sistema de mayorías previsto por ley, adopta, en el ejercicio de la autonomía privada que rige su accionar, las decisiones relativas al mecanismo que consideren más conveniente para la maximización del valor del patrimonio del deudor concursado y, de esta manera, poder asignar eficientemente los recursos obtenidos al pago de los créditos comprendidos en el procedimiento.

Para el cumplimiento de dicho objetivo, la Ley General del Sistema Concursal ha conferido amplias facultades a la Junta de Acreedores para adoptar los acuerdos antes señalados. Sin embargo, así como ocurre en las relaciones jurídicas de naturaleza civil analizadas en los párrafos anteriores, el ejercicio de las atribuciones del referido órgano deliberativo se encuentra limitado por la observancia de las normas que el ordenamiento jurídico impone con carácter obligatorio a los particulares, de modo que aquellos acuerdos adoptados en contravención a tales disposiciones son susceptibles de ser

declarados nulos, a pedido de parte o de oficio, por la Comisión, según lo dispuesto por el artículo 118 de la Ley General del Sistema Concursal.

En efecto, podría suceder que ciertos acreedores, aprovechando su posición mayoritaria en la Junta, adopten decisiones referidas al establecimiento de los términos y condiciones de pago de los créditos comprendidos en el concurso (como, por ejemplo, la aprobación del Plan de Reestructuración o el Convenio de Liquidación) que, en vez de estar dirigidas a la tutela del interés de la masa de acreedores mediante la participación de estos en proporción a su grado de afectación por la crisis patrimonial del deudor, solo tuvieran por finalidad satisfacer fraudulentamente el interés privado de aquellos, pese a que los acuerdos adoptados aparentarán encontrarse conforme a la normativa concursal. Tal proceder contravendría no solo la norma imperativa que pretenda burlarse en el caso concreto, sino los principios de colectividad y proporcionalidad consagrados en el Título Preliminar de la Ley General del Sistema Concursal.

Estableciendo que “atendiendo a lo expuesto, esta Sala considera que existen suficientes elementos de juicio que hacen presumir una utilización fraudulenta del Convenio de Liquidación de Instituto de Ojos y Oídos por parte de ciertos acreedores para el cobro de sus créditos sin observar el orden de preferencia establecido por ley, en perjuicio del resto de acreedores de la empresa concursada. De otro lado, no debe perderse de vista que la realización de tal hecho no hubiera sido posible sin la participación de BKV & Asociados, quien en su calidad de entidad liquidadora pudo advertir la posible existencia de un fraude a la ley y acudir a las autoridades competentes”.

Del análisis de la resolución, se observará que a diferencia de las instancias judiciales, efectúa un desarrollo de la figura del fraude a la ley, partiendo que dichos actos fraudulentos tienen una finalidad ilícita que de acuerdo a las reglas del Código Civil acarrear su nulidad, y por contravenir el orden público y las buenas costumbres, y que como efecto indirecto implica perjudicar también a los otros acreedores.

CAPÍTULO III
FRAUDE A LOS ACREEDORES

I. SU RELACIÓN CON EL FRAUDE A LA LEY ¿GÉNERO Y ESPECIE?

Se dice que los negocios jurídicos con fraude a los acreedores es una subespecie de los negocios jurídicos en fraude a la ley, debido a que el derecho de crédito de los acreedores encuentra su fundamento en la ley; por tanto, una violación de estos derechos lleva necesariamente a la violación de la ley que los protege.

Por otro lado, otro sector de la doctrina, señala que el fraude a la ley y fraude a los acreedores son institutos totalmente distintos, por lo que tendrían tratamiento legislativo distinto⁹⁵, señalando al respecto que: “El contrato revocable no elude ninguna norma imperativa, sino simplemente perjudica las razones de los acreedores del disponente; no es afectado por nulidad, sino por ineficacia relativa”⁹⁶. Creemos que no es tanto así, no es que sean institutos que se encuentren en polos distintos, debido a que en negocios jurídicos en fraude a la ley uno se pretende burlar de la ley, mientras que en los negocios jurídicos con fraude a los acreedores es indudable también que ocurre lo mismo aunque de modo indirecto o mediato. No hay que perder de vista que numerosos negocios en fraude a la ley tienden a lesionar intereses generales de la comunidad y a la vez intereses particulares de uno de los declarantes⁹⁷. Y eso es lo que ocurre en negocios en fraude a la ley y a los acreedores que afectan a la seguridad jurídica, anhelación de la sociedad civil y todo el ordenamiento jurídico. En efecto, en el supuesto de hecho materia de acción pauliana, denominada fraude a los acreedores, se da la utilización de una norma de cobertura que le permite al deudor disponer de sus bienes, en ejercicio de su capacidad de obrar. Pero si con la disposición

95 En esta línea de pensamiento: FERRI, Luigi. *Lecciones sobre el contrato*. Curso de Derecho Civil. Presentaciones, notas y edición al cuidado de Rómulo Morales Hervías y Leysser León Hilarario. Traducción de Nélvor Carreteros Torres. 1ª edición al castellano, Grijley, Lima, 2004, pp. 242 y 243; MERINO ACUÑA, Roger. “La acción revocatoria ordinaria o pauliana. Lineamientos fundamentales”. En: *Actualidad Jurídica*. N° 156, noviembre, Gaceta Jurídica, 2006, p. 33.

96 ROPPO, Vincenzo. *El Contrato*. Traducción de Nélvor Carreteros Torres, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 385. Traducción del libro: ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. Giuffrè, Milano, 2001.

97 En este sentido y estudiando los distintos tipos de fraude: MOSSET ITURRASPE, Jorge. Ob. cit., ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *El Acto Jurídico Negocial*. 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 351; DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*. Tomo II, 5ª edición, Civitas, Madrid, 1996, p. 32.

afecta los intereses del acreedor, resulta evidente que el deudor frustra los fines de otra norma que es de carácter imperativo: la que asegura a los acreedores el derecho a obtener la satisfacción de sus créditos, que se convierte en la ley defraudada⁹⁸. Por ello “es innegable como, aún antes que los derechos de un privado, el contrato en fraude a los terceros a menudo frustra los fines generales del ordenamiento”⁹⁹, y es ante todo un comportamiento humano perjudicial de situaciones subjetivas tuteladas que afecta intereses particulares e indirectamente intereses colectivos de orden público.

II. DEFINICIÓN

En síntesis, cabe hablar de fraude en general (fraude en distintas ramas del Derecho) siendo una especie los negocios en fraude a la ley y a su vez una subespecie es el negocio en fraude a los acreedores, que debido a que responde a la protección de intereses particulares tiene un tratamiento y protección especial como la potestad de ejercer la acción pauliana. En principio, como se desarrollará más adelante el ejercicio de la acción pauliana no se restringe a la existencia de fraude.

Se señala, además, que “el fraude a los acreedores es un caso de lesión del derecho de crédito imputable al deudor en el que colabora un tercero. La intervención de este tercero en la lesión del crédito le hace responsable frente al acreedor lesionado. Para que exista fraude a los acreedores no basta solo con la conducta del deudor, sino que este necesita la colaboración de un tercero, este tercero (adquirente de un bien del patrimonio del deudor) puede conocer o no que se trata de un negocio realizado para perjudicar derechos de crédito ajenos (ahora bien, suele ser habitual que los terceros sean cómplices del fraude). El legislador consciente de la necesidad de articular un mecanismo para hacer frente al denominado fraude a los acreedores, concede a los acreedores defraudados la acción pauliana”¹⁰⁰.

98 PERALTA REYES, Víctor. Ob. cit., p. 897.

99 DI MARZIO, Fabrizio. *La nullità del contratto*. Cedam, Padova, 1999, p. 330. Aunque para dicho autor respecto al fraude a los acreedores, que lo considera como una clase de fraude a los terceros, ofende intereses singulares combatidos por la acción revocatoria, no requiriendo por ello ser considerado un ilícito injusto.

100 PÉREZ GARCÍA, Máximo Juan. *La protección aquiliana de crédito*. Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2005, p. 168.

III. MECANISMOS DE TUTELA QUE TIENE EL ACREEDOR PARA PROTEGER SU SITUACIÓN JURÍDICA DENTRO DE UNA OBLIGACIÓN

Según un sector importante de la doctrina, el fraude a los acreedores se da dentro de una relación obligatoria, donde el acreedor va a tener distintos mecanismos de tutela para proteger su situación jurídica crediticia dentro de esa obligación, sea que estemos ante un escenario de fraude o no. Así los podemos clasificar en¹⁰¹:

a) Formas de tutela que inciden en la capacidad de ejercicio del deudor

La declaración de quiebra del deudor contemplada por la Ley General del Sistema Concursal. Así, su artículo 88.7 establece que “si luego de realizar uno o más pagos se extingue el patrimonio del deudor, quedando acreedores pendientes de ser pagados, el Liquidador deberá solicitar, bajo responsabilidad, en un plazo no mayor de treinta (30) días, la declaración judicial de quiebra del deudor, de lo que dará cuenta al comité o al Presidente de la Junta y a la Comisión”. Esto acarreará una limitación a su capacidad de ejercicio como efecto de la declaración en quiebra¹⁰², sin embargo, el quebrado no deviene en incapaz por razón de la quiebra, por lo que puede ejercer sus derechos civiles sin más limitaciones que las señaladas en el artículo 100.1.

b) Formas de tutela que inciden directamente sobre los bienes del deudor

Secuestro conservativo (artículo 643 del Código Procesal Civil¹⁰³), que opera como una medida cautelar específica.

101 ROPPO, Enzo. Voce “Responsabilità Patrimoniale”. En: *Enciclopedia del Diritto*, XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988, p. 1046 y ss.

102 **Artículo 100.- Efectos de la quiebra**

100.1 El quebrado, mientras dure ese estado, está impedido de:

- a) Constituir sociedades o personas jurídicas, en general, o de formar parte de las ya constituidas;
- b) Ejercer cargos de director, gerente, apoderado o representante de sociedades o personas jurídicas, en general;
- c) Ser tutor o curador, o representante legal de personas naturales;
- d) Ser administrador o liquidador de deudores en los procedimientos regulados en la Ley.

103 **Artículo 643.- Secuestro.**

Cuando el proceso principal tiene por finalidad concreta la dilucidación del derecho de propiedad o posesión sobre determinado bien, la medida puede afectar a este, con el carácter de secuestro judicial, con desposesión de su tenedor y entrega a un custodio designado por el juez.

c) Formas de tutela que inciden en actos del deudor e involucran terceros:

Acción revocatoria ordinaria, (artículo 195 y siguientes)¹⁰⁴ y también la impugnación del acreedor a la renuncia a la herencia del deudor (artículo 676 del CC¹⁰⁵), siendo esta renuncia de derechos factible de estar sujeta a la acción pauliana.

d) Formas de tutela consistentes en poderes de iniciativa del acreedor, que sustituyen la inercia del deudor

Acción subrogatoria u oblicua que es un derecho potestativo que otorga la ley al titular de un derecho de crédito para velar por él, que consiste en ejercitar un derecho del deudor para incrementar su patrimonio y la garantía genérica que tiene el acreedor en función de los bienes pertenecientes al patrimonio del deudor, regulada en el inc. 4 del artículo 1219 del CC¹⁰⁶, que cuando se ejercita “no determina (...) una modificación de la esfera jurídica ateniendo al acreedor, mas sí una modificación de la situación patrimonial del deudor, debido a la realización de su posición activa, de la cual indirectamente puede derivar un efecto favorable para el acreedor”¹⁰⁷.

Cuando la medida tiende a asegurar el pago dispuesto en mandato ejecutivo, puede recaer en cualquier bien del deudor, con el carácter de secuestro conservativo, también con desposesión y entrega al custodio.

Se aplican al secuestro, en cuando sean compatibles con su naturaleza, las disposiciones referidas al embargo.

104 Algunos consideran que no tiene naturaleza sustancial y que no es más que una mera pretensión procesal de ineficacia: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “Naturaleza jurídica del legítimo interés: Hacia el rescate de su autonomía conceptual”. En: *Advocatus*. Nueva Época, Tercera entrega, Universidad de Lima, 2000, pp. 43 y 44. y LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo; quien sostiene que “tal como está concebida en nuestro ordenamiento, la acción de ineficacia es una pretensión de inoponibilidad, ante el acreedor accionante, de los efectos de un cierto acto jurídico” (*El Negocio Jurídico*. 2ª edición, Grijley, Lima, 1994, p. 407).

105 Que señala lo siguiente: “si la renuncia causa perjuicio a los acreedores del renunciante, estos pueden impugnarla dentro de los tres meses de tener conocimiento de ella, para que sea declarada sin efecto en la parte en que perjudica sus derechos. La resolución que declare fundada la demanda dispondrá, según la naturaleza de los bienes, su administración judicial o su venta en pública subasta, para el pago de las deudas del renunciante. El remanente, si lo hubiera, se trasmite a los herederos a quienes favorezca la renuncia. La demanda de impugnación se tramita como proceso sumarísimo”.

106 **Artículo 1219 del Código Civil**

“Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente:

4. Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley. El acreedor para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudor en el juicio que promueva”.

107 PATTI, Salvatore. “Sulla funzione dell’azione surrogatoria”. En: *Rivista di Diritto Civile*. Maggio - Giugno, N° 3, Cedam, Padova, 2010, p. 410.

Ello ocurre por la falta de actuación por hecho imputable al deudor, que se presenta al igual que la acción pauliana como “incidente del desenvolvimiento de la relación todavía en fase de actuación”¹⁰⁸.

Por eso se señala que la acción subrogatoria, en cuanto destinada inmediatamente a procurar una ventaja para el deudor, es un medio de tutela indirecta del derecho de crédito porque facilita la realización coactiva o inmediatamente (a través del ejercicio de la acción ejecutiva) o mediadamente (a través del ejercicio de una acción cautelar, pero que no debe considerarse un acto preparatorio del proceso ejecutivo o del proceso cautelar)¹⁰⁹.

El acreedor que ejercita la acción subrogatoria debe demostrar que a su deudor pertenecía el derecho de actuar y que él mismo está unido a su deudor por una relación obligatoria que justifica la sustitución. Debe existir en este supuesto un interés para actuar justificado por la situación de hecho en que se encuentra la relación de la que él pretende y afirma ser titular¹¹⁰.

Se diferencia de la acción pauliana en lo siguiente: “el acreedor que obra en revocatoria obra solo a ventaja propia, los actos del deudor declarados ineficaces son ineficaces solo en relación del acreedor que ha obrado, mientras permanecen eficaces respecto a los otros acreedores. Quien obra en subrogatoria, por el contrario, reintegra el patrimonio del deudor a ventaja de todos los acreedores: una vez que, por efecto de la acción subrogatoria ejercitada por un acreedor, el bien ha entrado en el patrimonio del deudor, cualquier otro acreedor puede concurrir sobre ello (...)”¹¹¹.

e) Formas de tutela consistentes en el poder del acreedor de intervenir en procesos en los cuales sea parte el deudor

Sustitución procesal en la que, según el artículo 60 del Código Procesal Civil “una persona puede iniciar un proceso o coadyuvar la

108 NATOLI, Ugo. *L'attuazione del rapporto obbligatorio*. Tomo I: Il comportamento del creditore, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1974, p. 77.

109 *Ibidem*, p. 411.

110 Al respecto, permítaseme remitir a: ROCA MENDOZA, Oreste Gherson. Voz: “Acción oblicua (subrogatoria)”. En: AA.VV. *Diccionario Civil*. 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, pp. 15-17.

111 GALGANO, Francesco. *Istituzioni di Diritto Privato, con tavole di comparazione giuridica*. Seconda edizione, Cedam, Padova, 2002, p. 363.

defensa del ya iniciado cuando tenga interés en su resultado, sin necesidad de acreditar derecho propio o interés directo en la materia discutida”.

f) Formas de tutela que inciden en la actuación de la relación obligatoria o contractual entre acreedor y deudor

Excepción de incumplimiento (artículo 1426 del CC¹¹²) la **excepción de caducidad del plazo** (artículo 1427 del CC¹¹³) en los contratos con atribuciones correspectivas.

g) Formas de tutela consistentes en la subrogación de la garantía (específica) venida a menos

Supuesto del deterioro del bien dado en prenda (artículo 1074 del CC¹¹⁴) o del **deterioro o pérdida del bien dado en hipoteca** (artículo 1110 del CC¹¹⁵).

112 Que prescribe lo siguiente: “en los contratos con prestaciones recíprocas en que estas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho de suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento”. Que ostenta las siguientes características:

- Se da en una relación obligatoria compleja radicando la complejidad en la reciprocidad.
- Prestación y contraprestación se debe dar simultáneamente.
- Cualquiera de las partes puede servirse de este mecanismo de autotutela reaccionando ante el incumplimiento de la otra parte.
- Este mecanismo consta del derecho de suspender su prestación.
- Su derecho es de suspender pero no queda liberado. La suspensión es temporal, termina cuando la contraparte ejecuta la contraprestación o en su defecto cuando es garantizada a satisfacción del acreedor.

113 El cual regula que “si después de concluido un contrato con prestaciones recíprocas sobreviniese el riesgo de que la parte que debe cumplir en segundo lugar no pueda hacerlo, la que debe efectuar la prestación en primer lugar puede suspender su ejecución, hasta que aquella satisfaga la que le concierne o garantice su cumplimiento”. Que ostenta las siguientes características:

- Se da en una relación obligatoria compleja radicando la complejidad en la reciprocidad.
- La reciprocidad no conecta prestación y contraprestación simultáneamente; sino, sucesivamente, media plazo a beneficio de aquel que debe ejecutar la contraprestación.
- La prestación aun no ha sido ejecutada.
- En este escenario, se produce riesgo de que no se produzca la ejecución de la prestación, no hay incumplimiento, siendo la posibilidad de que cuando sea exigible no se cumplirá. El afectado con el riesgo (entendido como la concentración de peligro en un determinado tiempo y espacio); es decir, aquel que debe ejecutar su prestación, ejerce el derecho de suspender su prestación hasta que se ejecute la contraprestación o se garantice la ejecución de la contraprestación.

114 **Código Civil**

Artículo 1074.- Cuando el bien dado en prenda se deteriora hasta temerse que será insuficiente para garantizar la deuda, el acreedor, con aviso previo al constituyente, puede pedir autorización judicial para vender el bien, a menos que el deudor o el constituyente ofrezca otra garantía que el juez considere satisfactoria.

115 **Código Civil**

Artículo 1110.- Si los bienes hipotecados se pierden o deterioran de modo que resulten insuficientes, puede pedirse el cumplimiento de la obligación aunque no esté vencido el plazo, salvo que se garantice esta a satisfacción del acreedor.

CAPÍTULO IV
LA DENOMINADA
ACCIÓN PAULIANA O
REVOCATORIA ORDINARIA

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Primero se debe señalar que las primeras manifestaciones de ejecución en el patrimonio del deudor se encuentran en el derecho pretoriano, con la llamada *missio in bona*, o entrada de los bienes por y a solicitud del acreedor favorecido en la sentencia. Cuando eran varios los acreedores, podían sumarse todos a la posesión de los bienes para conservarlos o guardarlos (*missio in bona rei servanda causa*). El pretor designaba (a instancia de los acreedores) un *curator bonorum* quien daba aviso de la *missio in bona*, con el objeto de que puedan asociarse a la ejecución otros acreedores. Transcurridos 15 o 20 días según si el deudor hubiera muerto o no, se nombraba a un *magister bonorum* para que ejecutara o vendiera los bienes. Tras ciertas formalidades, se realizaba la venta en subasta y por entero del patrimonio. El *bonorum emptor* (el comprador) era quien se comprometía a pagar a cada acreedor un tanto proporcional¹¹⁶. Por otra parte la *Lex Aelia Sentia* declaraba nulas las manumisiones de esclavos *in fraudem creditorum*¹¹⁷.

Ahora, el origen histórico de lo que hoy denominamos acción pauliana no es el más claro de lo que podemos creer, al menos dentro del Derecho Romano (aunque Tricanvelli señalaba que el origen de la acción pauliana se encontraba en el Derecho griego en la figura de Demóstenes que hizo referencia en sus alegatos a dicha acción, sosteniendo la existencia de un acuerdo fraudulento entre Onstor Aphobos, para evitar el pago de las indemnizaciones a que este fue condenado¹¹⁸). Pero como punto de partida todo comenzó con el fraude (que muy por el contrario a los ordenamientos actuales que le dan esencialmente una naturaleza subjetiva) que era entendida objetivamente como daño, y luego

116 ROITMAN, Ezequiel. "Acción revocatoria o pauliana ordinaria". En: AA.VV. *Instituciones de Derecho Privado Moderno/problemas y propuestas*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, pp. 551-552.

117 Según señala KIPP, Theodor. "Impugnación de los actos *in fraudem creditorum* en Derecho Romano y en el moderno Derecho alemán con referencia al Derecho español". En: *Revista de Derecho Privado*. Año XI, N° 124, enero, 1924, p. 2.

118 Citado por ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto M. *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 333.

posteriormente como un acto que ocasiona un determinado daño¹¹⁹. Fue luego, en el Derecho postclásico y justiniano que se le dio connotaciones subjetivas que prevaleció en el derecho común, recogido posteriormente en las codificaciones de los siglos XIX y XX¹²⁰.

Frente a dicha situación se estableció el *interdictum fraudatorium*, donde el elemento subjetivo de parte del deudor (*consilium fraudis*) se deducía del daño, por lo que una vez probado el *eventus damnis* (entendida como la insolvencia patrimonial del deudor manifestada con la ejecución infructuosa de sus bienes intentada por el *curator bonorum* o por el *bonorum emptor*¹²¹, que era el representante de todos los acreedores perjudicados por la insolvencia del deudor (posteriormente podían los acreedores, individualmente, ejercer el *interdictum fraudatorium* para completar la parte no satisfecha de su crédito)¹²². Sin embargo, el requisito subjetivo era determinante respecto al adquirente (*scientia fraudis*) que era el sujeto demandado mediante el interdicto, que no se tomaba como acuerdo fraudatorio, sino que bastaba que tuviera conocimiento del *traus*, que equivale a no ignorar el perjuicio que la insolvencia patrimonial del deudor ocasionaría a sus acreedores.

Y también la *restitutio in integrum ob fraudem o restitutio in integrum propter fraudem*. Aunque el Profesor de Berlín, Theodor Kipp, discípulo de Windscheid, agregaba también a la *actio in factum*¹²³.

En el Derecho Romano justiniano, fue consolidado en una sola acción (a la que hoy se denomina acción pauliana) los remedios que el Derecho Romano clásico establecía contra el fraude a los acreedores, ello debido a las condiciones del nuevo sistema procesal de la época¹²⁴.

119 D'ÓRS, Xavier. *El interdicto fraudatorio en el derecho romano clásico*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Delegación de Roma, 1974, p. 1.

120 FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio. *El fraude a los acreedores: La acción pauliana*. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998, p. 9.

121 D'ÓRS, Xavier. Ob. cit., p. 92.

122 Aunque un sector de la doctrina defiende la legitimación para ejercer la *restitutio* solo a favor del *curator*, el cual se mantiene después de la *venditio* para poder realizar las cosas recuperadas por medio de la rescisión. (LENEL, Otto), mientras que otro sector de la doctrina sostiene que la *restitutio* es solicitada por el *curator*, pero la fase rescisoria (después de la *venditio*) es ejercida por el *emptor*, pues el *curator* ya ha cesado en sus funciones. Por otro lado, para ejercer el *interdictio* están legitimados los acreedores individuales, pero recuperados los bienes, deberán repartir con los otros acreedores mediante la *actio in factum* (SOLAZZI, Siro).

123 KIPP, Theodor. Ob. cit., p. 2.

124 *Ibidem*, p. 6.

Hay que anotar que no es unánime la doctrina respecto si existió la figura con esa denominación en el Derecho Romano, unos señalan que el apelativo “pauliana” es atribuible a un autor bizantino¹²⁵, mientras que otros sostienen que la denominación es fruto de una interpolación prejustiniana¹²⁶.

Citando el *Corpus Iuris Civiles*, el nombre Pauliana solo aparece en el párrafo precitado:

“In Fabiana quoque actione et Pauliana, per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt revocantur, fructus quoque restituuntur: nam praetor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esse: quod non est iniquum (nam et verbum ‘restituas’, quod in hac re praetor dixit, plenam habet significationem), ut fructus quoque restituantur” (D.22.1, 38, 4 [Paul.6 ad Plaut.]).

Cuyo sustrato había sido buscado en el *Interdictum Fraudatorium* como en la *Actio Fabiana*¹²⁷.

Por lo que solo contamos con las fuentes justinianas para poder relacionar la denominación pauliana con el Derecho Romano¹²⁸. En menor medida también se ha manifestado que lleva el nombre de un Pretor Paulus Rutilio que la habría introducido por primera vez en un edicto¹²⁹.

125 Tesis de COLLINET, Paul. “L’origine byzantine du nom de la paulienne”. En: *Nouvelle Revue Historique du Droit Français et Etranger*. Pt. 43, 1919, pp. 187-208. Siguen dicha tesis quien lo cita: KIPP, Theodor. Ob. cit., p. 4, quien señala que la actio pauliana es ajena al derecho clásico y hasta a la verdadera terminología del Corpus Iuris; FERRINI, Contardo. “Di una nuova teoria sulla revoca degli atti fraudolenti compiuti dai debitori secondo il diritto romano”. En: *Opere di Contardo Ferrini*. Volumen III, Studi vari di Diritto Romano e Moderno, a cura de Emilio Arbertario, Ulrico Hoepli, Milano, 1929, pp. 333-334; D’ORS, Xavier. Ob. cit., p. 51 y ss.

126 SOLAZZI, Siro. *La revoca degli atti fraudolenti nel Diritto Romano*. 3ª Edizione, Jovene, Nápoles, 1945, p. 84 y ss.

127 BETANCOURT, Fernando. *Derecho Romano Clásico*. 3ª edición, revisada y aumentada, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2007, p. 244.

128 En el mismo sentido, NARDI, Enzo. *Codice Civile e Diritto Romano, gli articoli del vigente Codice Civile nei loro precedenti romanistici*. Giuffrè Editore, 1997, p. 116.

129 LABAURE CASARAVILLA, Luciano. *Acción Pauliana o revocatoria*. Obra póstuma, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 1997, p. 9. De similar forma anteriormente, RIPERT, Georges y Boulanger, Jean. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo V, Traducción de García Daireaux, Buenos Aires, 1963-1965, p. 323. Asimismo, PETIT, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Editora Nacional, México, 1961, p. 668.

Lo desarrollado en materia de fraude a los acreedores se encuentra en el título 8 del libro 42 del Digesto que tiene la siguiente rúbrica simplificada por los compiladores justinianeos.

Como anteriormente habíamos anotado, el remedio de la época justiniana fusionó dos remedios: La *restitutio in integrum ob fraudem* o *restitutio in integrum propter fraudem*¹³⁰ y el *interdictum frauditorium*¹³¹.

La coexistencia en el Derecho Romano clásico de estos dos distintos medios jurídicos destinados a la revocación (en toda la expresión de la palabra porque aquí sí el fin era que los actos de disposición nunca existió por lo que se revoca dicho acto y vuelve a la esfera patrimonial del deudor) de los actos fraudulentos (entendido desde el punto de vista objetivo o sea no haber fraude-intención sino fraude-daño), “cuyo quizás podría flanquearse posteriormente el remedio de la *denegatio actionis ob fraudem*”¹³² ha puesto en numerosos problemas acerca de la relación entre los dos instrumentos jurídicos¹³³, aunque la mayoría se inclina en que las diferencias fueron de naturaleza meramente procesal¹³⁴, teniendo como requisitos el concurso de dos presupuestos en ambos remedios: *consilium fraudis* e *L'eventus damni*.

La legitimación activa de tal acción parecía ser del *curator bonorum distraendorum*, o ser de los acreedores, pero continuó siendo considerada un instituto directo contra los actos que fueron hechos por el deudor

130 D.42.8.1. Ulpiano, Comentarios al Libro LXVI: “Por lo que se hubiere hecho causa de defraudación daré acción, contra el que no hubiere ignorado el fraude, al curador de los bienes, o a aquel conviniere darle acción sobre ese asunto, dentro del año en que hubiere habido facultad para ejercitarla; y esto observaré también contra el mismo que cometió fraude”.

131 D.42.8.10. Ulpiano, Comentarios al Libro LXXIII: “Lo que Lucio Ticio hizo defraudar, sabiéndolo tú, en los bienes de que se trata, lo restituirás a ellos, acción en virtud de mi edicto, si no hace más de un año desde que tuvo facultad para ejercitar su acción sobre el asunto de que se trata; a veces permitiré con conocimiento de causa la acción por el hecho, aunque no haya conocimiento”.

132 LUCCHINI GUASTALLA, Emanuele. *Danno e frode nella revocatoria ordinaria*. Giuffrè Editore, Milano, 1995, p. 221.

133 Como la teoría del negocio jurídico el debate es más histórico con opiniones formadas a través de los siglos: SERAFINI, Enrico. *Della revoca degli atti fraudolenti compiuti dal debitore secondo il diritto romano*. Vol. I e II, Pisa, 1887 e 1889; SOLAZZI, Siro. Ob. cit., BREZZO, Camillo. *La revoca degli atti fraudolenti compiuti a danno dei creditori*. Torino, 1892 (Quien planteó incluso siete remedios revocatorios en el derecho romano pretoriano); IMPALLOMENE, Giambattista. *Studi sui mezzi di revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano classico* e CONFORTI, Leopoldo. “Azione revocatoria”. En: *Nuovo Digesto Italiano*. Tomo II, Torino, 1937 (Citados por LUCCHINI GUASTALLA, Emanuele. Ob. cit.).

134 LUCCHINI GUASTALLA, Emanuele. Ob. cit.

en fraude a los intereses de los acreedores. En aquella época el *consilium fraudis* no era suficiente, era necesario también que el acto efectivamente haya ocasionado un daño a los acreedores. “Al mismo tiempo, además del *consilium fraudis* del deudor, se requería, a fines de la revocabilidad del acto, que la *sciencia fraudis* del tercero (sea en el derecho clásico que en el derecho justiniano) se concretase en la conciencia del *consilium fraudis del fraudator*, es decir en una *participatio fraudis*”¹³⁵. En otras palabras, la *sciencia fraudis* del tercero estaría identificada en el conocimiento del *consilium fraudis* del deudor, y no como colusión entre deudor y tercero que es más restrictivo y más difícil de probar (como en el caso peruano).

El fraude durante la etapa postclásica toma un tamiz subjetivo, influenciado por el cristiano que agregó una cuota moral a las instituciones jurídicas clásicas, recién tomándose a la acción pauliana como un remedio contra actos fraudulentos del deudor que perjudican el derecho subjetivo del acreedor teniendo como fin la intención de dañar al acreedor, dicha forma de concebir a la figura se acentuó en el derecho común incluso siendo el elemento esencial de la figura desplazando en segundo lugar al *eventus damnis*¹³⁶.

El supuesto de hecho que da lugar al fraude a los acreedores es que el deudor haya enajenado algún bien (en sentido amplio, puede ser pagos en dinero, transmisión de propiedad de una cosa, o cualquier otro derecho que tenga el deudor, como condonación, abono de posesión, etc.) o disminuido su patrimonio de cualquier modo con la intención de perjudicar a sus acreedores. Se debía de tratar de actos de enajenación no onerosos (excepto venta al malbarato), o que tuviera una intención fraudatoria (que se presume cuando el deudor enajena todo su patrimonio sabiendo que tiene deudas y que los acreedores resulten realmente perjudicados por la enajenación)¹³⁷.

En los siglos que siguieron, en la Edad Media, más específicamente en la Alta Edad Media, el instrumento devino en menor importancia

135 *Ibidem*, p. 223.

136 Sobre la acción pauliana y su evolución en el Derecho medieval remitirse a MORTARI, Piano. *L'azione revocatoria nella giurisprudenza medievale*. Giuffré, Milano, 1962.

137 KIPP, Theodor. *Ob. cit.*, pp. 7-8.

incluso el fundamento mismo en cuanto a la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones perdió las connotaciones de la patrimonialidad para reasumir aquello de la personalidad¹³⁸. Es por eso que aquella época la conocen como “*Per pugnā sine iustitia*” (Una época sin juristas)¹³⁹.

En la Alta Edad Media con el apogeo del florecimiento del comercio la *actio pauliana* reapareció para desenvolver una función práctica digna de ser estudiada por la nacida Escuela de Glosadores (Irnerio, Azón, Accursius, etc.) y luego los postglosadores o conciliadores (Cino de Pistoya, Bartolus de Saxoferrato, Baldus de Ubaldis, etc.)¹⁴⁰, como eficaz instrumento de tutela de los acreedores frente a los actos fraudulentos hechos por los mercantes que se hallaban en quiebra. Aunque mientras los glosadores estudiaban las reglas del *Corpus Iuris Civilis*¹⁴¹, la legislación estatutaria ya elaboraba sus propios principios estableciendo que la acción revocatoria fuese delineada como declaración de nulidad del acto con evidente fin restitutorio, mientras se hacían luces del principio de la presunción de fraude, hecho extraño al Derecho Romano o a las teorías de los glosadores.

Así, mientras la doctrina de aquella época tendía a la fidelidad a los principios de la tradición romanística (entre los cuales resalta aquello de la esencialidad del elemento del fraude, primero objetivo y luego subjetivo, y de la necesidad de la prueba de la ocurrencia para la revocación de un acto)¹⁴², la legislación estatutaria con el fin de asegurar un más

138 SANTARELLI, Umberto. Voce: “Azione revocatoria nel diritto medievale e moderno”. En: *Digesto IV, Discipline civilistiche*. Vol. II, Torino, 1988, p. 46.

139 Conforme la referencia de BELLOMO, Manlio. Ob. cit., p. 55.

140 Ver: MOLITOR-SCHLOSSER. *Perfiles de la nueva historia del Derecho Privado*. Bosch, Barcelona, 1980, pp. 24-28.

141 Hay que anotar que dicho cuerpo legislativo de gran importancia actualmente como lo fue en la Edad Media, no tuvo nada de importancia en la época de su promulgación: En Oriente fue extraña en buena parte a las costumbres locales y a las ideologías propias del Imperio de Oriente, que terminó no aplicada y sustituida formalmente en el año 740 por una breve colección de preceptos (de apenas 144 capítulos) llamada *Ecloga tón nomon*, por el emperador León III. Y que decir de Occidente, es extraña a los reinos construidos sobre las ruinas del Imperio Romano, por lo que en el siglo VI al año de su promulgación parecía ya dar señales de una “muerte anunciada”.

142 La acción revocatoria es para los Glosadores, una acción que se funda sobre el fraude de los acreedores y que se basa sobre los presupuestos del *eventus damnis* y del *consilium fraudis*. Y ello se debe a que, como se ha anotado en varias oportunidades, que el fraude definido subjetivamente se produjo en la época de la codificación por lo que era lógico que lo entendieran de esa manera y no desde el punto de visto objeto como rigió en la mayor parte de la época romana.

rápido y eficaz desenvolvimiento del proceso concursal, introduce notables facilidades para la prueba del fraude: el período de sospecha, en la cual el fraude pudiese ser, en determinadas hipótesis, objeto de una presunción.

Por ello la mayoría de los legisladores fue, pues, de dar el menor espacio posible, en el ámbito del procedimiento concursal, a la cognición, subrayando, por el contrario el aspecto y momento ejecutivo.

Entonces, más que realizar modificaciones a la originaria "*actio pauliana*" se introdujeron más bien formas de nulidad de los actos hechos por el concursado dentro de un cierto periodo, siendo más próspero el desarrollo de la acción pauliana concursal que de la acción pauliana ordinaria.

Hay que anotar, que en el periodo intermedio la presunción de fraude era *iure et de iure*, (luego se introdujo el *iuris tantum*), que al fin acabo introduce una presunción y un cambio a nivel sustancial del instituto ya que "afirmar que en determinadas hipótesis el fraude es presunto y no admitirse prueba en contrario significa prescindir de tal elemento"¹⁴³, aunque la voluntad política sea la de sancionar el fraude.

Il Consilium fraudis en el derecho común consistía en la voluntad directa de perjudicar al acreedor, con una presunción muy rígida (hechos concretos, estado del deudor, tipo de actos) para ser más expeditivo el proceso.

En la etapa anterior a la codificación, los juristas franceses como Domat (quien indujo al legislador francés a dedicar un artículo del código a dicha figura) estudiaron a la acción pauliana como institución autónoma que "construyó su régimen jurídico con la obra de los comentaristas del derecho común, sobre la base de la refundición justiniana de los remedios del Derecho Romano clásico"¹⁴⁴.

Sin embargo, otros juristas franceses como Pothier dedicó una escasa atención a dicha figura negándole vigencia, pues la consideraba

143 LUCCHINI GUASTALLA, Emanuele. Ob. cit., p. 230.

144 FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio. Ob. cit., p. 18.

propia de comerciantes, “ya que la insolvencia del deudor era ocasión de perjuicio para todos sus acreedores y dicha situación debía ser encauzada a través del concurso, solo que el ordenamiento francés no vino después a recoger un concurso de acreedores para deudores civiles insolventes. (Veremos la acción pauliana en el Derecho francés posteriormente).

En coincidencia con la codificación, la acción pauliana se divide en dos institutos distintos: la acción revocatoria concursal, sobre el cual se formaron principios más o menos definidos (prueba del fraude se puede recurrir a presunciones *iuris tantum* e *iure et de iure* o período de sospecha) y la acción revocatoria ordinaria que se presentaba como un instituto nuevo respecto al original romano, tanto en la estructura como en sus efectos.

En la codificación europea, tenemos al Codice Civile de 1865, influenciado por el Código francés, el fraude se menciona en el artículo 1235, con la connotación de definirse como *animus nocendi*, siguiendo la línea alemana de aquel entonces (Reinhart, Schey¹⁴⁵), posteriormente, se hizo una distinción entre intención y conciencia de dañar al acreedor, que no prescinde del análisis del fin que el acreedor entendiese perseguir al momento del cumplimiento del acto que hubiese sido impugnado con la revocatoria, subrayando la doctrina tradicional que el fin del acreedor podía ser revisado también en todas las hipótesis en la cual el deudor hubiese ejecutado un acto para procurar una ventaja para sí mismo.

En aquella época algunos autores como Maierini, sostenía que era una confusión señalar como idénticos la palabra *animus* teniendo dos contenidos posibles, la previsión y la determinación, y se ha tratado para designar tanto la fase del ánimo por la cual se prevé que una acción será nociva a otros, cuanto también la fase ulterior del ánimo, con la cual el mal previsto queremos hacerlo y nos determinamos a obrar

145 Quienes señalaban que no bastaba que el deudor supiese que el acto habría provocado un daño a los acreedores, siendo necesario también que tuviese una intención fraudulenta de perjudicar los intereses del acreedor, según revela: MAIERINI, Ángelo. *Della revoca degli atti fraudolenti*. 4ª ed., Fratelli Camelli, Firenze, 1912, p. 173.

para conseguirlo. La fórmula “intención de dañar”, al contrario, no responde a aquella primera fase del ánimo, y fácilmente conduce a desear la segunda.

Lo que en la práctica se requería la específica intención de dañar al acreedor ocasionando dificultades, originó que un sector de la doctrina cada vez más mayoritaria junto con la jurisprudencia prefirieran identificar al *consilium fraudis* en la conciencia de ocasionar un daño a los acreedores ligada al concepto de mala fe, consiguiendo que el *consilium fraudis* fuese revisable solo cuando el acto fuese puesto para adquirir una ventaja para escapar del acreedor, y no, por el contrario, cuando la disminución patrimonial fuese producto de un acto hecho sin el fin de frustrar los intereses crediticios¹⁴⁶.

Posteriormente, se comenzó a afirmar un esquema distinto del *consilium fraudis*, en el cual sería suficiente el simple conocimiento del daño que el acto provocaría al acreedor (ya no la conciencia, que implica mala fe). Con ello se dejaría de lado, cualquier indagación de los motivos por los cuales el deudor haya realizado el acto, desapareciendo el elemento subjetivo de la estructura de la acción pauliana.

Así, con la entrada en vigor del Codice Civile de 1942, se recogió la evolución presenciada en la primera mitad del siglo XX, dejando de lado las indagaciones sobre los motivos aunque aquí pareciera ser transformada en simple negligencia¹⁴⁷.

146 Al respecto, GIORGI, Giorgio. *Teoría delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*. Vol. II, Firenze, 1891, p. 335. Que sostenía que “sería un error gravísimo el creer que para constituir en fraude al deudor fuese propiamente necesaria la intención de dañar al acreedor (...) basta la conciencia de dañar; es decir, la conciencia de perjudicar a los acreedores”.

147 COSATTINI, Luigi. *La revoca degli atti fraudolenti*. Seconda Edizione aggiornata da Carraro, Cedam, Padua, 1950, p. 121, quien señala “es negligente aquel deudor que persiguiendo cualquier fin, también lícito, enajena unos bienes, sin tener presente que, así obrando, hace venir a menos la garantía de los acreedores en modo que a ellos puedan sufrir daño”.

II. FUNDAMENTO: LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y/O LA GARANTÍA PATRIMONIAL¹⁴⁸

En principio, se puede señalar que la doctrina mayoritaria y en forma, digamos, pacífica, parte de que dentro de una relación obligatoria los acreedores no pueden entrometerse en los negocios personales del deudor ni interferir en su administración. El deudor, en efecto, sigue siendo libre de administrar, como le plazca, su entero patrimonio. Sin embargo, esta libertad del deudor y el correspondiente deber de no injerencia que pesa en los acreedores tiene límites¹⁴⁹. De ahí, se da pase al principio denominado de responsabilidad patrimonial y/o garantía patrimonial. Se sigue en señalar que la garantía indica el poder reconocido al acreedor de satisfacer coactivamente sus intereses sobre el patrimonio del deudor, cuando la prestación no sea espontáneamente cumplida¹⁵⁰.

En nuestra legislación así como en Argentina (a diferencia de Chile, España o Francia e Italia) dicho principio no se establece expresamente en nuestro Código Civil; sin embargo, es una ventaja que no haya sido regulado, “o importado” de la legislación italiana o cualquier otro país por las consideraciones que luego expondré.

Como se ha dicho, el deudor no puede abstenerse de ejercer sus derechos o llevar actos de disposición destinados a excluir uno o más bienes de la ejecución por parte de los acreedores¹⁵¹ derivando en un perjuicio a sus créditos. Esto, en virtud del denominado principio de la responsabilidad patrimonial (que se define como “la sujeción del patrimonio del deudor al derecho a la satisfacción de los créditos”¹⁵²), por lo que el patrimonio del deudor constituye la garantía legal de los

148 Al respecto, permítaseme remitir a ROCA MENDOZA, Oreste Gherson. “Crítica al principio de responsabilidad (o garantía) patrimonial como fundamento de la acción pauliana”. En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 112, Gaceta Jurídica, Lima, junio, 2010, pp. 226-234.

149 GALLO, Paolo. *Diritto Privato*. 4ª edición, Giappichelli, Turín, 2006, p. 869. Traducido y compilado por LEON HILARIO, Leysser. *Derecho de la relaciones obligatorias*. 1ª edición, Jurista Editores, Lima, 2007, p. 167.

150 COSTAGLIOLA, Ana y NACCIARONE, Lucía. *Compendio di Diritto Civile (Istituzioni di diritto privato)* Maggioli Editores, República de San Marino, 2009, p. 372. (<http://books.google.com.pe/books?id=vH44NWSUyAoC&printsec=frontcover&dq=COSTAGLIOLA,+Ana+y+NACCIARONE,+Luc%C3%ADa.+Compendio+di+Diritto+Civile&hl=es&ei=_TmcTq_2NYru0gHoyZihCg&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCwQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false>).

151 Ídem.

152 BIANCA, Massimo. *Diritto Civile, La Responsabilità*. Vol V, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1994, p. 407.

créditos, llamada garantía genérica¹⁵³ (para distinguirla de las garantías específicas)¹⁵⁴ o también llamada “prenda general”¹⁵⁵.

“La fase ‘final’ de la responsabilidad patrimonial es estructuralmente diversa de la obligación. El acreedor se avala, en este punto, de un derecho cuyo ejercicio puede permitir satisfacer en vía coactiva el interés lesionado. El deudor está en una posición de sujeción. A diferencia de la relación obligatoria que nace por efecto de la violación del deber originario, tal fase sucesiva es de una naturaleza ‘potestativa’: no obligatoria”¹⁵⁶.

Lo citado, anteriormente, es la definición clásica sobre dicho principio, siendo necesario analizarla a fondo y deconstruirlo a nuestra realidad sociojurídica.

153 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la Responsabilidad Civil*. 4ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, que con respecto plantea serias críticas a la concepción de garantía genérica: ¿Existe un estado de sujeción (por parte del deudor) o tal situación de poder o de control (por parte del acreedor) antes que la obligación sea exigible? Veamos un ejemplo: Bassanio le debe dinero a Shylock ¿El patrimonio del deudor se encuentra en un estado de sujeción respecto al acreedor? ¿Este puede intervenir en las decisiones con contenido patrimonial del deudor? La respuesta negativa es la correcta. Solo cuando la obligación sea exigible o se amenace o se lesione el legítimo interés del acreedor (respecto de la actividad patrimonial del deudor), recién surgirá el estado de sujeción con su contrapartida, que es el poder de control por parte del acreedor. Por ello, cierto sector de la doctrina –como hemos visto– prefiere hablar de potencial estado de sujeción; pero la expresión potencial, por ser tan genérica, puede significar mucho...y también nada. ¿Qué se quiere decir que al contraer la obligación existe un estado “potencial” de sujeción o sometimiento del patrimonio del deudor a favor del acreedor? Creo que el dicho “no cruces el puente antes de llegar al río” es pertinente en este caso. En el denominado momento fisiológico de la relación obligatoria, el deudor puede disponer de su patrimonio sin la intervención del acreedor, salvo repito, que se amenace o se lesione su legítimo interés antes que la obligación sea exigible. Es recién en el momento patológico de la relación obligatoria que se puede hablar de un estado de sujeción o estado de poder o control. Mientras tanto, hablar de estado “potencial” de sujeción, en mi opinión, carece de sentido, por cuanto el principio que prima en el momento fisiológico de la relación obligatoria es el de libre disposición del patrimonio del deudor, evidentemente, respetando los derechos subjetivos y los legítimos intereses del acreedor y de los demás ;pero eso no nos debe llevar a decir que hay un potencial estado de sujeción frente a ellos!

154 Aunque también se señalaba que “su estructura es la de un señorío autónomo sobre los bienes, aunque con un carácter real bastante limitado, por cuanto su eficacia está subordinada a la permanencia de los bienes en el patrimonio del deudor. Si salen del patrimonio del deudor, desaparece la relación que subordina tales bienes a los acreedores, contra lo que ocurre normalmente en los derechos reales” (BARASSI, Lodovico. *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. II, Traducción de Ramón García de Haro de Goytisolo, Editorial Bosch, Barcelona, 1955, p. 495).

155 PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Tratado Elemental de Derecho Civil*. Tomo IV-Las Obligaciones, 2ª edición, Traducido por José M.Cajica Jr, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1991, p. 203. Quienes señalan: “Un crédito es únicamente un título sin valor cuando el deudor es insolvente. Los derechos reconocidos al acreedor para obtener la ejecución forzosa o una indemnización de nada le servirían si no se le proporcionasen, además, cuando sean necesarios, los medios de conservar en el patrimonio de su deudor valores que forman su prenda o garantía” (p. 201).

156 BRECCIA, Umberto. *Le Obligazioni, Trattato di Diritto Privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti*. Giuffrè Editore, Milano, 1991, p. 63.

Se alude que el llamado principio de la responsabilidad patrimonial, o de la garantía genérica o colectiva o flotante, nace porque el Derecho trata de salvaguardar el desbalance injusto que puede sufrir el acreedor en su patrimonio por, no solo posible incumplimiento del deudor, sino en la posibilidad real de que en una futura posible ejecución forzada, último mecanismo de protección que tiene el derecho del acreedor, tampoco se vea satisfecho su interés, y produzca como consecuencia el detrimento de su patrimonio como hecho final, sin ninguna manera de poder reparar su patrimonio.

De ahí, surgiría el concepto del principio de la responsabilidad patrimonial en el que una persona al realizar un contrato está ligada a su cumplimiento y que no está permitido, con o sin buena fe, con o sin intención, realizar actos que impliquen una conducta contraria a lo que se comprometió a dar, hacer o no hacer en un contrato; es decir, actos que coadyuven a no cumplir con lo que se comprometió hacer.

Y ello se evita comprometiendo todo el patrimonio del deudor en la satisfacción del interés del perjudicado aunque ello no haya sido materia del contrato; es en el sentido de un seguro a favor del perjudicado otorgado por el ordenamiento jurídico, lo que conlleva necesariamente en una injerencia en los asuntos de la contraparte y estar siempre atentos en los negocios jurídicos que celebra, antes, durante y después de celebrado el acto con él. Es un complemento al "*principio pactum sum servanda*"¹⁵⁷. Aunque, desde otro punto de vista, los mecanismos que ordinariamente se vinculan a tal principio, responden por sí mismo en el sentido de que su ejercicio es otorgado por una vulneración no al principio, propiamente dicho, sino a los intereses de la parte perjudicada en un contrato. Así como la nulidad, anulabilidad, rescisión o resolución son mecanismos de tutela de situaciones jurídicas y no responden a la configuración de un principio específico por ser innecesario, igualmente

157 *Pacta sunt servanda* es una locución latina, que se traduce como "lo pactado obliga", de alcance consensualista, que expresa que toda convención debe ser fielmente cumplida por las partes de acuerdo con lo pactado. Hace referencia al principio que debe regir en toda sociedad civilizada en que las personas deben poder contar con que aquellos con quienes tratan en el intercambio social actuarán de buena fe y, por tanto, llevarán a cabo las expectativas razonables que sus promesas o su conducta hayan creado razonablemente en los demás. La fuerza vinculante del contrato se funda, pues, de acuerdo con esta idea en una norma ética derivada de la buena fe, que exige no defraudar la confianza que en otro pueda haber creado nuestra promesa o nuestra conducta, y por otro lado, en la fuerza vinculante que le impone el orden jurídico. Por tanto, los contratos producen efectos patrimoniales que pueden ser exigidos bajo el imperio de la ley.

los mecanismos de acción pauliana, acción subrogatoria o secuestro conservativo, no necesitan basarse en un principio específico para fundamentar su existencia o ejercicio. Es por ello, que en las legislaciones que no han regulado el principio de responsabilidad patrimonial, como el nuestro, no ha conllevado a dificultades en el ejercicio de los mecanismos de tutela relacionadas con él, ni ha llevado a la necesidad de regularlos, lo que conllevó a que tampoco se regularan límites legales al mismo.

Como notarán, no hago referencia a que el principio se aplica a las relaciones jurídicas obligacionales, esto debido a que dicho principio rige no solo en dichas relaciones, sino en toda relación jurídica patrimonial, ello por la diversidad de efectos patrimoniales que el contrato puede producir, y conllevar a la frustración de los intereses de la contraparte, que tendría legitimidad para ejercer mecanismos de tutela como la acción pauliana o revocatoria ordinaria, acción subrogatoria, etc. Pero a efectos de este trabajo, las referencias se harán al ejemplo más común: la relación obligatoria los sujetos involucrados como son el acreedor y deudor.

Se han esbozado dos posiciones respecto al referido principio:

1. Tesis unitaria

Tesis seguida por gran parte de la doctrina, en el sentido de que responsabilidad patrimonial es igual que garantía genérica o patrimonial, un ejemplo lo tenemos en Trimarchi señalando al definir responsabilidad patrimonial que “el patrimonio del deudor constituye, como se ha dicho, el objeto de una garantía genérica a favor de los acreedores. La garantía viene dicha genérica porque no atribuye un derecho de satisfacer sobre un bien específico”¹⁵⁸.

2. Tesis diferenciadora

Hay cierto sector de la doctrina que efectúa una diferencia en el sentido de que el principio de la responsabilidad patrimonial consiste en la

158 TRIMARCHI. Ob. cit., p. 622.

sujeción del patrimonio del deudor al derecho de satisfacción coactiva de los créditos que representa la garantía genérica de estos, (Massimo Bianca, Michele Giorgianni, Vincenzo Roppo, Mirzia Bianca) que cada acreedor puede alzar en el enfrentamiento con el deudor para la realización del propio derecho de crédito. Mientras, de hecho, la responsabilidad patrimonial viene en el poder del acreedor de expropiarse los bienes del deudor para obtener la satisfacción coactiva de sus propios intereses. Por ello, la garantía patrimonial constituiría, respecto a la responsabilidad patrimonial, una fase previa, potencial¹⁵⁹. De alguna manera también Guido Alpa y Mario Bessone que al definir la responsabilidad patrimonial señalan que no puede ser considerada suficiente para disminuir el riesgo que el deudor no pague, sino que a menudo debe prestar garantías reales o personales, por lo que hace distinción entre responsabilidad patrimonial y las garantías¹⁶⁰.

También se señala que este principio se aprecia en la fase ejecutiva (la que corresponde a la responsabilidad patrimonial, y en la fase cautelar (la que corresponde a la garantía patrimonial, que interesa a la conservación)¹⁶¹.

3. Deslindando conceptos erróneos respecto al presente principio

El principio de la responsabilidad patrimonial de acuerdo a los conceptos esbozados anteriormente, se deduce de que no estamos ante una verdadera responsabilidad, ya que dicho fenómeno aparece con el incumplimiento contractual, no antes, no es propio de una relación obligatoria o cualquier relación jurídica patrimonial, por lo que decir que

159 Al respecto, GIORGIANNI, Michele. *La Obligación*. Traducción de Evelio Verdera y Tuells, Editorial Bosch, Barcelona, 1958, p. 173 quien sostiene que “el fenómeno de la garantía debe considerarse como un aspecto del fenómeno de la responsabilidad (patrimonial), porque, entre ambos, además de referirse a los bienes del deudor, tienen idéntico fin y común el ámbito de aplicación”. De igual manera Roppo, quien sostiene que “como la responsabilidad es instrumental a la obligación, así la garantía es instrumental a la responsabilidad”. Tomado de: ROPPO, Enzo. Ob. cit., p. 1044.

160 Ver: ALPA, Guido y BESSONE, Mario. *Elementi di Diritto Civile*. Giuffrè, Milano, 1990, p. 377.

161 LUCCHINI GUASTALLA, Emanuele. Ob. cit., p. 127. De igual forma ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Acto Jurídico Negocial*. Ob. cit., p. 361. Así también, MOSCATI, Enrico. *La Disciplina Generale delle Obligazioni, Corso di Diritto Civile, Appunti dalle lezioni*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2007, p. 16, quien señala la necesidad de preservar la garantía patrimonial con los medios de conservación, entre ellos, la acción pauliana.

el deudor responde con todas sus deudas, es una expresión de lenguaje común mas no jurídico.

Ello antes respondía anteriormente, cuando se pensaba que la relación obligatoria estaba compuesta por el débito y la responsabilidad (*Schuld* y *Haftung*, en términos alemanes, donde nació dicha doctrina, debido a la labor histórica de Amira, Puntschart, Schwind, Shwerin y Gierke, quienes postularon que en el antiguo Derecho germánico tanto el débito y la responsabilidad constituían relaciones jurídicas autónomas que, eventualmente, podían coexistir, conformando una relación mayor: obligación); sin embargo, hoy sabemos que la responsabilidad no es un componente de la obligación¹⁶², ni en el sentido potencial ya que la estructura de la obligación (por ejemplo) tiene que estar acompañada de algo constante y concreto, no la mera posibilidad de quizás responder con sus bienes en caso de que algo ocurra, por lo que la responsabilidad patrimonial no nace con la relación jurídica patrimonial.

De igual manera hablar de garantía patrimonial resulta equivocado, porque si analizamos el término garantía, desde la época romana “es una relación jurídica [accessoria], constituida para reforzar el fundamento de la expectativa del acreedor a la prestación: esta relación puede ser así real como obligatoria, y ser constituida por el mismo deudor como por un tercero”¹⁶³.

Actualmente, una garantía es la que “permite al acreedor reducir el riesgo de incumplimiento por parte del deudor ya que al ejecutarla se puede hacer cobro de su acreencia. Mediante la constitución de una garantía, el acreedor asegura la recuperación del monto prestado por el deudor”¹⁶⁴, sea con el patrimonio de un tercero (garantía personal) o con un bien determinado del deudor o un tercero (garantía real). Por lo que “la susodicha garantía no constituye un vínculo real sobre todos los

162 Para mayor información histórica sobre los debates alrededor de esta postura ver por todos: ESCOBAR ROZAS, Freddy. “El débito y la responsabilidad en la estructura de la obligación: historia de una confusión”. En: *Cathedra*. Espíritu del Derecho, Revista de los Estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, N° 8, Lima, 2001, pp. 51-78.

163 FREZZA, Paolo. *Le garanzie delle obbligazioni, corso di diritto romano*. Vol. Primo: le garanzie personali, Cedam, Padova, 1962, p. 3.

164 Separata Especial: “Facilitando el Acceso al crédito mediante un Sistema Eficaz de Garantías Reales”. Documento de Trabajo. Ministerio de Economía y Finanzas. Publicada en el diario oficial *El Peruano*, Lima, 16 de julio de 2001, p. 7.

bienes del deudor, pues esa no impide que este último pueda poner insolvente su patrimonio con actos de enajenación fraudulentos”¹⁶⁵.

De ahí se desprende que la garantía no se divide en genérica (en el aval y fianza no se sabe qué parte del patrimonio va ser objeto de cobro por parte de acreedor, por tanto es también una garantía de manera general) y específica¹⁶⁶, en realidad es un solo concepto que tiene clases, pero ninguno de ellos se ajusta al concepto del principio en estudio¹⁶⁷.

Hay que anotar que dicho principio hace su aparición recién en la época de las codificaciones, ya que en la época romana donde operaba la “azione pauliana”¹⁶⁸, no necesitaba estar sustentado en un principio o en una abstracción jurídica. Desde la época de las codificaciones, tenemos, por ejemplo, al Code Napoleónico de 1901, siendo el primero en mencionar dicho principio, seguidos luego por el Codice Civile Italiano de 1865 y 1942. Debe subrayarse, asimismo, que aun cuando el artículo 2740 [del código civile intitulado sobre la responsabilidad patrimonial], hace referencia expresa a los bienes del deudor y remite, por tanto, a la noción de patrimonio, se trata de una norma destinada a proteger, en abstracto, la *responsabilidad* del sujeto deudor, y que no está dirigida a preservar el patrimonio del deudor, porque a este resultado se dirige, expresamente, la norma sobre la acción revocatoria”¹⁶⁹.

165 SANTI DI PAOLA, Nunzio. *La revocatoria ordinaria e fallimentare nel decreto sulla competitività*. Aggiornato alla riforma del diritto fallimentare 2006, Haller Editrice SRL, 2006, p. 15.

<http://books.google.com.pe/books?id=6vQ7kQMIClgC&printsec=frontcover&source=gbs_v2_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=true>.

166 Como señala BIGLIAZZI, Lina; BRECCIA, Umberto; NATOLI, Ugo; BUSNELLI, Francesco. *Derecho Civil*, Tomo I, Volumen I. Normas, sujetos y relación jurídica. Traducción de Fernando Hiestrosa, Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 401.

167 El ilustre profesor Rodolfo Sacco sostenía la inexistencia de un principio de responsabilidad como síntesis de varias normas sobre la expropiación, sobre el secuestro, sobre la acción revocatoria, que existe simplemente un término genérico, una categoría genérica, a la cual se da el nombre de responsabilidad patrimonial, o de garantía genérica, para indicar con término compendioso los multiformes poderes y (para quien crea denominarla así) los variados, heterogéneos derechos atribuidos al acreedor para la satisfacción de sus intereses. La garantía genérica siendo nada más que la síntesis de todos los poderes expectantes del acreedor, conceptualmente es un duplicado de estos poderes, y eso constituye una posterior lógica: como tal, no puede representar el fundamento. (Tomado de SACCO, Rodolfo. *Il potere di procedere in via surrogatoria*. Parte Generale, Torino, 1955, p. 87). Citado por GUASTALLA, Emanuele. *Danno e frode nella revocatoria ordinaria*. Giuffré Editore, Milano, 1995, pp. 92-93.

168 Sobre el origen de la acción pauliana como su denominación correcta no están muy esclarecidos encontrándose opiniones discordantes entre doctrina.

169 BIANCA, Mirzia. “El principio de la responsabilidad patrimonial y sus limitaciones”. En: *Revista Derecho*. N° 58, PUCP, Lima, 2000, pp. 190-191.

Ello ha conllevado a que cierto sector de la doctrina como Ángel Falzea resalte la distinción entre limitación de la responsabilidad y limitación del patrimonio¹⁷⁰ que comportan distintos juicios de valor por parte del ordenamiento jurídico, y que ayudarían a establecer que la acción revocatoria no es el único ejemplo que abarque el principio de responsabilidad ilimitada y, por otro lado, que no es necesario sustentar la acción revocatoria en dicho principio, no siendo necesario su regulación para aplicar la acción revocatoria, muy importante en legislaciones que no regulan el principio y que tampoco lo toman como base del mismo, como nuestro Código Civil peruano.

4. Crítica a la acción pauliana como medio de conservación de la garantía patrimonial

La doctrina sustenta que la acción pauliana es un medio dirigido a la conservación de la garantía patrimonial, gracias al cual el bien objeto del acto de disposición fraudulento queda a disposición del acreedor impugnante para que con su ejecución pueda este lograr la satisfacción de su crédito¹⁷¹.

Sin embargo, de las consideraciones anteriormente expuestas, podemos sostener que el principio que sustentaría la acción pauliana no es estrictamente necesario para que opere la figura, por otro lado, el principio no podría catalogarse como una responsabilidad patrimonial ni como una garantía patrimonial, ergo, la acción pauliana no es un medio para conservar dicha garantía, porque no existe tal. Tampoco la acción pauliana es un medio de conservación del patrimonio del deudor, ya que este puede aumentarlo o disminuirlo según los negocios que celebra dictaminados por su autonomía privada, **salvo que perjudique (y eso es la esencia de la acción) a los intereses del acreedor**, por lo que no es exacto decir que “en cada caso el acreedor tiene la posibilidad de obrar

170 Ver: FALZEA, Angelo. “Introduzione e considerazione conclusive”. En: *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche normative*. Actas de la Jornada de Estudio organizada por el Consiglio Nazionale del Notariato, Roma, Palazzo Santacroce, 19 de julio de 2003, publicadas en Quaderni romani di diritto commerciale. Editado por B. Libonati y P. Ferro-Luzzi, Milano, 2003. Citado por BIANCA, Mirzia, Id.

171 PINAGLIA-VILLALÓN y GAVIRA, Juan Ignacio. *Perfiles de la acción de rescisión por fraude a los acreedores en el Código Civil español*. Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001, p. 80 (<<http://books.google.com.pe/books?id=eVAVDw12ZngC&pg=PA85&dq=garanzia+patrimoniale&cd=4#v=onepage&q=garanzia%20patrimoniale&f=false>>).

a través de los medios de conservación de la garantía patrimonial, de contraste a todos los comportamientos del deudor que comportan una disminución o empeoramiento del estado patrimonial del deudor”¹⁷².

Por otro lado, sí podemos decir que existe la acción pauliana como mecanismo de tutela contractual destinada a reintegrar (no conservar, ya que no impide que la otra parte realice disposiciones patrimoniales) el patrimonio de la otra parte contractual hasta el grado suficiente solo para que en una futura ejecución forzada puede satisfacerse con los bienes o derechos que fueron objeto de actos sean de disposición o de administración y donde recayó la ineficacia relativa o inoponibilidad proveniente de dicha acción.

Respecto a sus límites, el Codice Italiano establece en su segundo párrafo que “las limitaciones de la responsabilidad no son admitidas sino en los casos establecidos por la ley”, siendo estas objetivas y absolutas¹⁷³. Todos los medios indirectos puestos por el deudor para limitar preventivamente la propia responsabilidad son consideradas ilícitas en fraude a la ley. No confundir con las limitaciones legales a aquellas normas que limitan la deuda o excluyen la responsabilidad por resarcimiento o por incumplimiento, tampoco los pactos limitativos de responsabilidad de carácter privado, (como se puede hacer en la culpa leve). Solo un acto negocial que tuviera como única finalidad librar el patrimonio del deudor de la afectación por parte de los acreedores, sería considerado un acto ilegal. Aunque actualmente hay una multiplicación de las limitaciones de responsabilidad, y más en los sectores de las empresas y finanzas, para no estancar la riqueza y crear un contraseguro a los riesgos empresariales creándose figuras normativas de patrimonios separados orientados a un solo fin: la eficiencia. Se anota además que “se da a menudo el pacto con el cual el deudor conviene con el acreedor el orden de excusión de los bienes (beneficio de excusión)”¹⁷⁴. En efecto, son numerosas las hipótesis de separación patrimonial introducidos en su ordenamiento jurídico sea por el legislador o por la autonomía

172 INZITARI, Bruno. “La responsabilità patrimoniale del debitore”. En: AA.VV. *Casi e questioni di diritto privato, a cura de Mario Bessone*. Vol. *Obbligazioni e contratti*, Settima Edizione, Giuffrè, Milano, 1993, p. 382.

173 Commentario allo articolo N° 2740. En: *Codice Civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza, a cura di Pietro Perlingieri*, Libro Sesto, UTET, Torino, 1980, p. 272.

174 ALPA, Guido. *Manuale di Diritto Privato*. Quarta Edizione, CEDAM, Padova, 2005, p. 1289.

privada, hablándose por ello de la crisis de la universalidad de la responsabilidad; es decir, ha hecho dudar a la doctrina si aún podría hablarse de la llamada garantía patrimonial basado en el orden público¹⁷⁵.

Ahora, las legislaciones que regularon el concepto y limitaciones bajo los términos similares al Codice italiano están en un arduo debate entre la vigencia actual del principio de responsabilidad patrimonial ilimitada y del espacio concedido a los particulares en la creación de excepciones a la regla, como lo advierte Mirzia Bianca¹⁷⁶. Así tenemos una variada gama de patrimonios separados lejos del alcance de los mecanismos de tutela: Trust, Fideicomiso, el fondo patrimonial, usufructo legal de los padres sobre los bienes del menor, los bienes garantizados, por ejemplo entre las más importantes.

Dicha problemática es ajena a nuestra realidad porque nuestra legislación no tiene una disposición parecida, por lo que es posible establecer limitaciones de responsabilidad a través de pactos privados, teniendo, según mi parecer, una ventaja acorde con los cambios económicos actuales, ello no quiere decir que cualquier persona puede limitar su patrimonio según la amplitud que sus deseos escojan, ya que si bien no se cuenta con una disposición de alcance general, podemos encontrar leyes especiales que regulan, al menos en el ámbito comercial, las limitaciones de los patrimonios, como en las sociedades por ejemplo. A nivel particular, no veo inconveniente que los particulares pueden a través de acuerdos establecer de manera clara en los contratos que celebren (por ejemplo en contratos de crédito) una cláusula que establezca que cualquier disposición de un bien determinado no será objeto impugnación por parte del otro contratante, concordante con el literal a) del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú que establece que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia **nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni**

175 Ver al respecto, ACERRA, Ilaria. *Il principio della responsabilità patrimoniale del debitore*. Sue deroghe legislative. Il problema dei negozi atipici di destinazione. Capítulo I, Patrimonio de Destinación, de su tesis de doctorado: Patrimoni destinati, tutela dei creditori ed insolvenza, Università degli studi di Napoli "Federico II", Facoltà di Economia, Dipartimento di Diritto dell'Economia, Nápoles, Año Académico 2005/2006. (<<http://www.fedoa.unina.it/803/>>).

176 BIANCA, Mirzia. Ob. cit., p. 198. Quien señala que "el principio de la responsabilidad patrimonial ilimitada, a pesar de no ser considerado más como norma de orden público, se mantiene como norma que no admite excepciones", p. 199, señalando la Sentencia N° 8090, del 28 de abril de 2004 de la Corte di Cassazione.

impedido de hacer lo que ella no prohíbe, expresión de la libertad del ser humano que tiene el derecho de realizar sin obstáculos sus actividades en el mundo de las relaciones, y que por otro lado “el derecho lo que protege y facultad, restringe o prohíbe es el ejercicio de la libertad; en otras palabras limita la libertad fenoménica, el cumplimiento de una decisión libre de la vida real”¹⁷⁷.

Lo que conlleva a que solo tengamos limitaciones negociales de la responsabilidad patrimonial. No sería posible, por tanto, que incida sobre la esfera o poder de un tercero, siendo ello ineficaces.

Por último, hay que indicar que el mecanismo de tutela no nace con la relación jurídica, sino como todo mecanismo, se activa una vez realizada la hipótesis de afectación, en este caso, cuando se lesiona los intereses de la contraparte o cuando existe un riesgo razonable de que ocurra.

III. NATURALEZA JURÍDICA: ¿SUSTANCIAL O PROCESAL?

No hay que negar que la acción pauliana otorga al acreedor un poder de injerencia en la esfera patrimonial del deudor, junto con una variedad de poderes a fin de establecer la ineficacia de los actos de disposición del deudor en casos de que ocasione una disminución en su patrimonio que ponga en riesgo la satisfacción de sus intereses. Y como señala Barbiera, pero señalando a la responsabilidad patrimonial, “se connota pues como una situación subjetiva activa del acreedor, del tipo del derecho potestativo, que reúne en sí la posibilidad de hacer recurso de los varios medios legales, sea sustanciales o procesales para satisfacer sus intereses, modificando las situaciones subjetivas del deudor, sin que este pueda hacer nada para impedirlo”¹⁷⁸.

La doctrina mayoritaria establece que se deriva el mecanismo denominado acción pauliana (del desarrollo anterior, queda claro que la palabra “acción” no lo hace un remedio procesal, ya que no se refiere a la acción en términos procesales) de un derecho potestativo de la parte

177 VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Libertad personal” (Comentarios al literal a) del numeral 24 del artículo 2 de la Constitución). En: *La Constitución comentada*. Tomo I, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 355.

178 BARBIERA, Lelio. *Responsabilità Patrimoniale, Disposizioni generali*. In *Commentario del Codice Civile*. A cura di Pietro Schlesinger (Artt. 2740-2744), Giuffrè, Milano, 1991, p. 24.

afectada¹⁷⁹ (Ej. Acreedor), algunos incluso señalan que más particularmente es un derecho potestativo expropiativo¹⁸⁰. De todas formas se debe señalar que es un instituto de derecho sustancial aunque como la mayoría de los derechos sustanciales tenga que recurrir al área procesal, por tanto con efectos meramente declarativos. En efecto un derecho potestativo se define como “el poder de incidir en la esfera jurídica ajena mediante un acto unilateral; y que a tal poder es correlativa, en el lado pasivo, una situación de sujeción, entendida en el sentido que el sujeto pasivo de la relación nada debe hacer, pero tampoco nada puede hacer para impedir que su esfera jurídica vaya a ser modificada por el acto de ejercicio del derecho potestativo”¹⁸¹ y ello se verifica “cuando el titular de un derecho potestativo lo ejercita; es decir, asume aquella iniciativa que constituye, precisamente el contenido de su poder”¹⁸².

Sin embargo, cierto sector de la doctrina nacional señala que la acción pauliana es una mera pretensión procesal de ineficacia¹⁸³ como lo pensaron antiguos juristas italianos de la mitad del siglo XX como el maestro procesalista Carnelutti que sostenía que dicha sanción (como la consideraba) pertenecía al Derecho Público¹⁸⁴; sin embargo, ello fue materia de críticas por parte de la doctrina de la época, resaltando entre ellas la figura de Emilio Betti que refutó señalando que “se confunde la sanción si se la considera como expectativa de una satisfacción por parte del acreedor y correlativa responsabilidad por parte del deudor, con el

179 PROTO PISANI, Andrea. *Le tutele giurisdizionali dei diritti*. Studi Jovene, Nápoles, 2003, p. 207, que sostiene que es un derecho potestativo como tutela constitutiva.

180 BIANCA, Massimo. *Diritto Civile, La Responsabilità*. Ob. cit., p. 408.

181 CARPINO, Brunetto. “Diritti Potestativi”. En: *Enciclopedia Giuridica*. Vol. VIII, Istituto della Enciclopedia Italiana, Treccani, Roma, 1989, p. 1. Asimismo, señala que la otra característica es dada por el modo de actuación del derecho que dependa de la voluntad del titular, no habiendo necesidad de la cooperación de algún otro sujeto.

182 NICOLO, Rosario. *Las situaciones jurídicas subjetivas*. Ob. cit., p. 15. De igual modo Lordi que señala que “es la facultad de provocar unilateralmente una modificación en la esfera jurídica ajena (facultad llamada de formación” (Tomado de LORDI, Antonio. *Seminario sobre el concepto de Derecho, las fuentes del Derecho y las situaciones jurídicas*. Traducción libre de Carlos Zamudio Espinal. En: <<http://www.diritto.oit/articoli/civile/lordi4.html>>).

183 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *El Acto Jurídico Negocial*. Ob. cit., p. 349. Aunque dicho autor no explica el porqué de dicha opinión. Del mismo modo: BELVEDERE, Andrea. “Il linguaggio del codice civile: Alcune osservazioni”. En: *Trattato di diritto privato*, diretto da Pietro Rescigno, Saggi, aggiornamenti, indici, UTET, Turín, 1987, p. 11.

184 CARNELUTTI, Francesco. “Diritto e proceso nella teoría della obbligazioni”. En: *Studi Chioventa*. 1927, pp. 225-341. En la misma línea Andreoli. Citado por BETTI, Emilio. *Teoría General de las Obligaciones*. Tomo II. Traducción de José Luis de los Mozos. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970, p. 401. En la misma línea BELVEDERE, Andrea. Ob. cit., p. 11.

poder o facultad procesal de actuar la sanción. Sabemos perfectamente que la acción de ejecución no debe ser confundida con la garantía, esto es con la responsabilidad que es inherente a la misma relación obligatoria; pero una cosa es esta garantía y responsabilidad en sí misma considerada, y otra cosa es el poder de promover la actuación en el orden procesal. Pues bien, la teoría procesalista suprime el aspecto privado de la obligación, para tener presente solo el poder de promover la actuación de la sanción. Para nosotros es de plena evidencia que el poder de promover la actuación de la sanción tiene en sí mismo un carácter meramente procesal; pero ello supone, como elemento que debe ser actuado, como razón que deba invocarse y ser realizada, una sanción la cual no puede ser establecida si no por el mismo derecho sustancial; es decir, por el Derecho Privado”¹⁸⁵.

Concordante con ello, anotamos que toda situación jurídica implica necesariamente, para que pueda ser protegida o ejercida, recurrir a la tutela jurisdiccional, lo que no conlleva que sea de carácter procesal. En efecto, como a inicios del siglo veinte señalaba el eminente profesor de la Universidad de Göttingen, Paul Oertmann, que “puede ser que, para la producción del efecto de que se trate, sea necesaria, además de la declaración del titular del derecho potestativo, una resolución judicial”¹⁸⁶.

Pero ello no cambia que los instrumentos de tutela deben ser considerados como elementos constitutivos, también autónomos, de las situaciones jurídicas¹⁸⁷.

Nuestra propia regulación, nos lleva a pensar lo mismo, ya que de acuerdo a nuestro Código Civil (artículo 199) el acreedor puede ejercitar frente a los terceros adquirentes las acciones que correspondan sobre los bienes del acto ineficaz, resultando obviamente afectados en

185 BETTI, Emilio. Ob. cit., pp. 401-402.

186 OERTMANN, Paul. *Introducción al Derecho Civil*. Traducción de la 3ª edición alemana por Luis Sancho Seral, Editorial labor S.A., Barcelona, 1933, p. 364.

187 En ese sentido, TERRANOVA, Giuseppe. “La estructura de las situaciones subjetivas: contribución a una semántica de la obligación”. En: *Revista de Derecho*. Volumen 5, Universidad de Piura, 2004, p. 406. Quien señala que “si se concibe al crédito como un racimo de poderes, alguno de los cuales subordinados a la verificación de determinados eventos, no existe ninguna dificultad en admitir que tal situación jurídica pueda abrirse a nuevas potencialidades, sobre el plano de la tutela, según los intereses implicados paulatinamente (incumplimiento de una singular deuda, insolvencia de una empresa, crisis de un sector económico de particular relieve, entre otros)”.

su esfera jurídica¹⁸⁸. Como bien señala Massimo Bianca, “es un poder no solamente de activar la intervención del juez sino el poder de tutelar un interés prevalente sobre otros sujetos, o sea, una posición de derecho sustancial”¹⁸⁹.

Por otro lado, cuando señalan que la acción pauliana es una mera pretensión procesal de ineficacia, tratando de expresar su carácter procesal, dicha denominación no es exacta, ya que otros remedios también pueden calzar en dicha denominación como la resolución, rescisión y toda figura que incida en la ineficacia del negocio jurídico ya que al expresarse en un proceso terminan como parte sustancial de una “pretensión procesal de ineficacia de un negocio jurídico o contrato”.

Por último, la acción pauliana en nuestra legislación se ubica en el Código Civil no en el Código Procesal Civil, y antes de que sea acusado de “codiguero” señalo que a nivel de la jurisprudencia tampoco es considerada como una pretensión procesal o mejor dicho de carácter procesal, ya que a nivel de Corte Suprema de Justicia, cuando se expide una casación respecto a la acción paulina se le analiza a nivel sustantivo ya que su incorrecta aplicación o inaplicación indebida, o conforme a los términos de la nueva regulación (que solo es un cambio de palabras)¹⁹⁰ una “infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada” la Corte Suprema Civil no resuelve señalado que ha habido una violación del debido proceso sino a una incorrecta apreciación de las normas sustantivas, declarando infundado el recurso de casación. En consecuencia, no hay duda de que nuestro ordenamiento jurídico ha optado por establecer el carácter sustancial del mecanismo de tutela materia de análisis.

188 Conforme con ello: ARIANO DEHO, Eugenia. “Sobre la prescripción de la revocatoria ex artículo 195 CC”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 103, Año 12, Gaceta Jurídica, Lima, abril, 2007, p. 164, pie de página N° 7.

189 BIANCA, Massimo. Ob. cit., pp. 437-438. Del mismo modo COSATTINI, Luigi. Ob. cit., p. 55. En nuestra doctrina nacional encontramos a: MORALES HERVIAS, Rómulo. “Fraude contra los acreedores como remedio de invalidez o de ineficacia”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 100, Año 12, Gaceta Jurídica, Lima, enero, 2007, p. 140.

190 Me refiero a la Ley N° 29364 que modifica las normas procesales a nivel casatorio. Ver para ello: ARIANO DEHO, Eugenia. “Notas a primera lectura sobre la reforma del recurso de casación civil (y sobre la reducción de las competencias de la Corte Suprema)”. En: *Actualidad Jurídica*. N° 187, Gaceta Jurídica, Lima, julio, 2009, pp. 19-22.

Ello resulta confirmando con sendas casaciones que lo toman así: Casación N° 781-2002-Santa, Casación N° 1429-2003-Lima, Casación N° 3510-2000-Lima, aunque usan el término “facultad” y especificar que se refiere a un derecho potestativo, “debiéndose entender que pese al requerimiento de un pronunciamiento judicial, la alteración de la esfera jurídica ajena no ocurre por la actuación estatal, sino por la actuación del derecho potestativo del particular”¹⁹¹.

Con respecto a la denominación “acción revocatoria”, recordemos lo señalado líneas atrás, en que tiene un antecedente directo en la *actio pauliana*¹⁹² que permitía revocar los actos de enajenación del deudor, por lo que permitía indirectamente la restitución de la cosa¹⁹³; es decir, el efecto era la nulidad en la época romana, por lo que “el bien enajenado era retornado al patrimonio del deudor y habría podido ser objeto, en caso de incumplimiento, de la acción ejecutiva¹⁹⁴; de ahí su nombre de acción revocatoria que producía el efecto de restitución.

Actualmente, la acción pauliana romana no es la misma de la que nosotros conocemos y aplicamos, por ello no se debería llamar acción pauliana, tampoco acción revocatoria porque se ha reemplazado ese efecto con el efecto de la inoponibilidad y limitada, algunos por ello plantean nombres como acción fraudulenta¹⁹⁵ o acción de ineficacia¹⁹⁶.

Fuera de ello, no lo tomen como una exquisitez semántica, sino que es importante llamar a las cosas por su nombre o por lo que expresan, para evitar futuras o “presentes” confusiones.

191 ESPICHÁN MARIÑAS, Miguel. “Acción revocatoria y tratamiento de los actos de disposición a título gratuito anteriores al crédito”. En: *Revista Jurídica del Perú*. Tomo 84, Gaceta Jurídica, Lima, febrero, 2008, p. 359, pie de página 8. También del mismo autor y con el mismo título en *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 111, Año 13, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre, 2007, p. 108, pie de página 9.

192 TALAMANCA, Mario. *Istituzioni dei Diritto Romano*. Giuffrè, Milan, 1990, p. 659.

193 De acuerdo, OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO Freyre, Mario. “Efectos del incumplimiento”. En: *Lumen*. N° 5, Unife, enero-diciembre, 2004, p. 62.

194 ROSELLI, Federico. *Responsabilità Patrimoniale. I mezzi di conservazione*. Giapichelli Editore, Torino, 2005, p. 320. <http://www.ambienteditto.it/Dottrina_2005/Azione_revocatoria_Roselli.htm>.

195 VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El Acto Jurídico*. 6ª edición, Gaceta Jurídica, 2005, p. 453.

196 TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico*. 2ª edición, IDEMSA, Lima, 2001, p. 577.

IV. DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS

Para lograr esa reintegración (y frente a los fraudes que pudiera sufrir por parte de su deudor para no cumplir con su prestación), el ordenamiento jurídico otorga a los titulares de un derecho, la denominada acción revocatoria ordinaria o pauliana, definiéndola como un derecho potestativo que otorga el ordenamiento jurídico al acreedor, que consiste en establecer la ineficacia de un acto de disposición patrimonial de su deudor frente a él, imposibilitando o disminuyendo la posibilidad del pago de la deuda en sede ejecutiva; es decir, que los efectos de ese acto de autonomía privada (válido) no serán oponibles a él.

1. Acción de ineficacia

Cuando nos referimos a ineficacia (entendida como aquel estado sobrevenido que se atribuye a un negocio jurídico determinado y por el cual no debe surtir sus efectos prácticos y jurídicamente normales y, de haberse ya producido se consideran como si no se hubieran realizado¹⁹⁷) nos estamos refiriendo específicamente a la ineficacia funcional, porque la causa de la ineficacia no proviene del mismo acto sino por hechos extraños, pudiendo encontrar en este grupo a la suspensión, impugnabilidad, resolución, rescisión, revocación y la inoponibilidad, que es cuando la eficacia de un cierto negocio jurídico no puede ser oponible a ciertos sujetos, por lo que su aplicación implica una relatividad en cuanto a las personas a las que vinculan los efectos negociales.

Y justamente, ese es el efecto principal de la acción pauliana, que tiene una acción indemnizatoria de manera subsidiaria, en el entendido que elimina para el acreedor impugnante, los efectos a él perjudiciales del acto impugnado, dejando de producir para él sus efectos propios en virtud de la ineficacia relativa¹⁹⁸, lo que nos expresa que estamos ante la presencia de una ficción legal.

197 SANTORO PASSARELLI, Francesco. *Doctrinas Generales de Derecho Civil*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, p. 319.

198 Incluso los españoles que en su Código Civil se opta por la rescisión han intuido correctamente que tan solo hace ineficaz relativamente el acto en cuestión. Ver: CRISTÓBAL MONTES, Ángel. "Fundamento y naturaleza jurídica de la acción pauliana". En: *Revista de Derecho Privado*. Madrid, octubre, 2001, p. 781.

Esta *ratio reparatoria* justifica que solo puedan impugnar los acreedores que efectivamente hayan sido perjudicados por el acto impugnado. Ello conlleva a que solo se produzca la ineficacia a favor del acreedor impugnante y no a los demás acreedores del deudor; a su vez, que no es completamente inoponible porque permanece válido tanto *inter partes* cuanto en relación con los terceros. Por ello, señalan que la ineficacia es doblemente relativa¹⁹⁹.

Esta ineficacia relativa, es lo que se denomina inoponibilidad, que atañe a la ineficacia funcional considerándose como un subtipo²⁰⁰. Este poder de inoponibilidad, que se presenta como una acción personal²⁰¹, como se infiere de nuestra definición, tiene carácter sustancial como tutela constitutiva²⁰², rechazando la idea de que solo sea una mera pretensión procesal de ineficacia, de carácter procesal.

La acción revocatoria genera una ineficacia de tipo funcional con dos características especiales²⁰³:

- a) De la relatividad: “La ineficacia que sigue al éxito de la acción revocatoria –la operada en virtud de la sentencia judicial firme revocatoria– solo se produce respecto del acreedor o acreedores impugnantes, y **no** respecto de cualquier sujeto distinto a ellos. Se trata, pues, en cuanto a su ámbito subjetivo, de una ineficacia relativa (solo frente a determinados sujetos: el actor o actores) y no absoluta –con alcance *erga omnes*–”²⁰⁴. “La ineficacia relativa quiere ser un remedio puesto a tutela del interés del tercero, en cuanto titular de una situación jurídica incompatible con los efectos del acto o que recibe de ellos un perjuicio. Esa obra en los límites en la cual tal interés del tercero existe, a diferencia de la ineficacia absoluta, que responde

199 D'ERCOLE, Stefano. “L’Azione Revocatoria”. En: AA.VV. *Trattato di Diritto Privato-Tutela dei Diritti, a cura di Pietro Rescigno*. Tomo II, UTET, Torino, 1985, pp. 145-146.

200 Así, PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. “Unas reflexiones en torno a la ineficacia proveniente de la acción revocatoria”. En: *Ius et Veritas*. Nº 8, Año V, 1994, pp. 177-178.

201 Ver al respecto, BETTI, Emilio. *Teoría General de las Obligaciones*. Ob. cit., p. 434.

202 PROTO PISANI, Andrea. Ob. cit., p. 207.

203 JORDANO FRAGA, Francisco. *La Acción Revocatoria o Pauliana. Algunos aspectos de su régimen en el Derecho Vigente*. Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, 2001, p. 52.

204 Ídem.

por el contrario a una exigencia de tutela de interés propio de los autores del acto o de un interés público”²⁰⁵.

- b) De la limitación. Porque es “limitada a la medida cuantitativa del perjuicio económico que el acto impugnado haya causado al sujeto o sujetos impugnantes. Esta segunda nota –referida, ahora, a su ámbito objetivo– confiere a la ineficacia revocatoria un carácter **tendencialmente parcial**. Lo que no significa que la ineficacia del acto impugnado no pueda extenderse a la totalidad de su objeto, sino que la ineficacia de tal acto solo será total cuando ello sea estrictamente preciso para reparar el perjuicio que causó al acreedor o acreedores impugnantes; o sea, cuando así lo exija la medida cuantitativa del perjuicio económico de estos. En cualquier otro caso, la ineficacia revocatoria solamente será parcial: hasta el límite máximo del perjuicio económico cuya reparación (por vía de ineficacia) se pretende –el del sujeto o sujetos accionantes–”²⁰⁶.

Volveremos más adelante en adentrarnos a los efectos específicos de la acción pauliana derivadas de su naturaleza relativa y limitada²⁰⁷.

Se debe señalar que la acción pauliana como mecanismo de tutela es de carácter sustancial, pero sus efectos son de carácter procesal ya que no se dan automáticamente (*ipso iure*), *ex lege*, por la sola concurrencia de los presupuestos, requisitos y elementos de la acción pauliana, sino que es necesario que se constate ello en una sentencia judicial que declare la misma, principalmente verificar que exista el *eventus damnis* (perjuicio pauliano).

Ya habíamos tomado posición sobre la naturaleza de la acción pauliana, como facultad adquirida por el sujeto activo perjudicado por el acto de disposición del deudor de impugnar dichos actos; sin embargo, queda otro asunto por resolver, que la doctrina es muy batalladora con posiciones contrarias y es respecto a qué tipos de efectos tiene la sentencia que establece la ineficacia relativa y limitada, un sector de la doctrina

205 SCALISI, Vincenzo. *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*. Giuffrè Editore, Milano, 1998, pp. 424-425.

206 Ídem.

207 Y no, como equivocadamente nuestra “gran Corte” señala en la Casación N° 781-2002-Santa, en la cual considera como característica de la acción pauliana la nulidad.

opina que no solo los efectos sino la misma acción tienen carácter constitutivo²⁰⁸ y, por otro lado, que ambos tienen carácter declarativo²⁰⁹.

Al respecto, se debe señalar ante todo de que los autores de una posición u otra conceptúan el carácter constitutivo o declarativo de un remedio como este de manera no muy uniforme otorgándoles significados distintos, por lo que muchas veces se refieren a lo mismo.

Lo que podemos decir de la naturaleza de los efectos paulianos, ya que anteriormente desarrollamos nuestra posición respecto a la naturaleza de la acción pauliana, es que, el acto de disposición hecho por una de las partes en un contrato (ej. Que produzca una relación jurídica obligatoria) que perjudique a los intereses legítimos de la otra parte, no son per se ineficaces e inoponibles a él, sino que **pueden** serlo con sentencia que establezca la misma. Es decir, son eficaces *inter partes* y *erga omnes*, pero potencialmente limitados cualitativamente y cuantitativamente. Se podría decir que tiene rasgos más similares a la anulabilidad que a la nulidad de un negocio jurídico, salvando las distancias claro.

Además, una vez prescrita la acción pauliana los efectos posiblemente atacables, ya dejan de ser amenazados con ser inoponibles, por tanto, los efectos no sufren ninguna modificación, por tanto, la sentencia tiene finalidades de no solo declarar su ineficacia relativa sino constituir la de dicha manera, modificando los efectos del acto dispositivo hasta el inicio del acto (efectos retroactivos).

Del mismo modo el ilustre profesor italiano Cesare Massimo Bianca, haciendo referencia que si bien la tesis mayoritaria es la que considera a

208 Por citar algunos: BETTI, Emilio. Ob. cit., pp. 393-434; COSATTINI, Luigi. Ob. cit., pp. 240, 244; FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio. Ob. cit., pp. 289-290, quien señala lo siguiente “El contenido de la pretensión de impugnación no es impugnar directamente la validez del acto, sino solo atacar los efectos perjudiciales respecto a una situación jurídica concreta: el derecho de crédito de los acreedores. Por eso defendemos que los efectos que se pretenden deshacer con la impugnación son precisamente aquellos que impiden la realización del derecho de crédito; cuando el acto consistía en una enajenación (es el supuesto más frecuente) el acreedor buscará ser colocado en la misma posición que tenía antes de que se celebrara el acto impugnado; es decir, en situación de poder someter a ejecución ese bien enajenado”.

209 NICOLO, Rosario. *Comentario al Codice Civile*. Libro Sexto, sub art. 2901-2904, a cura di Scialoja y Branca, Zanichelli-Foro Italiano, Bologna-Roma, 1953, pp. 195-196; NATOLI, Ugo. Voce: “Azione Revocatoria”. En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo IV, Giuffrè, Milano, 1959, pp. 890-891; DE CASTRO y BRAVO, Federico. “La Acción Pauliana y la Responsabilidad Patrimonial”. En: *Revista de Derecho Privado*. Año XIX, N° 226-227, Madrid, 1932.

la sentencia meramente declarativa, sostiene que: “parece todavía más correcta la tesis que reconoce a la sentencia naturaleza constitutiva. La tesis de la naturaleza declarativa de la sentencia implica de hecho la ineficacia originaria del acto, y es por tanto desmentida por la necesidad de la sentencia, sin la cual el revocante no puede hacer valer sus intereses sobre el bien enajenado. Además ha tenido presente que el acto conserva su eficacia con relación a los acreedores que no hayan ejercitado la acción”²¹⁰.

Por otra parte, en sede nacional, Morales Hervias sostiene que “el acreedor tiene el poder de solicitar la declaración de ineficacia del acto y la sentencia tiene naturaleza meramente declarativa”²¹¹.

2. Acción personal

Su fundamento no es ser un medio de defensa de un derecho real, sino un efecto de un derecho subjetivo (Ej. Crediticio), por lo que “desde el punto de vista de la legitimación activa, la acción real exige en quien ejercita la demostración de la titularidad de un derecho real –el que se trate en el caso– sobre la cosa en litigio; mientras que la acción personal exige la prueba por el sujeto actor de la titularidad de un crédito contra el sujeto demandado”²¹².

Sobre el mismo, no se puede sostener que crea un “vínculo real que perseguiría a los bienes susceptibles de garantizar el crédito, incluso en esferas patrimoniales extrañas a la relación inicial existente entre deudor y acreedor, llegándose a la conclusión que nos encontraríamos ante una prenda general de los bienes del deudor a favor del acreedor”²¹³.

Ya que no es característica de la acción pauliana, como sí de toda garantía, en perseguir el bien con el fin de proceder a su venta (o su adquisición) y satisfacer el crédito, ni siquiera tiene la característica de

210 BIANCA, Massimo. *Diritto Civile, La Responsabilità*. Ob. cit., p. 457.

211 MORALES HERVIAS, Rómulo. *Fraude contra los acreedores como remedio de invalidez o de ineficacia*. Ob. cit., p. 141.

212 *Ibídem*, p. 31.

213 PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. Ob. cit., pp. 178-179, dando entender, a su vez, que la misma opinión la sostiene COLIN, Ambrose y CAPITANT, Henri (*Curso de Derecho Civil francés*. Tomo III, Madrid, 1941, p. 678).

persecutoriedad ya que la acción no está vinculada a un bien, que tal vez no existe, sino al acto de disposición del deudor, ergo, no existe un vínculo real lo que lleva a suponer que no es una acción real.

Por ello, es pacífica la doctrina que lo considera una acción personal. (Albaladejo, De Castro y Bravo, Castán Tobeñas, Puig Brutau, Díez Picazo, Roca Sastre, Mazeud, Colin/Capitant, Aubbry/Rau, Giorgi, Cicu, De Martini, Nicolo, Natoli, aunque claro, todos bajo sus propios matices).

La impugnación obtenida abre la posibilidad al acreedor de dirigir su acción ejecutiva contra el bien, objeto de la disposición del deudor que ha sido impugnado, ya adquirido por un tercero. Dicha posibilidad no es un efecto de un derecho real de garantía que ostente el acreedor sobre los bienes, por ejemplo enajenados del deudor, sino de la ineficacia obtenida, previa impugnación exitosa, del título adquisitivo del tercero adquirente, y en su caso, del propio subadquirente, no pudiendo perseguir indiscriminadamente en vía ejecutiva los bienes enajenados (o toda clase de actos prejudiciales impugnables con la misma) del deudor prescindiendo de los presupuestos, elementos y requisitos de la acción pauliana.

Aunque parecería que en sus orígenes era controvertida ya que los textos romanos son contradictorios: “las Institutas de Justiniano -6, Inst. de Actionibus, IV, 6- la califican de real (in rem). Según Paulo -fr.38, párraf. 4 Dig. De Usuris (XXII, 1)- sería “in personam”. Ulpiano -fr. 14, Dig. H.t.- denomina a esta acción “dominio revocatur”²¹⁴.

3. Acción conservativa

Característica con discrepancias en la doctrina, pero la gran mayoría opina que la acción pauliana tiene carácter cautelar o conservativo, en vez de ejecutivo (D’Ercole, Díez Picazo, Moreno Quesada, Natoli, Bigliuzzi, Nicolás, Puig Brutau, entre otros)²¹⁵. De acuerdo a dichos autores, la acción en referencia preserva la integridad de la garantía, por ello

214 TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. “Fraude en el acto jurídico”. En: *Revista Bibliotecal*. Año 3, N° 4, Colegio de Abogados de Lima, Lima, marzo, 2002, p. 156.

215 Citados por FRAGA, Jordano. Ob. cit., p. 34.

señalan que es un medio conservativo de la garantía patrimonial. Asimismo, en nuestra jurisprudencia se ha señalado que “la acción revocatoria es de naturaleza conservativa, recuperatoria y no nulificante”²¹⁶. Al respecto, extendiendo la crítica dicha anteriormente en el sentido que no es medio que hace inatacable la supuesta garantía sino que una vez produjo la “fuga” de patrimonios, pueda reintegrarla al patrimonio original para hacerse de él con el fin de satisfacer sus intereses jurídicamente protegidos. En efecto promovido el juicio de acción pauliana sigue el juicio ejecutivo, promovido como es natural por el acreedor impugnante, como efecto de la propia finalidad de la acción pauliana, que es la ineficacia relativa del acto de autonomía privada impugnado, que reintegra el patrimonio del deudor al nivel que sea suficiente para proteger los intereses legítimos del acreedor, en caso de una relación obligatoria.

Pero dichos pasos no son obligatorios, el acreedor puede no seguir luego un proceso judicial, o iniciar uno que asegure el cobro de sus acreencias con el bien, como un embargo preventivo, o una administración judicial pero no iniciar un proceso de ejecución ya que no tiene un título ejecutivo para ello, teniendo que iniciar un proceso de obligación de dar suma de dinero, ganarlo, y una vez que tiene la sentencia a su favor, tendría recién un título ejecutivo, y con ello iniciar otro proceso para ejecutar el bien impugnado. Pero que quede claro que el juicio sucesivo que se puede dar o no, de acuerdo a la voluntad de la parte impugnante, es independiente del proceso iniciado en virtud de la acción pauliana, que no son etapas obligatorias, puede darse la acción pauliana y no proceso de ejecución forzada, o a la inversa, cada uno teniendo sus requisitos sustanciales y procesales respectivamente, pero vinculado en el sentido de que el fin remoto de la acción pauliana se cumple con el proceso de ejecución, que es satisfacer sus intereses con el patrimonio del deudor representado por el bien materia de impugnación. Con el primero se prepara y con el segundo se logra.

También podemos decir que compete a los acreedores, que la ejercen a su propio nombre, por lo que es individual en cuanto a sus efectos.

216 Casación N° 3284-98-Lima.

Respecto a su regulación en nuestro Código Civil, se encuentra dentro del título “el fraude de los actos jurídicos” error evidente, arrastrado del Código Civil de 1936. Y no es erróneo en el sentido que Lohmann señala que “no hay fraude de los actos jurídicos sino más bien fraude a través o por medio de actos jurídicos”²¹⁷ sino porque, primero, como ya lo había anotado el maestro sanmarquino José León Barandiarán “el fraude propiamente tal ha dejado de ser un dato fundamental para explicar el funcionamiento de la acción”²¹⁸. Señala el maestro que en relación con ciertos actos la acción se apoya simplemente en un dato objetivo: el perjuicio indebido del acreedor, sin que sea menester que haya fraude, por ejemplo en actos de disposición a título gratuito, siguiendo el camino que se pretende desarrollar, en el sentido de que aquí no hay presunción de fraude ya que pudo el deudor obrar de buena fe, no obstante el acto celebrado con tercero no escapa del control pauliano, por ser perjudicial.

4. ¿Acción subsidiaria?

En ciertos ordenamientos (como en el español) se afirma que el remedio de la acción pauliana no es mecanismo de primera mano del acreedor, sino de que solo puede ser usado, en defecto de otros mecanismos de protección. Así, dicha característica se manifiesta en tres vertientes²¹⁹:

- Jurídica: Es subsidiaria frente a la acción de simulación y de la nulidad.
- Económica: No procedería la acción pauliana si el acreedor dispone de otras posibilidades económicas de cobrar, porque el deudor tenía otros bienes no reclamados.

217 LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. Ob. cit., p. 397.

218 LEÓN BARANDIARÁN, José León. *Tratado de Derecho Civil peruano*. Tomo II, Acto Jurídico, WG Editor, Lima, 1991, p. 212.

219 FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio. Ob. cit., pp. 79-80, quien afirma que “la subsidiaridad constituye una nota consustancial a la configuración de la acción pauliana en nuestro ordenamiento [español]”. De la misma opinión es: ARIAS-SCHREIBER PEZET. Max. *Luces y Sombras del Código Civil*. Tomo I, Librería Studium, Lima, 1991, p. 113; SIFUENTES, Santos. Ob. cit., p. 555.

- Procesal: Porque el acreedor cuenta con otros remedios procesales a su disposición, sin que esto pueda comportar haber tenido que ejercer una acción previa a la pauliana.

Al respecto, se debe señalar que el ordenamiento no puede limitar las actuaciones de los sujetos de derecho, o establecer el orden de sus acciones sin una justificación basada en el orden público y las buenas costumbres, además no resiste al análisis de porqué dicha subsidiariedad. Como lo analizaremos más adelante, en ciertos casos el acreedor le convendrá ejercer la acción pauliana que invocar la simulación absoluta.

Por ejemplo, la “Empresa Gildemeister” celebra un contrato de donación de la mitad de sus inmuebles a la empresa “Inmobiliaria Turquesa” de manera simulada. Posteriormente la “Empresa Gildemeister” celebra un contrato de mutuo con el Banco “Luthor Corp.” ofreciendo como prueba de solvencia los inmuebles materia de donación. “Luthor Corp.” al día siguiente conoce de la donación y se da cuenta de que está sufriendo un perjuicio.

Se podría plantear la nulidad del contrato de donación simulado, teniendo legitimidad el banco para accionar debido a intereses de orden público logrando que esos inmuebles sigan en la propiedad de su deudor y tener un respaldo para su crédito (artículo 219 inciso 5), pero no le convendría si la empresa Gildemeister tiene otros acreedores, ya que también se podrían cobrar con esos inmuebles. Una opción mejor sería entablar una acción pauliana sobre ese contrato para que sea ineficaz frente a él y poder cobrarse él solo con esos bienes ya que para los demás acreedores sí habría ocurrido esa disposición patrimonial y no podrían cobrarse con base en esos inmuebles.

Aquí queda demostrado que la subsidiariedad solo generaría efectos no deseados por el acreedor, incluso perjudicar lo que se pretende proteger. Es que el razonamiento y los fines de protección son distintos en cada remedio: la nulidad es un remedio que protege intereses públicos mientras que la acción pauliana protege intereses privados. Por otro lado, frente a remedios privados como la ejecución de garantías reales, que claramente son más ventajosas que la acción pauliana que actúa generalmente sobre créditos quirofrarios (créditos que no están garantizados), es posible que también se aplique a créditos garantizados, en la parte del bien que no ha sido gravado, así, por ejemplo:

La empresa Rockbell celebra un contrato de mutuo con garantía inmobiliaria con el Banco "Luthor Corp." siendo el bien materia de hipoteca un inmueble con un valor de mercado de US\$ 120.000, siendo el gravamen de US\$ 50.000. Sin embargo, debido a que la empresa Rockbell no ha cumplido con el pago en varios años, la deuda asciende a US\$ 60.000. Por tanto, aunque ejecute el bien no podrá satisfacer su crédito y ¿acaso el ordenamiento puede imponerle que primero ejecute los bienes garantizados y luego ejercer la acción pauliana, sabiendo que la ejecución hipotecaria no será suficiente?, pues claro que no, en estos casos, se le tiene que dar al acreedor de elegir cuál remedio usar según sus intereses. En el caso, le convendría primero atacar la porción del patrimonio que no está asegurada para declarar inoponible, ya que si hace lo contrario, el deudor (mayormente en nuestro país ocurre ello) al percatarse de la ejecución, intentará desvanecer todo el patrimonio restante para evadir a las ejecuciones forzadas futuras que el acreedor realizará para satisfacer la parte de la deuda no cubierta por la garantía real.

En consecuencia, establecer que una característica de la acción pauliana es la subsidiariedad es un sinsentido que perjudica al acreedor para satisfacer sus intereses, y lo limita injustificadamente sobre qué remedio aplicar. Se dirá que analizar y criticar una característica que no es propia de nuestro ordenamiento es un gasto de tinta (o en nuestro tiempo, de horas en la computadora); sin embargo, debido a que nuestros legisladores han importado normas foráneas sin contrastarlas con nuestra realidad, suponiendo a priori que son mejores, es justificado, dejar en claro este punto, para que no sea materia de importación futura y que no sean tomadas en cuenta en las reformas del Código Civil de 1984.

Además, hay que incidir en que la acción pauliana no es un instrumento de tutela para lograr el cumplimiento de la obligación o del contrato, sino como asegurar la satisfacción del interés del acreedor o parte contractual en una futura o eventual ejecución forzada, y el único medio para lograrlo es la acción pauliana, que se ejerce cuando existe un perjuicio pauliano, esto es, un acto dispositivo que afecta los intereses del acreedor o parte contractual. ¿Qué remedio tutelar su puede invocar en este supuesto? ¿Nulidad, anulabilidad, resolución, rescisión?, el supuesto específico se enmarca en una acción pauliana, así como cuando existe vicio en la estructura se aplica la nulidad, así como en vicios de voluntad se aplica la anulabilidad.

V. ESTRUCTURA (COMPONENTES NECESARIOS PARA EJERCER LA ACCIÓN PAULIANA)

Para un mejor entendimiento de la figura, se propone la siguiente estructura que muestra los elementos que tienen que estar presentes para ejercitar la acción pauliana, abandonando la noción clásica de sus elementos, tendencia cada vez más arraigada.

1. Presupuesto

Son los que preexisten al acto, materia de acción pauliana, necesarios para que ello se produzca, que existen en la realidad jurídica con independencia del supuesto jurídico. Aquí encontramos a la relación jurídica patrimonial entre el sujeto impugnante y el sujeto que realizó el acto de disposición, relación jurídica patrimonial válida (mejor dicho, no cuestionada en su validez al momento del ejercicio de la acción pauliana).

Nuestro Código Civil, siguiendo a la mayoría de las legislaciones, y gran parte de la doctrina circunscribe, o mejor dicho limita, la acción pauliana a la relación obligatoria, pero al dar posibilidad que también se impugne créditos a condición suspensiva o a plazos, entonces cabe la acción pauliana a relaciones jurídicas patrimoniales, no obligatorias, compuestas por una situación de expectativa²²⁰.

Siguiendo, la relación obligatoria, primera y más importante relación donde actúa la acción pauliana, se puede definir partiendo de su composición, señalando “de que encontramos la presencia de dos

220 Aún con la claridad de la norma para abarcar también a los derechos expectaticios como objeto de protección con la acción pauliana, existen Resoluciones de fecha 22 de octubre de 2011, como la expedida por la Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, en el que señala equivocadamente que: “son requisitos previstos en el artículo 195 del Código Civil que debe concurrir para intentar la declaración de ineficacia de un acto [negocio] jurídico por supuesto fraude civil: que exista un crédito, entendido como derecho de exigir el cumplimiento de una obligación, no como mera expectativa sino como poder de pretender una prestación o la realización de una cosa”. A su vez señala también que: “el derecho de crédito, que como primer requisito prevé la ley, debe ser perfecto y no expectatio y demás ser exigible y no sujeto a plazo, modalidad o condición (¿?), de manera que el derecho que se genera en el acreedor a la integridad del patrimonio del deudor, no puede sustentarse en futuros acontecimientos que inicien o integran una relación jurídica patrimonial”. Como se aprecia, es una decisión judicial que infringe lo dispuesto en el artículo que la misma Sala cita, que conllevó a que revocaran la sentencia favorable que tenía el acreedor, declarándola infundada por tener el demandante una mera expectativa.

situaciones vinculadas a dos personas diversas, una de las cuales está en posición subordinada respecto de la otra; de estas dos situaciones (...), una entra en la categoría del deber y la otra en la del poder"²²¹. "Lo primario y decisivo, lo que da contenido y significación a la relación obligatoria y determina el carácter típico de la misma es la prestación determinada"²²² que tiene como función "en proporcionar al acreedor un bien económicamente valioso para que satisfaga de esta manera un concreto interés"²²³. Esta obligación frecuentemente se genera mediante negocios jurídicos, especialmente por los contratos, que por una infracción del deber general de comportamiento legalmente establecido²²⁴ (Ej. Proveniente de una responsabilidad civil), y que obviamente no se agota en un contrato con una obligación "pura"; es decir, en contratos por las cuales solo genera crédito y débito reflejados en una suma de dinero (es el caso del mutuo más común) sino en contratos que generan diversidad de obligaciones (es el caso de compraventa mobiliaria).

Si bien en nuestro Código como en muchos otros se hace referencia a la "obligación", como señalaba el maestro Giorgianni "es preferible, siendo rigurosos, la denominación 'relación obligatoria', porque así se tiene en cuenta la situación global; es decir, la que resulta de la posición subordinada del deudor y de la situación preeminente del acreedor. En cambio, las otras denominaciones ponen en evidencia solo una u otra posición"²²⁵.

Hay que anotar que sus orígenes provienen del Derecho Romano, en la "*obligatio*" que no era un concepto sino, como señala Hattenhaner "la imagen descriptiva de una realidad jurídica" para describir

221 GIORGIANNI, Michele. Ob. cit., p. 23.

222 LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I, traducción de Jaime Santos Briz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, p. 19.

223 DÍEZ-PICAZO, Luis. "El contenido de la relación obligatoria". En: *Anuario de Derecho Civil*. Tomo XVII, Madrid, 1964, p. 362.

224 Del mismo pensamiento: MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Volumen I, traducción de Ángel Martínez Sarrión, Editorial Bosch, Barcelona, 1995, p. 5.

225 GIORGIANNI, Michele. Voce: "Obbligazione (diritto privato)". En: *Novissimo Digesto Italiano*. Vol. XI, UTET, Turín, 1965, p. 583. Traducido y compilado por LEÓN HILARIO, Leysser. *Derecho de las relaciones obligatorias*. Jurista Editores, Lima, 2007, p. 89.

situaciones de hecho²²⁶. Y también que ha habido intentos nacionales por redefinir el concepto actual de la obligación²²⁷.

Dicha relación está compuesta, y de ello no existe en la actualidad discusión alguna, por el derecho de crédito y el deber jurídico, y que tiene como substancia o esencia no el hecho que esa atribuya a alguno la propiedad de una cosa o un derecho real, sino en el hecho de que esa crea a cargo de un sujeto un deber jurídico de dar, hacer o no hacer respecto de otro sujeto²²⁸. “Por tanto, sobre este perfil las obligaciones deben ser diversas de los deberes sociales, nacidos, por ejemplo, por relaciones de cortesía, los cuales están vinculados exclusivamente en el plano social y no son susceptibles de ejecución forzada por parte del ordenamiento”²²⁹.

Debido a su vinculación con el objeto de estudio en la presente tesis, nos enfocaremos en el derecho de crédito.

El derecho de crédito se define como una situación jurídica de ventaja activa, una facultad de obrar concedida a los sujetos para la satisfacción de un interés propio que se configura como una pretensión sobre cierta conducta; es decir, como la posibilidad de exigir un comportamiento y no como un poder sobre la misma, ni mucho menos sobre un bien²³⁰ debido a que el acreedor no puede satisfacer su interés sino recurriendo a la cooperación adecuada de otro sujeto-deudor el cual mediante la ejecución exacta de cierta conducta, le permitirá al acreedor obtener lo que necesita; por ello entra en la categoría de derechos relativos²³¹.

226 Ver más al respecto, desde el punto de vista histórico: HATTENHANER, Hans. “La relación obligatoria”. En: AA.VV. *Conceptos Fundamentales del Derecho Civil*. Editorial Ariel, Barcelona, 1987, pp. 47-64.

227 Ver por todos: FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. “La obligación: apuntes para una dogmática jurídica del concepto”. En: *Themis*. N°s 27-28, PUCP, Lima, 1994, pp. 41-56.

228 CANNATA, Carlo Augusto. “Le Obbligazioni in Generale”. En: *Trattato di Diritto Privato*. Obbligazioni I, Volumen 9, diretto da Pietro Rescigno, UTET, Torino, 1990, p. 17.

229 GALLO, Paolo. “Las Obligaciones”. En: *Observatorio de Derecho Civil, Las Obligaciones*. Volumen VII, Motivensa, Lima, 2010, p. 63.

230 CASTRO TRIGOSO, Nelwin. “¿El contrato solo crea obligaciones? A propósito de los trabajos de reforma del Código Civil”. En: *Cathedra*. Discere Iure et Facto, Año V, N°s 8-9, Lima, 2002, p. 214.

231 El derecho de crédito presenta tres características:

1. Debido a que se trata de modificar materialmente la realidad y por consiguiente, de incidir sobre el patrimonio ajeno, la situación pasiva no consiste en un genérico deber de abstención, como en el caso de derechos absolutos, sino en un específico deber de cooperación, técnicamente denominado deber. Sin el cumplimiento del deber no se puede siquiera imaginar la satisfacción del derecho o conseguir un bien que no se tiene, hechos siempre protegidos, en caso de incumplimiento, por los remedios jurisdiccionales de carácter ejecutivo

Además sería la base de la tutela aquiliana del crédito, en el sentido de que “el derecho de crédito va tutelado también respecto de terceros que puedan apunto comprometer la realización, determinando la extinción o impidiendo de hecho al deudor de cumplir”²³².

Por otro lado, tenemos a relaciones jurídicas patrimoniales compuesta por la expectativa, que también es una situación jurídica de ventaja pero inactiva, que se caracteriza como “una posición de interés inicial (o si se prefiere, *in fieri*), jurídicamente reconocido como tal, pero con miras a su evolución posterior hacia una situación final (derecho subjetivo). Así se perfila la existencia de una situación típica de ventaja, cuya nota peculiar consiste; sin embargo, en la inactividad esencial, y que, a diferencia del derecho subjetivo, no le permite al titular la realización del interés presupuesto por medio de un comportamiento propio exclusivo o, como en el crédito, con la mediación de un comportamiento ajeno. Su satisfacción depende de un evento (futuro y eventualmente incierto en cuanto al sí o al cuando de su ocurrencia, o a lo uno y lo otro) que –consista en un hecho natural o en uno humano (o, en últimas, en un comportamiento del propio titular de la expectativa)– es siempre un factor externo con respecto a la estructura interna de la situación”²³³.

Pero no toda expectativa es jurídicamente relevante y por ello protegida por la acción pauliana. Al respecto, se distingue entre expectativa de derecho (o legítima) y expectativa de hecho. Solo la primera es tutelable, desde el momento en que solo en dicho caso la *fattispecie* productiva de efectos de derecho ya se ha desarrollado en sus primeros elementos. Y es precisamente este evento el que justifica la intervención

(ejecución forzada en forma específica y por equivalente se trata, pues, de una situación instrumental a diferencia de la que se realiza en presencia de los derechos absolutos la cual es final).

2. Precisamente porque el deber de cooperación no puede ser impuesto a un sujeto determinado (el concertista, por ejemplo) es que estamos en presencia de un deber específico y no ya de un deber impuesto a la generalidad.

3. Finalmente, el derecho de crédito tiene un contenido positivo y limitado, debido a que por un lado, él mismo atribuye al acreedor el solo poder de pretender al cumplimiento de la prestación pactada (por ejemplo: la ejecución musical), de tal modo que la única facultad concedida es la de exigir la prestación y esto se realiza al hacer valer la pretensión en las relaciones con el deudor; por otro lado, el contenido de la obligación es siempre de carácter positivo y nunca consiste en una mera abstención (Tomado de: GAZZONI, Francesco. *Manuale di Diritto Privato*. Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1999, pp. 62-63).

232 DI MAJO, Adolfo. *Obbligazione I) teoria generale*. Enciclopedia del Diritto, Vol. XXVII, Giuffrè Editore, Milano, 1977, p. 3.

233 BIGLIAZZI, Lina; BRECCIA, Umberto; NATOLI, Ugo; BUSNELLI, Francesco. *Derecho Civil*. Tomo I, Volumen I, Normas, sujetos y relación jurídica. Ob. cit., p. 421.

del ordenamiento jurídico dirigido a garantizar la posibilidad de que se verifiquen los ulteriores elementos de la *fattispecie*²³⁴. Se agrega diciendo que “se presenta cuando la posición del titular es protegida por la ley, que ofrece remedios contra determinados eventos, capaces de frustrarla y de impedir su transformación en un derecho pleno”²³⁵.

En caso de la relación obligatoria, debe estar basada en un título auténtico, y no ser una “obligación natural”²³⁶ y tener las debidas condiciones de validez²³⁷, tanto de la fuente de la obligación como los elementos de la misma, claro que ello se tendrá que demostrar dentro del proceso, como presupuesto de la acción. Es necesario que el nacimiento de la obligación tenga fecha cierta para poder aplicar las reglas sobre actos de disposición anterior o después de la obligación.

Hay que hacer una aclaración sobre este punto, nuestro Código Civil señala en la primera parte del artículo 195 que:

“El acreedor, aunque el crédito esté sujeto a condición o a plazo, puede pedir que se declaren ineficaces respecto de él (...)”.

Respecto a ello, se tiene que señalar que no existe derecho de crédito sujeto a condición o a plazo, sino negocio jurídico sujeto a condición o a plazo, lo que conlleva que sea ineficaz hasta cumplida la condición [suspensiva], que puede ser constituido “así como por un acto jurídico en sentido estricto, también eventualmente por un comportamiento humano, sea de un tercero, sea de una de las partes del negocio: solo en que este último caso se habla de condición potestativa, mientras en todas las otras hipótesis la condición es definida como causal”²³⁸.

234 GAZZONI, Francesco. Ob. cit., p. 70.

235 ROPPO, Vincenzo. *Istituzioni di Diritto Privato*. 4ª Edizione, Monduzzi, Bologna, 2001, p. 53. Traducido y compilado por LEÓN HILARIO, Leysser. *Derecho de las relaciones obligatorias*. Jurista Editores, Lima, 2007, p. 50.

236 Son aquellas cuyo “pago” no se puede exigir, más sí retener cuando el mismo haya sido efectuado de manera voluntaria y consciente por el deudor. Las obligaciones naturales no pueden ser consideradas obligaciones o en general relaciones jurídicas, pero esto no implica desconocer su “trascendencia jurídica”. (Tomado de: ESCOBAR ROZAS. Ob. cit., p. 63). De la misma opinión: DE RUGGIERO, Roberto y MAROI, Fulvio. *Istituzioni di Diritto Privato*. Volumen II, Casa Editrice Giuseppe Principato, Milano, 1947, p. 8.

237 También incluye la de condición de ser anterior al acto dispositivo: DE CASTRO y BRAVO, Federico. *La Acción pauliana y la responsabilidad patrimonial*. Ob. cit., p. 210. Señala que el caso de enajenación realizada para defraudar a acreedores futuros, no cabe la acción revocatoria, sino sería un supuesto de quiebra.

238 PETRELLI, Gaetano. *La condizione “elemento essenziale” del negozio giuridico*. Teoría generale e profili applicativi, Giuffrè Editore, Milano, 2000, p. 417.

Por tanto, al ser ineficaz no hay crédito ni débito, si estamos hablando de un negocio jurídico que producirá efectos obligatorios, y esa es la interpretación que debe darse al citado artículo.

Cabe anotar que tienen la condición de acreedores también los legatarios del difunto que se convierten en tales por efecto de la aceptación, siendo el deudor el heredero, (salvo que renuncie a ello, decisión que los acreedores no pueden impugnar, por lo que quedan sujetos a ello).

Supuestos tutelables mediante acción revocatoria en nuestro ordenamiento jurídico:

- Negocios jurídicos sometidos sus efectos obligatorios a plazo o condición resolutoria.- No cabe duda de que estamos ante la existencia de un derecho de crédito, por tanto, el acreedor puede, en su caso, ejecutar la acción pauliana. Cuando el código habla de condición, pareciera incluir tanto a la suspensiva como resolutoria pero en realidad tuvo la intención de referirse solo a la primera. Y ello porque en la segunda no hay ninguna duda de que haya obligaciones, por lo que no había necesidad de reforzar la idea.
- Negocios jurídicos sometidos sus efectos a condición suspensiva.- Hay que considerar que la obligación sometida a condición suspensiva no es todavía una verdadera obligación, es una mera expectativa de derecho, que según el artículo 195 del Código Civil, también es plausible de protección por la acción revocatoria.

En efecto, ello es prueba, desde el punto de vista legislativo, que la acción pauliana no es sinónimo de fraude a los acreedores, ya que se aplica en supuestos en que el titular no tiene el status de acreedor, sino una expectativa de serlo.

Se señala que el efecto de la acción pauliana (que lo veremos más detenidamente en unas líneas adelante) es declarar ineficaz relativa y parcialmente un acto de disposición del deudor frente al acreedor, y no que este se cobre ya su crédito con los bienes sujetos a la acción pauliana, porque, si así fuera, estaríamos en el escenario de un pago indebido de acuerdo a lo estipulado en

el artículo 180. Ello ha llevado a cierta doctrina a considerar que no puede proceder la acción pauliana en créditos sometidos a condición suspensiva²³⁹. Sin embargo, debemos analizar dichas *fattispecie*: una vez efectuada la impugnación del acto de disposición siendo inoponible para el acreedor impugnante, en caso que la condición se cumpla, estaríamos frente a una relación obligatoria y con ello se reforzaría la justificación de emplear la acción pauliana, en el sentido de proteger los intereses del acreedor para la satisfacción de su crédito en una posible ejecución forzada.

En caso que la condición no se cumpla, no surgiría una relación obligatoria, en consecuencia, la inoponibilidad ganada por la acción pauliana, perdería su justificación, por tanto dejaría de existir al no haber un interés crediticio que tutelar. Y como estamos frente a una inoponibilidad y no a una revocación del acto y tampoco que el futuro posible acreedor se haya servido de los bienes o derechos materia de impugnación, no existe la figura del pago indebido²⁴⁰; es decir, el que pudo ser deudor no puede exigir nada al que pudo ser su acreedor porque no ha obtenido una ventaja económica con la acción sino una herramienta que pudo haber servido en una ejecución forzada que nunca existirá, ergo no ha habido una transferencia patrimonial indebida susceptible de repetición. Tampoco cabe por tanto, un enriquecimiento sin causa. De igual manera, como los efectos son más de cambios jurídicos que de cambios reales, porque la inoponibilidad no afecta en nada la relación entre el deudor y el tercero, no cabe invocación a una responsabilidad extracontractual, ya que no hubo daño a dicha relación.

239 DE CASTRO y BRAVO, Federico. Ob. cit., p. 212. El fundamento en nuestra legislación la encontraríamos en el artículo 180 de nuestro Código Civil: Derecho de repetición por pago anticipado:

“El deudor que pagó antes del vencimiento del plazo suspensivo no puede repetir lo pagado. Pero, si pagó por ignorancia del plazo, tiene derecho a la repetición”.

240 Sobre todo a un pago indebido sin error del deudor, ya que ocurre por mera voluntad del acreedor. Sobre el análisis del error como elemento del denominado “pago indebido”, permítaseme remitir a: ROCA MENDOZA, Oreste Gherson: “La enajenación del bien recibido como pago indebido de mala fe”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 164, Gaceta Jurídica, Lima, julio, 2007, pp. 70-74. En sede extranjera, MOSCATI, Enrico. *Fonti legali e fonti <private> delle obbligazioni*. Cedam, Padova, 1999, pp. 39-62.

En efecto, haya o no haya inoponibilidad el tercero no queda afectado en lo más mínimo, por los efectos relativos de la acción pauliana; así sus derechos crediticios o de otra especie no quedan mellados de ninguna manera.

En conclusión, el presupuesto para el ejercicio legítimo de la acción pauliana es alegar tener una relación jurídica patrimonial, por ejemplo, en caso de ser acreedor, acreditar tener un crédito sea exigible o no, eventual (en caso del fiador, avalista, obligado de regreso cambiario, de un codeudor solidario, etc.), aunque tenemos las dudas respecto a créditos ilíquidos ya que al no haberse determinado el monto adeudado no podríamos saber si el acto del deudor le es perjudicial al acreedor.

En caso de créditos litigiosos (se cuestiona la existencia del crédito) no podría cumplir con el presupuesto de la acción pauliana ya que, no podría acreditar la existencia de la misma, sin antes pasar por un proceso previo al proceso mismo de la acción pauliana²⁴¹. Una vez probada la existencia, podrá ejercer la acción pauliana, y de paso ahorrar al juez el análisis de su existencia, ya que ha quedado demostrada la misma con la sentencia favorable.

Por último, cierto sector de la doctrina internacional y nacional señala que la existencia de la relación jurídica (refiriéndose específicamente a la relación obligatoria) más que un presupuesto de la acción pauliana es un presupuesto de la acción, constituyendo la cualidad de acreedor un requisito esencial de la legitimación para obrar en sede judicial a fin de solicitar la ineficacia²⁴².

Al respecto, hay que señalar que es correcto que para poder entablar un proceso se debe contar con legitimidad para obrar; en el cual debe coincidir, la relación jurídica sustancial, con la

241 Conforme: NATOLI, Ugo. "Azione revocatoria". Ob. cit., p. 892. BIGLIAZZI-GERI, Lina. "Revocatoria (azione)". En: *Enciclopedia giuridica*. XXVII, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1991, p. 3. En sede nacional: ARIANO DEHO, Eugenia. Ob. cit., p. 165.

242 D'ERCOLE, Stefano. Ob. cit., p. 147; ESPICHÁN MARIÑAS, Miguel. Ob. cit., p. 109.

relación jurídica procesal, lo que conlleva necesariamente a probar la existencia de dicha relación.

Sin embargo, probar la existencia de la relación jurídica basta para el presupuesto de acción pero no basta para acreditar el presupuesto de la acción pauliana, ya que en ella no solo se debe analizar la existencia sino además ciertas características adicionales vinculadas con los elementos propios de la acción pauliana (*eventus damnis y consilium fraudis*).

Por ejemplo, si A tiene una obligación con B, cuando este efectúe la iniciación de un proceso judicial, tendrá que acreditar dicha obligación. Pero si quiere específicamente iniciar un proceso judicial ejerciendo la acción pauliana, deberá acreditar una relación jurídica “especial”, que el juez evaluará, más que su existencia, si cumple con el supuesto de hecho por el cual opera la acción pauliana, así no toda relación jurídica será tomada en cuenta, en sede de acción sí, pero en sede de acción pauliana no. En consecuencia, se analiza la relación jurídica desde dos puntos de vista: como presupuesto de la acción procesal y como presupuesto de la acción pauliana.

Cabe anotar además, que no solo se protege créditos quirografarios²⁴³, es decir, cuando el mismo no goza de ninguna preferencia para ser pagado, con relación a otros créditos, sino también a las obligaciones garantizadas en la parte que no es cubierta con una garantía personal o real.

2. Elemento (un acto que beneficia a un tercero)

La situación que es materia de impugnación es el acto cuyos efectos serán el objeto de la acción pauliana. Puede ser hecha por negocios jurídicos o incluso por actos jurídicos en sentido estricto. En efecto, el acto de disposición puede ser cualquiera que se desprenda de los derechos de propiedad o de posesión, que siendo un término genérico, incluye

243 ROMERO MONTES, Francisco Javier. *Curso del Acto Jurídico*. Editorial y Librería Portocarrero, Lima, 2003, p. 220, quien indica que solo el acreedor quirografario o común goza del derecho de impugnar mediante la acción pauliana.

a actos traslativos (enajenación), dar en garantía, renuncia, donación, asunción de deudas (aunque cierto sector de la doctrina lo excluye como acto impugnabile ya que aumenta el pasivo pero no reduce el activo²⁴⁴), entre otros.

Nuestro Código Civil no señala, siendo su estilo en su forma de regulación, que dichos actos deban ser válidos, aunque es obvio que tengan que serlos; y todo acto válido es susceptible de que sea objeto de nulidad o anulabilidad, pero hasta que no ocurra, todo acto es per se válido salvo que sea cuestionado a nivel judicial o que haya una sentencia que lo invalide. Lo que implica que en el fondo el acto cuestionado con la acción pauliana puede ser válido o inválido, pero no importa si es que no hay un fallo judicial de por medio.

Como se ha mencionado, este acto puede ser válido o no. Si cabe en el negocio la nulidad; por ejemplo, en un negocio jurídico con simulación absoluta, el acreedor tendría dos opciones para proteger su crédito, su elección dependerá de cual le resulta más conveniente.

Así, podrá solicitar la nulidad del negocio jurídico simulado (artículo 219, inciso 5), teniendo legitimidad el acreedor para accionar debido a intereses de orden público trayendo como consecuencia que ese acto de disposición nunca ocurrió por lo que los bienes que hubiere entregado su deudor al adquirente vuelven al patrimonio de este, pero no le convendría si su deudor tuviese otros acreedores ya que también se podrían cobrar con esos bienes, llegando al riesgo de concursar con otros créditos y en el peor de los casos claudicar ante créditos de mayor rango. Una mejor opción sería entablar una acción pauliana sobre ese negocio para que sea ineficaz frente a él y poder cobrarse el solo con esos bienes ya que para los demás acreedores sí habría ocurrido esa disposición patrimonial y no podrían cobrarse sobre la base de esos bienes.

244 LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. "Apuntes para una distinta aproximación a la acción pauliana". En: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Mayo, 1984, p. 485. Sin embargo, esta posición no puede ser compartida ya que el fin de la acción pauliana es que el patrimonio de la parte vinculada (Ej. deudor) tenga la capacidad para satisfacer el interés de la contraparte, capacidad que es mermada por la asunción de deudas, que disminuye la posibilidad de cumplimiento del contrato.

Estos actos de disposición pueden ser a título gratuito o a título oneroso²⁴⁵, sea en forma de gravamen sobre el patrimonio del deudor, donación, compraventa, donación, establecer cargas sobre el bien que disminuya su valor, creación de deudas. Respecto del tercero, a cuyo favor se celebró el negocio jurídico tiene este que haberle aportado una ventaja, una mayor valoración del propio patrimonio, ya que no siempre un acto de disposición no será a costa y en desventaja del patrimonio del deudor. En síntesis, actos de disposición “son todos los actos de la contraparte que comportan una modificación sustancial, jurídica o económica de sus bienes”²⁴⁶. Lo que indica que no se debe ser muy riguroso cuando se califica un acto de autonomía privada; es decir, el acto impugnado no debe calzar en una concepción irrestricta del acto de disposición. Y a ello me refiero cuando los actos que perjudican los intereses de la contraparte pueden ser catalogados como actos de administración.

En efecto, si seguimos una clásica distinción²⁴⁷ los actos de administración son “actos cuya principal finalidad consiste en la conservación del patrimonio administrado; mientras que aquellos de disposición son aquellos que influyen directamente en el patrimonio de una persona para modificarlo, sea aumentándolo o disminuyéndolo o sustituyéndolo”²⁴⁸.

Al respecto, en la práctica no resulta tarea fácil precisar en ocasiones si un determinado acto corresponde a la categoría de los actos de administración o por el contrario a la de disposición, además todo acto de disposición implica en la mayoría de veces, actos de administración de menor escala necesarios para llevar a cabo tales actos de disposición²⁴⁹.

245 Clásica distinción ampliamente compartida por la doctrina, según indica: FERRI, Giovanni Battista. “El Negocio Jurídico”. En: AA.VV. *Teoría General del Negocio Jurídico*. Cuatro estudios fundamentales, traducción y edición al cuidado de Leysser León Hilario, Ara Editores, Lima, 2001, p. 243.

246 NICOLO, Rosario. Ob. cit., p. 226.

247 Que nuestro código recoge cuando regula que el poder general es para actos de administración y el poder especial es para determinados actos conferidos (artículo 155 del Código Civil).

248 PRIORI POSADA, Giovanni. “Comentario al artículo 155”. En: AA.VV. *Código Civil Comentado*. Tomo I, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 511.

249 En ese sentido también FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan. Ob. cit., pp. 165-167, que no excluye los actos de administración del ámbito de actos susceptibles de ser impugnados por la acción pauliana.

Dicha distinción “aparentemente” no es relevante para nuestro sistema jurídico sobre acción pauliana, ya que nuestro Código Civil no hace referencia a un tipo de acto de autonomía privada en particular, diferente a la legislación italiana²⁵⁰. Por lo tanto, podría entenderse que en nuestro orden jurídico los actos impugnables pueden ser actos de disposición u actos de administración o cualquier acto de la persona. Sin embargo, no debe entenderse de esa manera, con base en los fundamentos dados por autores italianos como D’Ercole y Bigliuzzi Geri que consideran que los actos de administración son conservativos y, por tanto, no pueden ocasionar empobrecimiento del patrimonio del deudor; ni, en consecuencia, perjuicio al acreedor. En ese sentido, aun cuando nuestro Código Civil se refiera a actos del deudor, debe entenderse que se refiere a actos de disposición y no a actos de administración, porque justamente los últimos, por su propia definición, no producen una entrada o salida del patrimonio del deudor, existiendo entonces una regulación tácita en el Perú y una regulación expresa en Italia sobre la característica que debe tener el acto del deudor.

Dentro de los actos de disposición encontramos a los actos de enajenación que, clásicamente, se han definido como disminución voluntaria del propio patrimonio a favor de una persona determinada, formado, por lo tanto, por dos conceptos: disminución del propio patrimonio a favor de otro, y una manifestación de voluntad encaminada a tal fin²⁵¹.

Un concepto amplio de enajenación puede entrar también la renuncia, que no es más que la pérdida voluntaria de un derecho, ya que toda enajenación, al importar dicha pérdida para el enajenante, implica por eso una renuncia, aunque, en sentido estricto, difiere de la enajenación,

250 Lo que sí ocurría en el texto original de nuestro Código Civil que señalaba expresamente que solo se podía ejercer la acción pauliana en actos de disposición:

Artículo 195.- El acreedor, aun cuando el crédito esté sujeto a condición o a plazo, puede pedir que se declaren ineficaces respecto de él los actos de disposición del patrimonio por los cuales el deudor origine perjuicio a su derecho, cuando concurren las condiciones siguientes:

1. Que el deudor tenga conocimiento del perjuicio que el acto origina a los derechos del acreedor o, tratándose de acto anterior al nacimiento del crédito, que el acto esté dolosamente preordenado a fin de perjudicar la satisfacción del futuro crédito.
2. Que, además, tratándose de actos a título oneroso, el tercero tenga conocimiento del perjuicio causado a los derechos del acreedor, y, en el caso del acto anterior al nacimiento del crédito, que haya conocido la preordenación dolosa.

251 Tomado de COVIELLO, Nicola. *Doctrina General del Derecho Civil*. Traducción de la cuarta edición italiana, Unión Tipográfica Editorial Hispano - Americana, México, 1938, p. 348.

porque mientras esta importa una pérdida para una de las partes y una adquisición de un derecho para la otra, de modo que entre la pérdida y adquisición hay una relación de causalidad, la renuncia en cambio envuelve la extinción de un derecho, o un impedimento para que este nazca, sin ser la causa de una adquisición a favor de otra persona, concebida por ello como un negocio jurídico unilateral, ya que para producir el simple efecto de la pérdida de un derecho, no puede exigirse otra voluntad que la del sujeto²⁵².

Nuestro ordenamiento jurídico hace una distinción en la regulación cuando se trata de actos (sea actos de disposición o actos de administración) a título gratuito u oneroso:

2.1. Actos a favor de terceros realizados a título gratuito

El artículo 195 del Código Civil establece que:

“El acreedor, aunque el crédito esté sujeto a condición o a plazo, puede pedir que se declaren ineficaces respecto de él los actos gratuitos del deudor por los que renuncie a derechos o con los que disminuya su patrimonio conocido y perjudiquen el cobro del crédito. Se presume la existencia de perjuicio cuando del acto del deudor resulta la imposibilidad de pagar íntegramente la prestación debida, o se dificulta la posibilidad de cobro”.

Al respecto, la citada norma no distingue que el acto sea anterior o posterior al crédito, siendo una norma básica que abarca todas las impugnaciones vía acción pauliana a actos a título gratuito²⁵³, por lo que el impugnante no tiene que acreditar la preexistencia del crédito a la fecha de la disposición del bien. Por lo que en estos casos solo se analizaría los requisitos²⁵⁴.

252 *Ibíd.*, pp. 349-351.

253 ESPICHÁN MARIÑAS, Miguel. *Ob. cit.*, p. 110; MESINAS MONTERO, Federico. “La acción pauliana frente a los actos de disposición anteriores al crédito”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 96, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre, 2001, p. 67.

254 Distinto a la normativa mexicana que aún en actos gratuitos, debe ser posteriores al crédito del acreedor demandante: BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. *Obligaciones civiles*. 3ª edición, Harla, México, 1984, p. 346.

Lo señala igualmente la Casación N° 1587-2005-Loreto, en la cual señala que “la precitada norma [195 del Código Civil] no distingue que el acto sea anterior o posterior al crédito, tratándose, como ocurre en el presente caso, de actos de disposición a título gratuito”.

De similar modo, la Casación N° 1364-2000-Lima, señala que “(...) conforme a la norma contenida en el artículo ciento noventicinco del Código Civil y la doctrina, los actos que pueden ser objeto de la acción revocatoria o pauliana son todos aquellos de disposición o afectación patrimonial sin importar que hayan sido otorgados a título oneroso o gratuito, se trata en consecuencia de reconstruir el patrimonio del deudor que ha perjudicado a sus acreedores sea ya como obligados principales o fiadores solidarios como ocurre en el presente caso (...)”.

Respecto al mismo, queda en primer lugar demostrado que los actos pueden ser de disposición o cualquier afectación patrimonial. Por otro lado, se aprecia que nuestra judicatura implícitamente supone que el fin es reconstruir el patrimonio del deudor, lo que no es del todo cierto, ya que podemos completar la idea de que se reintegrará el patrimonio del sujeto hasta la medida necesaria para que el derecho de la contraparte esté protegido, ello a su carácter de ineficacia relativa, y no revocatoria.

Dicho acto a favor del deudor hace que nazca una relación jurídica patrimonial entre él y el tercero que será objeto de modificación por el acto impugnativo de la parte afectada en la otra relación jurídica patrimonial previamente nacida y que resulta afectada por el acto de disposición o de administración del deudor.

Aquí hay que hacer una anotación, se está hablando de una relación entre acreedor y deudor, lo que significa que se está ante una relación obligatoria; sin embargo, la regulación no se encuentra en el libro de obligaciones de nuestro Código Civil, sino en el libro de acto jurídico -rectius negocio jurídico- ¿por qué?, en verdad no hay ninguna justificación para ello, es una mala técnica de regulación que no es corregida ni advertida en los manuales²⁵⁵ que tratan de explicar esta figura

255 Tanto así que una sumilla, totalmente errada, se mantenía en varias editoras como acción oblicua respecto al artículo 199 del Código Civil, que es como se llama a la acción subrogatoria.

eminentemente relacionada con la tutela de derechos, que debería obrar en un título aparte, o al menos como efectos de las obligaciones; sin embargo, lo colocaron en la supuesta “parte general del Código Civil”, siendo una *fattispecie* muy específica y que no tiene un alcance general, sino todo lo contrario, restrictivo aplicable solo en una vulneración o posible lesión de los derechos, de un sujeto dentro de una relación jurídica patrimonial, que la parte regulada la circunscribe a las relaciones obligatorias.

En consecuencia, un inmediato cambio sería crear un libro sobre tutela de derechos donde se ubique este mecanismo de tutela, y no en la parte del negocio jurídico, que por cierto, no tiene nada que ver con él directamente.

2.2. Actos a favor de terceros realizados a título oneroso

Los siguientes párrafos del artículo 195 del Código Civil establecen que:

“Tratándose de acto a título oneroso deben concurrir, además, los siguientes requisitos:

1. Si el crédito es anterior al acto de disminución patrimonial, que el tercero haya tenido conocimiento del perjuicio a los derechos del acreedor o que, según las circunstancias, haya estado en razonable situación de conocer o de no ignorarlos y el perjuicio eventual de los mismos.
2. Si el acto cuya ineficacia se solicita fuera anterior al surgimiento del crédito, que el deudor y el tercero lo hubiesen celebrado con el propósito de perjudicar la satisfacción del crédito del futuro acreedor. Se presume dicha intención en el deudor cuando ha dispuesto de bienes de cuya existencia había informado por escrito al futuro acreedor. Se presume la intención del tercero cuando conocía o estaba en aptitud de conocer el futuro crédito y que el deudor carece de otros bienes registrados.

Incumbe al acreedor la prueba sobre la existencia del crédito y, en su caso, la concurrencia de los requisitos indicados en los incisos 1 y 2 de este artículo. Corresponde al deudor y al tercero la carga de

la prueba sobre la inexistencia del perjuicio, o sobre la existencia de bienes libres suficientes para garantizar la satisfacción del crédito”.

Cuando se trata de actos a título oneroso, se hace la distinción entre créditos antes y después del acto de disminución patrimonial sean cuantitativa o cualitativamente, porque les dan una regulación particular a cada uno de ellos, a diferencia de los actos a título gratuito que les da una regulación igual para los dos supuestos.

En consecuencia, “los actos que pueden ser objeto de impugnación pauliana solo pueden ser aquellos que tengan consecuencias patrimoniales, aquellos actos que tengan por objeto o afecten a elementos del patrimonio del deudor susceptibles de ejecución por el acreedor para la realización de su crédito”²⁵⁶. En dicho sentido dichos actos pueden referirse a disminuir el número de bienes (en sentido amplio; es decir, cosas, derechos, etc.) que el acreedor puede ejecutar, o aquellos que sin implicar disminución de bienes, comporta disminución del valor de los mismos.

¿Por qué se da una distinción cuando estamos ante actos a título gratuito y actos a título oneroso? Esto se debe a que en el primer caso hay salida de patrimonio del deudor que no se ve compensada con la entrada de otro, lo que conlleva a deducir que existe una innegable disminución patrimonial, sin requerir a pruebas extras; lo único que se tendría que analizar si dicha disminución afecta la satisfacción de los intereses de la contraparte en un posible proceso de ejecución forzada.

De ahí que no es necesario hacer distinciones en los supuestos de actos a título gratuito, mas sí cuando estamos en actos a título oneroso, porque también pueden ser perjudiciales, y no solo cuando la contraprestación que ingresa en el patrimonio del deudor sea de menor valor, sino también cuando lo recibido es un bien de igual valor pero que escape de la ejecución por la alguna circunstancia o de fácil ocultación (Ej. Dinero, que es un bien fácilmente ocultable o distraíble), de modo que la realización del interés de la contraparte queda obstaculizada o “cuyo

256 FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio. Ob. cit., p. 168.

verdadero valor para el acreedor, teniendo en cuenta que va a ser ejecutado en pública subasta, es menor”²⁵⁷.

Lo señalado es lo que discrepa entre actos gratuitos y onerosos y no la existencia de fraude o no, ya que dicho elemento subjetivo puede no estar en los actos onerosos, por presumirse (que al fin al cabo es como si no estuviera), o tener en cuenta solo el conocimiento del acto.

Estos regímenes distintos tienen importancia en la calificación del acto como gratuito u oneroso, lo cual no resulta fácil en algunos casos de negocios jurídicos, como la constitución de una fianza o ser aval en garantía de deuda ajena y respecto de la hipoteca y/o de la garantía mobiliaria.

Ello se debe a que la constitución de garantías crea un efecto en un solo lado, sin una contraprestación; ello se basa en que frente a una situación de solvencia económica de una persona, para garantizar el cumplimiento del programa contractual a comprometerse y no tener bienes para garantizar recurre a un tercero para que con sus bienes garantice sus deudas, y sería absurdo que dicho tercero le cobre por ello, ya que es porque no tiene solvencia por lo que recurre a él. Es por ello, que en la realidad, el tercero garantizado tiene un vínculo con la persona que lo garantiza, basado en la confianza, más que en un relación patrimonial donde exista alguna contraprestación, por lo que la constitución de garantías por deuda ajena debe ser considerada como actos de disposición a título gratuito, salvo que se demuestre que ha habido una contraprestación, dicha constitución debe tomarse como gratuita.

Sin embargo, nuestro Código Civil y sus comentaristas tienen una visión distinta de cómo tomar dicho supuesto. Así tenemos que el artículo 196 señala que:

257 FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio. Ob. cit., p. 186. Quien señala que gracias a la teoría del “peggiamento cualitativo” (con antecedentes en la teoría francesa, tales como DEMOLOMBE y AUBRY/RAU, cuando ponían el ejemplo de la venta a justo precio realizada con el objeto de sustraer el inmueble a la ejecución del acreedor, y desarrollado por la doctrina italiana como COSATTINI y MAFFEI ALBERTI) la venta de bienes por dinero también es acto impugnabile, y ello puede ser aplicado a nivel nacional ya que el código habla de disminución patrimonial y ello se puede dar de manera cuantitativa y cualitativa, además que no descarta la idea de que los actos onerosos también pueden perjudicar los intereses de la parte perjudicada.

“Para los efectos del artículo 195, se considera que las garantías, aún por deudas ajenas, son actos a título oneroso si ellas son anteriores o simultáneas con el crédito garantizado”.

En dicha norma, no se distingue si se trata de garantías reales o personales, por lo que abarcaría los dos supuestos, aunque cierto sector de la doctrina como Lohmann Luca de Tena señala que una conclusión razonable conllevaría a que no le alcanzaría a garantías personales, “porque la ley no prohíbe asumir nuevas deudas, menos aún potenciales como son las que deriva del aval o de la fianza”²⁵⁸.

Sin embargo, discrepamos de dicha posición, porque la norma no hace distinción entre garantías, como en todo el articulado referente a la acción pauliana, además que no existe una razón justificada para excluir a las garantías personales, ya que al igual que una garantía real conlleva a una sujeción del patrimonio del deudor y su posible detrimento, solo que en este último el bien esta ya individualizado y seleccionado.

Asimismo, es cierto que la ley no prohíbe asumir deudas, pero en este caso no se está asumiendo deudas sino responder con el patrimonio del aval o fiador una deuda ajena, que es cosa muy distinta. En efecto, no existen deudas potencialmente a ser asumidas por el fiador o avalista, ya que en caso de incumplimiento del deudor garantizado, no conlleva a que los garantizantes asuman dicho deber (ejemplos más claros son cuando se tratan de prestaciones de hacer o no hacer, el garante no está obligado a efectuar dicha actividad), por tanto ese no es un fundamento válido para excluir a las garantías personales.

Ahora, según la normativa citada la garantía (real o personal) será tomada como acto de disposición o administración a título oneroso, cuando se haya otorgado antes o en forma simultánea a la celebración de un negocio jurídico con efectos obligatorios o cuando todavía no surten los efectos obligatorios, sea porque están suspendidos o cuando se hace referencia a garantizar obligaciones futuras o eventuales

258 LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El Negocio Jurídico*. Ob. cit., p. 433. Seguidamente señala su acuerdo en cuanto a las garantías reales, “pues si los bienes garantizados son ejecutados por el otro acreedor en cuyo favor fueron garantizados, quedarán excluidos del patrimonio general del deudor o quedarán con un valor restringido. En todo caso, el deudor que garantiza debe pensar en su acreedor antes que en otras personas”.

(permitido según el artículo 1104 del Código Civil, en caso de Hipoteca, y el numeral 3.4 del artículo 3 de la Ley N° 28677, Ley de Garantía Mobiliaria, en caso de Garantía Mobiliaria).

En caso de que se otorgara garantías a obligaciones de terceros ya existentes, serán tomadas como actos a título gratuito. Así está dispuesto en nuestra legislación; sin embargo, el punto que diferencia cuando un acto es oneroso o gratuito no puede depender de una cuestión legislativa, además, basado en *fattispecies* que no demuestran si un acto es oneroso o gratuito, en cuanto un acto es a título oneroso cuando implica un sacrificio patrimonial en una parte y como contrapartida va a recibir un beneficio; es decir, existe una ventaja en una y desventaja en la otra y viceversa, y es a título gratuito cuando una de las partes va a sacrificar una parte de su patrimonio a favor de la otra, sin recibir ninguna beneficio económico, definiciones totalmente consensuadas y pacíficas en doctrina, desde ya varias décadas atrás, señalándose que “los negocios jurídicos tienen carácter oneroso cuando el sacrificio de un sujeto tiene la contraprestación o equivalente en un beneficio. En otro caso, los negocios son gratuitos”²⁵⁹. Hay negocios que por su composición son onerosos (compraventa, permuta, el mutuo con interés, el arrendamiento, el contrato laboral) y otros son gratuitos (donación, testamento, comodato), pero hay otros como los de constitución de garantía que pueden ser onerosos o gratuitos, conforme a la existencia de un beneficio y sacrificio en relación de causalidad.

En consecuencia, si la constitución de garantía, sea personal o real no viene aparejada con un beneficio de parte del constituyente, debe ser considerado como acto a título gratuito, y no en función de si se constituyó antes o después de la existencia de la obligación.

Si se quiso aplicar las reglas del acto a título gratuito al supuesto de constitución de garantía después de la existencia de la obligación, se debió ampliar sus alcances a dicho supuesto, pero no en convertirlo en gratuito, porque se puede dar casos en que la constitución de garantía viene aparejada con una contraprestación y en ese supuesto no podemos decir que son gratuitos, contraviniendo de forma frontal con los conceptos básicos y la coherencia del Derecho.

259 CARIOTA FERRARA, Luigi. *El Negocio Jurídico*. Traducción de Manuel Albaladejo García, Editorial Aguilar, Madrid, 1956, p. 187.

Concluyo sobre este punto diciendo que lo más recomendable fue establecer que si se trata de constitución de garantía a título gratuito no importa si se constituyó antes, en simultáneo o después del crédito a garantizar, se aplica lo dispuesto a actos a título gratuito, y si se tratara de constitución de garantía a título oneroso, se aplican las reglas de actos a título oneroso, sin hacer distinción tampoco si se hizo antes, en simultáneo o después del crédito a garantizar, ya que de todos modos se está afectando el patrimonio de la parte con la que se efectuará la acción pauliana. El elemento tiempo cobra recién importancia en los mismos requisitos de la acción pauliana.

Asimismo, se puede apreciar una predominancia de los actos a título oneroso frente a los actos a título gratuito, no siendo protegidos siempre quien adquiere a causa gratuita ahondado más por añadirle la mala fe del adquirente que da falta de firmeza al título de adquisición. “Por la debilidad de la causa gratuita, la enajenación puede revocarse a fin de evitar la lesión del derecho de crédito”²⁶⁰. Es una decisión apriorística del Derecho, justificada por el argumento clásico de que “entre amparar un beneficio e impedir perjuicio, la ley debe optar por lo segundo”, aunque no haya ninguna intención de dañar.

3. Requisitos

Para que estemos en el escenario del supuesto de hecho para ejercer la acción pauliana se requiere ciertos requisitos en el acto de administración o disposición, elemento principal de la acción. Aquí, según la doctrina clásica, encontraremos por qué la acción pauliana se enmarca dentro del “fraude a los acreedores”.

3.1. Requisito objetivo: Perjuicio pauliano (*Eventus damnis*) (del daño al peligro del daño)

Desde el punto de vista legislativo y doctrinal tanto el Derecho antiguo y moderno en sus etapas iniciales afirmaban que para dar lugar al ejercicio de la acción pauliana no bastaba el *consilium fraudis* sino que

²⁶⁰ JÉREZ DELGADO, Carmen. *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos (la acción de rescisión por fraude de acreedores)*. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, p. 164.

también se requería el *effectus damnis: praeiudicium* y la razón es clara sin daño no hay razón para que el acreedor tenga que ejercer algún mecanismo de tutela.

Nuestra jurisprudencia se ha pronunciado señalando que “para que prospere la acción pauliana es necesario el presupuesto del perjuicio en el acreedor, esto es, que el acto de disposición produzca una disminución patrimonial que afecte la solvencia del deudor”²⁶¹.

Ello responde a la evolución a través de los siglos del instituto en referencia, siendo una figura central en la acción pauliana que genera el interés de ejercitar la “impugnación pauliana”. Considerado, en un primer momento desde los tiempos romanos como insolvencia absoluta del patrimonio del deudor, teniendo que probarse dicha insolvencia por parte del acreedor (a través de una ejecución forzada). Luego, fue transformado en insolvencia relativa tomando a la acción pauliana desligada de un previo procedimiento ejecutivo.

En efecto, una vez reconocida su existencia necesaria, en sus inicios recayó en la insolvencia absoluta, que consistía en la absoluta y definitiva insuficiencia del patrimonio del deudor de cumplir con sus deudas, y para probar ello era requisito la ejecución forzada del deudor, como paso previo para recién ejercer la acción pauliana sobre los actos anteriores del deudor, eligiendo aquel que lo llevó a la “bancarrota” para que pueda ser de nuevo solvente para satisfacer su crédito.

Luego, se creó la posibilidad de que la acción pauliana también se podía ejercer cuando hubiese sido presumible que se encuentra en tal estado; es decir, está en una insolvencia relativa, definida en la imposibilidad en que se encuentra el acreedor de lograr la satisfacción de su crédito, imposibilidad imputable al deudor de la disminución de la garantía patrimonial que deriva del acto de disposición, garantía patrimonial que es constitutivo de la propia relación obligacional²⁶². No se exige la insolvencia, porque entonces se debería realizar un proceso previo para declararlo en insolvencia y luego iniciar la acción pauliana. Aquí solo basta que por cualquier medio, se halle comprobada previamente

261 Casación N° 6173-98-Lima.

262 BETTI, Emilio. Ob. cit., p. 401.

esa situación. También que no se conozcan otros bienes libres del deudor, aunque estos pudieran existir.

Dicha evolución responde a evitar que el acreedor tenga que pasar por las dificultades de la prueba de la insolvencia del deudor, la cual exigía la exigibilidad del crédito y su incumplimiento, que al momento final de tener éxito, no cambia en nada la situación de perjuicio, sino que recién aquí puede ejercer la acción pauliana y batallar otra vez para una sentencia que le sea favorable y poder cambiar su situación perjudiciosa.

Es por ello, que se optó por evitar el ejercicio de dos procesos para lograr la ineficacia especial de la acción pauliana, además de que al evitar iniciar previamente un proceso de ejecución forzada, no tendría que el acreedor que probar la exigibilidad del crédito, presupuesto de la acción, por tanto, también un titular de un negocio jurídico con plazo o a condición podría ejercer la acción pauliana. Todo ello conllevó a que la acción pauliana consiguiera la característica conservativa (ya explicada líneas atrás) y ser tomada como medio de tutela preventiva del derecho de crédito, y ya no como una acción ligada al procedimiento ejecutivo.

Sin embargo, la perspectiva ha cambiado, en el sentido de que tanto la doctrina y la jurisprudencia (de manera consciente a nivel internacional, y de manera inconsciente a nivel nacional) sostiene que no solo el “daño” (perjuicio a la contraparte), sino el simple “peligro de daño” puede ser integrar el *eventus damnis*, en función de que es lo que afecta el acto dispositivo²⁶³. Esta teoría es relativamente reciente, y señalamos que no es una creación nuestra.

Cuando el acto haya causado un perjuicio pero luego el deudor por otros actos recupera su estado patrimonial (por circunstancias sobrevenidas) idóneo para satisfacer el crédito, ya no podría ejercitarse la acción pauliana, ya que el daño debe permanecer al momento de la impugnación del acto y ser nacido de él. Y si vuelve a caer en insuficiente por nuevos actos, entonces el ejercicio y efectos de la acción pauliana recaerían en ese acto, no más del primero.

²⁶³ Podemos encontrar una infinidad de fuentes respecto a esta posición (Nicolo, De Martini, Natoli, Bigliuzzi, D’Ercole, todos citados por Guastalla).

Eso nos lleva a señalar que es posible estar en la presencia de un perjuicio actual y el perjuicio causado por el acto que se quiere impugnar, teniendo que tener siempre el acreedor la posibilidad, en estos casos, para no ejercer varias veces la acción pauliana, de impugnar un acto, las vicisitudes posteriores que conlleven a una solvencia y una insolvencia nuevamente, deberán tenerse en cuenta, en el sentido de que tendría que impugnar por el acto último, en la cual no ha desaparecido el perjuicio pauliano.

Para saber cuándo estamos ante un *eventus damnis*; es decir, un perjuicio de características paulianas hay que analizar que el patrimonio de la contraparte sea cualitativamente idóneo a los intereses del acreedor, para poder saber si la contraparte cuenta con un patrimonio suficiente para satisfacer los intereses del acreedor en una futura ejecución forzada. Por ejemplo: En un contrato con efectos obligatorios, el deudor goza de un patrimonio con valor de \$ 100,000, suficientes para asumir el cumplimiento de un débito de \$ 80,000, cuantitativamente no hay perjuicio pauliano si realiza un acto de disposición de \$ 10,000. Sin embargo, si señalamos que \$ 80,000 de valor de patrimonio es idóneo para satisfacer los intereses del acreedor, en el sentido de que son identificables y no escondibles fácilmente, mientras tenemos \$ 20,000 en dinero, siendo por ello un bien inidóneo, en caso de que se disponga de venta de bienes muebles por \$ 10,000; es decir disminución de bienes inidóneos, entonces estamos ante un perjuicio pauliano, desde el punto de vista cualitativo, que da derecho potestativo a ejercer la acción pauliana.

Entonces, lo importante para saber cuándo un acto de la contraparte contractual ha disminuido su patrimonio de tal manera de producir un perjuicio a los intereses de la otra parte; es decir, la existencia de un perjuicio pauliano, no es sumar el valor de los bienes de la contraparte solamente (ver su aspecto cuantitativo), sino analizar que dichos bienes cualitativamente sean idóneos de afrontar el débito en etapa ejecutiva, esto es, que sean suficientes (ver su aspecto cualitativo).

Ahora analicemos primeramente, la falta de disponibilidad patrimonial de la parte comprometida en una relación contractual, por una insuficiencia cuantitativa. Aquí es evidente que el perjuicio, en este caso, sería *in re ipsa*: el patrimonio al no tener valor por no ser suficiente o no existir estaría por descontado que hay perjuicio pauliano.

En caso de que sí tenga un valor en forma cuantitativa y sea útil para la satisfacción del interés contractual de la contraparte, se tiene que valorar la suficiencia del patrimonio en relación con el valor a él atribuido con el interés tutelado. Por ejemplo, en una relación obligatoria, si el patrimonio de Fort, deudor de Jimmy, se reduce por un acto de enajenación, por debajo del valor del crédito que tiene Jimmy, los intereses crediticios de este último resultan estar, sin necesidad de ulterior indagación, seriamente comprometidos.

Este tipo de disminución patrimonial por tanto, no solo puede ser de tipo cuantitativo, sino que por causa del acto de la parte a cumplir, hace cambiar la composición del patrimonio que causaría frustración en los intereses de la contraparte perjudicada.

En efecto, la simple transformación de los bienes en otro que por su naturaleza complica la ejecución forzada, reflejaría la existencia de un perjuicio pauliano, lo que haría innecesaria la valuación del daño, siendo suficiente demostrar la peligrosidad del acto impugnado, en términos de una posible y eventual infructuosidad de la futura ejecución sobre los bienes de la parte comprometida²⁶⁴.

Tomar esta consideración como parte de la nueva definición del perjuicio pauliano es comprender no solo el análisis cuantitativo del patrimonio del deudor después del acto a impugnar, sino también su análisis cualitativo; es decir, si su patrimonio actual aún manifiesta la seguridad de no solo tener el monto suficiente para satisfacer los intereses de la parte perjudicada en una posible ejecución forzada, sino que permitirían que se efectúe sin mayores complicaciones o “sorpresas”.

Ya que también cabría la acción pauliana en actos que mantienen el patrimonio de la contraparte, pero frustran que se pueda satisfacer los intereses de la parte perjudicada mediante la ejecución forzada.

Repasando lo antes dicho, el *eventus damnis* o *perjuicio pauliano* no solo puede consistir en disminuir el patrimonio de la parte a cumplir, de

264 En ese sentido: D'ERCOLE, Stefano. *Ibidem*, p. 149. Quien cita a VASSALLI, Francesco. “Sulla revoca della vendita al giusto prezzo (Profili del danno e del nesso causale nella disciplina degli atti in frode ai creditori)”. En: *Giuridica Commentario*. Parte Prima, 1974, p. 292.

manera cuantitativa sino también de manera cualitativa, que imposibilite o dificulte la ejecución forzada, futura o eventual.

Ahora, se ha ido esbozando teorías respecto a qué evento dañoso es el que se identifica como perjuicio pauliano, siendo algunas de ellas las siguientes:

- a) **Peligro de daño.**- El riesgo que el resultado de la ejecución forzada se revele insuficiente a satisfacer los intereses del acreedor por los actos de la parte a cumplir constituiría un peligro de daño que se tiene que evitar, y el mecanismo para hacerlo es la acción pauliana, por lo que, para que se configure esta, la disminución patrimonial debe ser tal que pudiera resultar en que la parte perjudicada no haya satisfecho su interés al fin de la ejecución forzada, y como dicho daño se sabrá posteriormente al ejercicio de la acción pauliana, no hay actualmente un daño, sino un peligro de daño, que constituiría el elemento objetivo de la acción pauliana²⁶⁵.

Dicha doctrina se desarrolló en Italia, consistente en una incorporación a dicho ordenamiento de la concepción legal de perjuicio del ordenamiento alemán²⁶⁶. Se trata de referir el daño no a la ejecución forzada, como era antes requisito cuando se partía de la insolvencia absoluta, sino a la imposibilidad de practicar la ejecución, porque se prevé, se deduce o se presume ya, después de haberse realizado en acto perjudicioso. Tomando en cuenta ello, tiene la ventaja de extender la protección a partes contractuales con efectos a condición suspensiva o a plazo. Como un daño futuro y eventual, es obvio que no constituye un

265 Encontramos en esta teoría a: NICOLO, Rosario. Ob. cit., p. 217; NATOLI, Ugo. Ob. cit., p. 888 y ss.; BIGLIAZZI, Lina; BUSNELLI, Francesco; FERRUCCI, Romeo. "Della tutela dei diritti (arts. 2900-2969)". En: *Commentario del Codice Civile*. Libro VI, Tomo IV, UTET, Torino, 1964; DE MARTINI, Angelo. "Voce Azione Revocatoria (diritto privato)". En: *Novissivimo Digesto Italiano*. Tomo II, Torino, 1958, pp. 152-159; D'ERCOLE, Stefano. Ob. cit., p. 141 y ss., quien señala que "ocurre preliminarmente observar que el legislador, con el expresarse en términos de 'perjuicio' ha querido aludir a un significado del *eventus damnis* que va además el concepto de daño para comprender también aquello de simple peligro de daño. Y eso porque al acreedor no le interesa tan solo y exclusivamente la conservación de la garantía patrimonial constituida por los bienes del deudor, sino también (y quizás mayormente, dada la naturaleza eminentemente cautelativa y conservativa de la acción revocatoria), el mantenimiento de un estado de mayor fructuosidad y facilidad de la acción ejecutiva subsiguiente al útil experimento de la acción revocatoria".

266 FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio. Ob. cit., p. 28.

verdadero daño, sino un peligro de daño, pero suficiente para justificar la actuación de la parte perjudicada, pues “comporta ese perjuicio a las expectativas del acreedor”²⁶⁷. No considerar para que concurra el perjuicio, la ejecución forzada frustrada, ha hecho que una parte de la doctrina permita en señalar que el elemento de la acción pauliana no es el detrimento patrimonial del deudor, sino “la frustración de la confianza del acreedor”, frustración de un deber de conducta de no impedir el pago del crédito mediante la disminución del activo conocido y ejecutable, más que un deber de resultado (el cumplimiento)²⁶⁸. Estimo, que tampoco debemos ir al otro extremo de la cuerda, no es un asunto para tomar en cuenta un dato objetivo o subjetivo, sino buscar el daño concreto o determinable que configure el “perjuicio pauliano”, además el incumplimiento es un supuesto de hecho que acaecido, no importa si se hizo con culpa o dolo, no se analiza ello (solo es importante para el análisis de la responsabilidad civil); por tanto, no existe tal deber de conducta que el deudor deba tener hacia el acreedor.

Se critica a dicha teoría en que equivaldría decir que el daño se verificaría después de la ejecución forzada y que la parte perjudicada no logre ser protegida a causa de la insuficiencia del patrimonio de la parte que tenía que cumplir; es decir en el momento del ejercicio de la acción pauliana, se estaría frente a un daño futuro o eventual que, antes de que se verifique, no puede hablarse de un peligro de daño²⁶⁹, porque no se tendría certeza si lo habría o no.

Si bien se estaría tomando como referencia un daño “potencial”, que puede existir o no, sí aporta a efectos prácticos ya que las partes se concentran en ello junto con la disminución patrimonial. Es decir, el perjuicio está en que dañe la ejecución forzada (no el cumplimiento de la obligación o ejecución del contrato).

267 Ídem.

268 LOHMANN LUCA DE TENA. Guillermo. *Apuntes para una distinta aproximación a la acción pauliana*. Ob. cit., p. 487.

269 En ese sentido, MAFFEI ALBERTI, Alberto. *Il danno nella revocatoria*. CEDAM, Padova, 1970, pp. 18-19.

Además, que el perjuicio sea que dificulte el cumplimiento o la ejecución forzada, resulta ser un hecho que aún no ocurre, por lo que en los dos casos estamos ante un daño no verificable en la realidad al momento de ejercer la acción pauliana.

Nuestro parecer es que el *eventus damnis* no puede consistir en un perjuicio al cobro del crédito (sea imposibilitando el pago íntegro de la prestación debida, o la dificultad de la posibilidad de cobro), porque la acción pauliana, de acuerdo a su naturaleza y efectos, no está destinada a asegurar “el pago”, “el cumplimiento”, como señala nuestro Código Civil, porque la prestación del deudor no consiste en todos los casos en dar ese bien materia de impugnación, sino el de asegurar el éxito de la ejecución forzada, porque la ineficacia pauliana no logra que “el deudor cumpla”, solo hace que el acreedor al momento de la ejecución forzada, tome en cuenta el bien materia de impugnación para contabilizarlo como patrimonio del deudor, y realizar la ejecución (a través de su remate).

Por ello, no resulta extraño los casos en que el acreedor con acción pauliana ejercida exitosamente, al momento de la exigencia de la obligación o de ejecutar el contrato, el deudor o la contraparte no cumplan, no ejecuten, no paguen, justamente porque la acción pauliana solo les servirá en la ejecución forzada.

De ahí que el perjuicio pauliano tiene que definirse en que se presenta cuando la disminución del patrimonio del deudor o parte comprometida ocasiona la imposibilidad o dificultad del cobro del crédito, mejor dicho, de la satisfacción de los intereses creditorios o contractuales, “en sede ejecutiva”, por lo que resulta pertinente señalar que el *eventus damnis* es el “daño o lesión presumida”, porque se está a fin de cuentas, presumiendo un daño que aún no se verifica en la realidad pero que en esas condiciones definitivamente ocurriría, término más adecuado a la definición que la doctrina italiana ha señalado para el “peligro de daño”, término no tan acertado ya que evoca a que pueda existir el daño o no (peligro es un riesgo de que suceda algo malo), pero que se está presumiendo para el ejercicio de la acción pauliana.

- b) **Lesión actual de la garantía patrimonial.**- Frente a las críticas de la teoría precedente, el mismo Maffei planteó la teoría de que en vez de referirse a lo que puede ocurrir luego de la ejecución forzada, se debe tener en cuenta la “lesión causada por el acto impugnado de la garantía representada para los acreedores de los bienes del deudor”²⁷⁰.

Con ello, señalaba que el evento dañoso no debe identificarse con la lesión al derecho subjetivo (Ej. Crédito), sino a la lesión de la garantía dirigida a asegurar tal derecho. Su posición se basa en defender que desde la constitución de la obligación nace en favor del acreedor la pretensión de que el deudor conserve en su patrimonio bienes suficientes para garantizar que, en caso de incumplimiento, podrá obtener coactivamente, por medio de una ejecución forzada, el equivalente pecuniario.

Dicha posición ha sido criticada en el sentido de que la disposición del patrimonio de la otra parte contractual no es un daño actual, ya que la ley no prohíbe realizar tales actos, sino que es un daño probable, potencial, si se podría decir, “a boca de urna”, que se verificará cuando se produzca la futura o probable ejecución forzada²⁷¹.

Además, ello conllevaría a señalar a la “garantía” como un bien distinto al crédito o demás situación jurídica de ventaja activa que se lesiona.

Confrontándose dichas teorías no queda otra cosa que compartir la opinión de Lucchini Guastalla²⁷² en el sentido de que sea daño actual, peligro de daño, daño a la garantía (última posición que no compartiríamos al negar dicha garantía), todas siguen el mismo camino: el acto impugnado es aquel acto que ataca el patrimonio de la otra parte en una relación contractual, bajo un criterio cuantitativo y cualitativo, perjudicando los intereses de la contraparte en sede ejecutiva, siendo ello

270 *Ibidem*, p. 20.

271 BIGLIAZZI GERI, Lina. *Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*. Giuffrè, Milano, 1974, p. 129.

272 LUCCHINI GUASTALLA, Emanuele. *Ob. cit.*, p. 163.

suficiente para integrar el *eventus damnis*, y que debe comprobarse al momento de invocar la acción pauliana.

Hay que anotar, que se presume que se lesiona el derecho (Ej. Crédito) de la parte perjudicada, ya que siempre sería potencial, entendiéndose que el daño que se quiere evitar es un daño futuro, que se verificará cuando se frustre la ejecución forzada, que tiene una importancia para el análisis directo del *eventus damnis*.

Hay que tener en cuenta que el perjuicio a los intereses de la parte contractual perjudicada no es un elemento propio de la acción pauliana sino de todos los medios de tutela contractual, es por eso que no se puede señalar que dicho perjuicio es un elemento idóneo para caracterizar solo la acción pauliana.

Otro punto a analizar es la amplitud del *eventus damnis*; es decir, a qué situaciones le es identificada. A inicios del siglo XX autores como Maierini, Pacifici-Mazzoni, Lenzi y Giorgi sustentaban que cabían hipótesis de *eventus damnis* cuando se cambian por bienes del mismo valor y naturaleza pero en países lejanos, o lo cambiaban con bienes litigiosos, lo que obviamente dificulta la ejecución y vuelve incierto el resultado. Pero no se puede alegar que al ser más difícil, más dispendiosa o más incierta la ejecución forzada, por un acto de la contraparte, sea suficiente para que sea considerada un *eventus damnis*.

En efecto, hay que diferenciar la certeza del éxito de la dificultad de la ejecución forzada, el primero incide en el resultado y el segundo incide en el proceso. Cambiar bienes fáciles de ejecutar por otros que los dificulta atañe más al proceso que al resultado, ya que ello no impide que puedan ser impugnados. Asimismo, como dice Guastalla: "se confunde (...) un criterio de valuación cualitativa del patrimonio (que se refiere a la dificultad de la ejecución) con uno de valuación cuantitativa (que atiende a la suficiencia del patrimonio a garantizar el crédito *in toto*"²⁷³.

273 GUASTALLA, Emanuele. Ob. cit., p. 177. Pie de página 31.

La implicación de mantener el patrimonio de la parte comprometida, se expresa en incidir en estos aspectos²⁷⁴:

- a) La fructuosidad de la ejecución (o criterio cuantitativo): que viene asegurada por un patrimonio del cual no se verifica una descompensación negativa (es decir, una excedente de los pasivos sobre los activos).
- b) La certeza del éxito de la ejecución (o criterios cualitativos) que viene garantizada por:
 - b1) La estabilidad del patrimonio del deudor, o sea por un patrimonio compuesto por bienes no deteriorables, no consumibles, no distraibles y no ocultables (caracteres propios, según cuanto parece emerger de los principios sostenidos en doctrina y en jurisprudencia, de un patrimonio compuesto exclusivamente por bienes inmuebles).
 - b2) El mismo grado de facilidad y de costo del proceso ejecutivo: o bien el no empeoramiento de las condiciones de desenvolvimiento del eventual proceso ejecutivo cuales, a ejemplo, podrían derivar del hecho de que, por efecto del acto impugnado, hayan sido sustituidos bienes con otros más difíciles de liquidar o relativamente a los cuales el proceso ejecutivo se presente más larga, más complicada, o más dispendiosa (tal último requisito, es bien precisarlo, no viene tomado en consideración por una parte de la doctrina)". Aunque considero que cuando se realiza un acto de este tipo, es muy difícil calcular que ocasionaría este tipo de inconvenientes, y más aún en un sistema judicial como el nuestro en que cualquier camino que se tome, es un proceso largo, complicado y dispendioso. Aplicado en nuestra realidad, se entendería a que no lo haga más laborioso de lo que es. De ahí que se relaciona con el tema que analizamos líneas atrás en que hay que ver el aspecto cualitativo del patrimonio más que el aspecto cuantitativo, ya que en esa creación de dificultades por parte del sujeto a quien recae la impugnación, es la que se ubica una variación cualitativa de su patrimonio (cambio

274 *Ibíd.*, p. 179.

en su naturaleza), que debe ser pasible de ser objeto de acción pauliana. Justamente es eso lo que apunta los literales a) y b) respectivamente.

Otro asunto importante a señalar es la afectación de la posible ejecución forzada por el acto de la parte impugnada; es decir, que la hace más difícil, más dispendiosa o más incierta. No cabe duda que causar mayor incerteza a la ejecución constituye un perjuicio a los intereses de la parte contractual perjudicada; sin embargo, no se podría decir lo mismo de la dificultad o gravosidad económica de la misma.

En nuestro país ninguna ejecución forzada es tarea fácil, sino las cosas más difíciles de realizar (y de aceptar por parte del ejecutado), por lo que el acto perjudicioso debe ser tal que dificulte en un grado por encima del promedio la ejecución forzada. Acepto que en estos casos ya no estamos ante criterios objetivos, ni siquiera jurídicos, sino genéricos y subjetivos. Pero, podemos acercarnos a establecer el grado de mayor dificultad según el tiempo, ya que por estadísticas o registro de procesos judiciales podemos saber aproximadamente cuando tarda normalmente, y cuando se demora de manera abrupta por las actuaciones perjudiciosas de la parte impugnada. Como ejemplos del mismo podemos citar cuando se dificulta la ubicación de los bienes a ejecutarse, en el momento que plantea recursos dilatorios. Como se aprecia todo acto que haga más difícil la ejecución forzada está ligada al tiempo; o sea demorar la ejecución misma. Cierta sector de la doctrina señala que la dificultad del proceso de ejecución forzada también se expresa en dejar incierta la expropiación,²⁷⁵ opinión que no se puede compartir en el sentido de que de acuerdo a la doctrina mayoritaria la incerteza es un tema distinto a la dificultad o dispendiosidad (costoso) de la ejecución coactiva del interés contractual (Ej. Interés crediticio), por lo que todo tipo de incerteza en la ejecución, por ejemplo la incerteza de la expropiación, no puede catalogarse como dificultad en la ejecución forzada.

275 BIANCA, Massimo. *Diritto Civile, La Responsabilità*. Vol. V, Ob. cit., p. 440. El mismo que citando a COSATINI comparte la idea de que un ejemplo del mismo sería la adquisición de bien en un país extranjero, con lo cual falta una convención para la ejecución forzada de la sentencia, y no bastaría, por otro lado, la simple mayor onerosidad del proceso.

Respecto a la mayor dispendiosidad de la ejecución forzada que puede ocasionar el acto impugnado; es decir, que dicho acto ocasione que en una futura y eventual ejecución forzada, los costos de la misma se eleven en demasía del promedio. Se debe establecer que son la doctrina extranjera que desarrolla dichos preceptos (doctrina italiana), quien manifiesta que son pocos los casos, o casi nunca, que tal consecuencia del acto de la contraparte, puede conllevar a una acción pauliana, ya que se considera que dichos gastos se pueden recuperar cuando se ordena a la parte impugnada la condena de costos y costas del proceso ejecutivo. Sin embargo, es posible que se pueda ejercitar la acción pauliana contra un acto de la contraparte que aumenta los gastos del proceso de ejecución forzada, solo cuando ocasione que al elevar los gastos sobrepase el patrimonio de la parte comprometida y produzca por ello la insuficiencia de patrimonio para los intereses de la parte perjudicada. Como se aprecia, el mayor costo del proceso está en el plano cuantitativo de la disminución patrimonial de la contraparte impugnada.

Por ejemplo, A con patrimonio de 1000, adeuda 800 a B, A realiza una permuta adquiriendo un bien en el extranjero, lo que ocasiona que B al momento de iniciar la ejecución forzada, tendría que gastar en todo el proceso el valor de 300, y no 150 como cotidianamente sería, por lo que el patrimonio de 1000 de A no sería suficiente para satisfacer el interés crediticio de 1100 de B. En estos casos cabe la acción pauliana.

Otro punto a analizar es recalcar el tema de la insuficiencia cualitativa del patrimonio de la parte comprometida (estabilidad del patrimonio de la parte comprometida), en relación a la sustitución de bienes por otros que, si bien de igual valor, por ser más fácilmente de ocultar o de sustraer de la ejecución forzada, terminan por no ser suficientemente satisfactorios a los intereses de la parte perjudicada. Para que un bien sea satisfactorio debe ser, en lo posible, durable, inocultable, no distraíble, individualizable, ejecutable, para que en caso de ejecución forzada sea idóneo a satisfacer el derecho de la parte contractual.

Por ejemplo, A tiene un único bien inmueble, reflejo de su patrimonio, que lo vende a C, incluso bajo un precio justo, pero el dinero (bien mueble fungible) es un bien fácilmente ocultable que desaparecería en la ejecución forzada eventual y futura, o sea lesiona el patrimonio de la parte comprometida en su lado cualitativo, y no cuantitativo (porque su patrimonio sigue teniendo el mismo valor, o incluso un poco más, si ha

recibido una suma de dinero superior al valor del bien), lo que conlleva a una disminución del grado de facilidad y aumento del costo del proceso ejecutivo, concluyendo al final una insatisfacción coactiva del derecho de la parte perjudicada. La doctrina es pacífica en dicho aspecto²⁷⁶, aunque el maestro italiano Massimo Bianca precisa que: "Pero si bien esta opinión es largamente seguida, esta encuentra una objeción de fondo. Eso que perjudica al acreedor, de hecho, no es la adquisición por parte del deudor de bienes sujetos a fácil dispersión sino cuanto a la dispersión de los mismos. A fin tanto que el deudor pueda demostrar que el bien adquirido (se trata aunque de dinero) es identificable en su patrimonio, el extremo del perjuicio es insuficiente"²⁷⁷. Dicha identificación se puede hacer por ejemplo a través de su ubicación en un número de cuenta bancaria, en un depósito, donde se podría constatar que el dinero se encuentra ahí, aunque para ello la parte con derecho interesada debería conminar a la parte comprometida que le alcance dicha información, ya que no podría hacerlo él mismo, por estar en medio el secreto bancario.

Aquí, el perjuicio se puede constatar con la simple sustitución de patrimonios de bienes inmuebles con bienes muebles sustraibles a las partes con derechos (Ej. Acreedores), siendo el presente caso, un ejemplo en la cual se aplicaría la acción pauliana para evitar dicha sustitución, expresada en un contrato de compraventa, o en una permuta.

La única excepción de no estar ante un perjuicio pauliano cuando la contraparte sustituye sus bienes en bienes muebles y fungibles como el dinero, es cuando dicho dinero es utilizado para el pago de compromisos contractuales con otras personas. Ej. El deudor vende su bien inmueble por una suma de dinero que lo destina a pagar a otros acreedores. Ello se fundamenta en que no existe un perjuicio pauliano, aunque haya un tamiz de fraude. Es posible que en contrato con efectos obligatorios, el deudor, en presencia de deudas vencidas, paga por entero a un acreedor en vez de a otro, que si era deuda antigua, tendría mayor derecho a

276 Son de la misma opinión: COSATTINI, Luigi. Ob. cit., p. 126; NICOLO, Rosario. Ob. cit., p. 217; BETTI, Emilio. Ob. cit., p. 205; DE MARTINI, Angelo; p. 159; NATOLI, Ugo. Ob. cit., p. 893; NATOLI, Ugo - BIGLIAZZI GERI, Lina. Ob. cit., p. 168; MAFFEI ALBERTI, Alberto. Ob. cit., p. 25; D'ERCOLE, Stefano. Ob. cit., p. 149.

277 BIANCA, Massimo. Ob. cit., p. 440, nota 23.

que se le pague, ocasionando que no pueda cumplir frente a los demás acreedores. Aquí solo hay lesión al principio *par condicio creditorum*, pero la acción pauliana no cautela su protección, sino al sistema concursal, por lo que no acarrea su impugnabilidad.

Citando a Fernández Campos: “la acción revocatoria ordinaria, al ser un instrumento previsto por el ordenamiento para la tutela del acreedor singular, no constituye el medio idóneo para alcanzar un resultado de paridad en el tratamiento a los diversos acreedores cuando el deudor carece de medios suficientes para satisfacer a todos. El ejercicio de la acción pauliana contra un pago comportaría que el montante del pago realizado ahora impugnado vendría, como consecuencia de los efectos asignados a la acción revocatoria ordinaria italiana o a la acción pauliana española, a destinarse en exclusiva (pues la pauliana aprovecha solo al actor) a otro de los acreedores del deudor, en perjuicio del resto”²⁷⁸.

Aquí es necesario realizar algunas precisiones, no basta que la parte comprometida señale que ese dinero será para el pago de sus acreedores, o para el cumplimiento de otros compromisos contractuales, sino que se deben efectuar de manera inmediata a la obtención del dinero. Asimismo, se debería diferenciar frente a acreencias con terceros nacidas antes y después del contrato con la parte que quiere ejercer la acción pauliana. Si el dinero es para el pago de compromisos contractuales anteriores al contrato celebrado, no hay nada que discutir, no puede ejercerse la acción pauliana, salvo que se haya ocultado dicha acreencia de manera consciente (no necesariamente dolosa). Si se trata de acreencias posteriores al contrato celebrado, que los terceros contratantes hayan tenido la posibilidad de conocer dicho contrato anterior. Todas estas reglas no están reguladas en el Código Civil ya que ahí se regula solo las características del acto de disminución patrimonial; en este caso se analiza el destino del dinero obtenido por el acto de disposición patrimonial, pudiendo tener la misma lógica que lo regulado en el acto de disminución patrimonial establecido en el Código Civil.

278 FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio. Ob. cit., p. 179. Comparte dicha posición, según el autor, BOSIGNORI, Angelo. *Diritto Fallimentare*. UTET, Turín, 1992, p. 193, que señala: “El resultado de la impugnación del pago sería solo la sustitución en la satisfacción de un acreedor por otro”.

Otro supuesto en que el patrimonio de la parte comprometida pierde estabilidad; es decir, disminuye de forma cualitativa, es cuando se adquiere acciones en la Bolsa de Valores o en negocios en que la posibilidad de ganancia es impredecible, acercándose al azar, dándose a cambio bienes inmuebles, o bienes registrados. Su fundamento está en que las acciones tienen valores fluctuantes, convirtiéndose en capital de riesgo, que de la noche a la mañana pueden triplicar su valor o no valer ni un céntimo. En el mercado de hoy, nadie se arriesgaría en aceptar como garantía mobiliaria los valores mobiliarios, aun cuando la ley lo permite, debido a que no es idóneo a garantizar de manera segura un crédito, o un compromiso contractual (Ej. En calidad de arras).

En conclusión, por lo general el cambio de patrimonio estable a inestable (Ej. Por el cambio de bienes identificables, atacables, por bienes ocultables, y fácil de desaparecer como el dinero) origina el ejercicio legítimo de la acción pauliana, por la parte perjudicada por dicho acto, que pudiera ocasionar la insatisfacción de sus intereses en una potencial y futura ejecución forzada.

Otra conclusión que podemos señalar es que para que no haya una disminución patrimonial que haga surgir un *eventus damnis*, no solo se debe tener en cuenta que su valor cuantitativamente disminuya, sino de manera cualitativa, y esto último se puede evitar, por lo que se ha visto, con la conservación de los bienes muebles o inmuebles de cualquier tipo frente a cambios por bienes potencialmente sustraibles de manera fácil de la ejecución forzada. De opinión contraria respecto a la apreciación de este fenómeno, un sector de la doctrina italiana señala que, de acuerdo a los casos de su jurisprudencia, para la aseguración de los intereses contractuales estaría limitado a los bienes inmuebles, y que por tanto no estaría en armonía con la realidad económica, al paralizar de esta manera los actos patrimoniales de la parte comprometida²⁷⁹. Es cierto que los bienes inmuebles son de preferencia para asegurar la satisfacción de intereses contractuales en una ejecución forzada ya que les facilita enormemente la misma, pero no es un derecho que se le presenten ante él bienes de dicho tipo, sino tiene el legítimo interés de que se ubiquen bienes de cualquier tipo pero que tengan el valor suficiente demostrable al

279 LUCCHINI GUASTALLA, Emanuele. Ob. cit., p. 203.

momento de la ejecución forzada. Incluso el dinero puede ser suficiente para ello, (sería ilógico castigar la liquidez de un patrimonio), pero que no esté debajo de algún colchón sino en una cuenta bancaria en un estado de ser identificable y usable al momento de la ejecución forzada (por ejemplo, de nada sirve vender un bien y poner el dinero en un depósito a largo plazo de 5 años, cuando la deuda tenga que ser exigible en dos años). No se propugna que la parte comprometida mantenga un patrimonio estático, sino que puede participar en la circulación bienes, teniendo en cuenta, que su lado activo mantenga un equilibrio con su lado pasivo; tema que no importa cuando se está frente a garantías reales, al carecer en estos hechos del mismo, es de importancia para no perjudicar los intereses contractuales de la parte perjudicada, no cayendo en una solvencia relativa.

Todo ello con el fin de que en caso de incumplimiento, “la ejecución forzada sea fructuosa, cierta en el éxito y no excesivamente gravosa o difícil”²⁸⁰.

Siempre recordar que para la no ocurrencia del *eventus damnis* de un punto de vista cuantitativo, es necesario de que en el patrimonio del deudor estén comprendidos bienes (cualitativamente idóneo a satisfacer los intereses contractuales de la otra parte), cuyo valor sea semejante a la pasividad gravada en el mismo patrimonio; la importancia está en el equilibrio patrimonial.

Por otra parte, el *eventus damnis* no solo surge cuando una parte contractual comprometida, realiza actos traslativos de dominio, como los analizados anteriormente, o constitutivos de derechos, sino también cuando se asumen compromisos contractuales de terceros, a través de cesión de posición contractuales, o asunción de deudas, que ocasione una disminución patrimonial, y afecte las tres condiciones de la ejecución forzada esbozadas precedentemente.

En estos casos, en los casos en que se suma una nueva obligación o situaciones jurídicas de desventaja a la pasividad de la parte comprometida, ya existente sin una correspondiente cobertura por el lado activo del patrimonio, también ocasionaría un perjuicio pauliano.

280 *Ibíd.*, p. 198.

Hasta ahí respecto al análisis del *eventus damnis*. Otro punto, vinculado a dicho tema es que hay cierto sector de la doctrina que plantea en la existencia de otro elemento de la acción pauliana, tomando como punto de comparación a la responsabilidad civil. O sea, debido a que debe existir una vinculación entre el evento lesivo y el daño producido, se requiere la inclusión del nexo causal, (desarrollado en el Derecho Penal y trasladado a la responsabilidad civil) dentro de los elementos de la acción pauliana, un nexo causal entre el acto de autonomía privada (negocio jurídico y acto jurídico en sentido estricto) y el perjuicio pauliano.

Esto es, que el daño sufrido por la parte contractual afectada sea consecuencia o efecto del acto que se pretende impugnar²⁸¹. Este nexo causal constituiría “el elemento que selecciona cuál ha sido el acto que realmente ha causado el perjuicio, o qué acto procederá impugnar para que el perjuicio sufrido por el acreedor sea neutralizado”²⁸².

Se señala además que “el nexo causal será el elemento que determinará si el acto jurídico impugnado por el acreedor se puede considerar, o no, causante del perjuicio sufrido, utilizando para ello no un simple esquema de causalidad fáctica, con un criterio de jerarquía cronológica, sino un criterio como los parámetros de imputación objetiva utilizados en materia de responsabilidad aquiliana, con selección de las causas adecuadas para determinar si el acto jurídico objeto de impugnación es merecedor o no de su rescisión”²⁸³.

Al respecto se debe señalar lo siguiente:

Hay que tener en cuenta que “el *eventus damnis* debe ser consecuencia directa del acto realizado por el deudor y sucesivamente imputado por el acreedor que actúa en revocatoria”²⁸⁴.

281 PASCUAL ESTEVILL, Luis. “La perturbación del derecho del crédito y las cuestiones de imputabilidad, causalidad y tipicidad en el Derecho Civil”. En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. II, 1989, p. 1193. Citado por: FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio. Ob. cit., p. 191. Quien a su vez, se adscribe a dicha posición, señalando que junto al perjuicio y el negocio jurídico, conforman los tres elementos que forman el presupuesto objetivo de la acción pauliana.

282 FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio. Ob. cit., p. 192.

283 *Ibidem*, p. 193. Quien establece que el nexo causal no implica, necesariamente, una inmediatez cronológica absoluta entre acto y perjuicio (causa próxima), sino que constituya una causa adecuada o determinante del perjuicio.

284 COSATTINI, Luigi. Ob. cit., p. 128; NICOLO, Rosario. *Dell'azione revocatoria*. Ob. cit., p. 218; BETTI, Emilio. *Teoría Generale delle obbligazioni*. Ob. cit., p. 205 y ss.; NATOLI, Ugo. *Voce azione revocatoria*.

Desde el punto de vista de la teoría general de derecho, en específico la teoría de la norma jurídica, cualquier análisis respecto a atribución a un supuesto de hecho, consecuencias jurídicas, se debe recurrir al análisis de que las consecuencias jurídicas a atribuirse provengan del supuesto de hecho atribuido.

En ese sentido, para hacer recaer la ineficacia pauliana (consecuencia jurídica) al acto de autonomía privada impugnado (supuesto de hecho que ocasionaría dicha ineficacia), debe haber necesariamente una relación de causa efecto, ligada por un nexo causal. Esto es imprescindible en todo análisis jurídico; y más cuando se trata de mecanismos de protección, es un elemento innato a esta, solo en algunos supuestos excepcionales es parte de los elementos de la misma como en la responsabilidad civil, ya que cumple una finalidad especial.

En el caso de la acción pauliana, no creemos que tenga una finalidad especial, que si bien debe existir una relación causal entre el acto impugnado y la disminución patrimonial, ello se analiza cuando se establece el *eventus damnis* ya que para hallar el evento dañoso es necesario pasar por el tamiz del análisis de qué hecho tiene vinculación con el detrimento patrimonial de la parte impugnada.

Hay que tener en cuenta que todo mecanismo de tutela, o cualquier análisis de subsumir un efecto jurídico a un supuesto de hecho normativo, se toma en cuenta la relación causal, por lo que es inherente al derecho. Solo en supuestos que dan funciones adicionales a la relación causal es pertinente su estudio autónomo, por ejemplo en la responsabilidad civil, donde la relación causal no solo sirve para establecer un vínculo entre el acto y el efecto daño, sino para establecer cuando estamos ante una ruptura del nexo causal o mejor dicho para descubrir la verdadera causa, es necesaria regular de manera autónoma cómo funciona la causa y los eximentes de responsabilidad, o sea, no solo como herramienta para el análisis de subsumir un hecho a un acto, sino como herramienta de defensa para los acusados como responsables que,

Ob. cit., p. 888; A. De Martini. Voce azione revocatoria. Ob. cit., p. 152 y ss.; MAFFEI ALBERTI, Alberto. Ob. cit., p. 32; NATOLI, Ugo y BIGLIAZZI, Lina. Ob. cit., p. 169. BIGLIAZZI, Lina. Ob. cit., p. 127. D'ERCOLE, Stefano. Ob. cit., p. 141 y ss.

amparándose en esa defensa, si logran demostrar que su acto no está relacionado al daño no serán responsables y no pagarán nada.

Pero, la lógica de la acción pauliana es otra: al impugnado no lo liberará de los efectos de la acción pauliana, sino el hecho alegado como causante del detrimento patrimonial no fue por un hecho alegado por el impugnante sino que simplemente se direccionará al hecho verdadero e igual se declarará la ineficacia propia de la acción pauliana, no existe la eximencia a través de la causa para el impugnado. Por tanto, no es necesario que se estudie la causa de manera separada del análisis del *eventus damnis*. Solo por excepción, por servir a adicionales funciones es que se toma a la relación causal como componente separada del daño. Es por ello, que soy de la opinión de que no debe abrirse camino a la idea de la relación causal y *eventus damnis* como componentes separados en la acción pauliana²⁸⁵.

3.2. Requisito subjetivo (del fraude al conocimiento del perjuicio)

Desde tiempos históricos se ha considerado al fraude como elemento subjetivo que debe estar presente en el acto del deudor a favor de un tercero, junto con el perjuicio pauliano. La definición de fraude, como la culpa, ha sido objetivada con el transcurrir del tiempo, así que parafraseando se ha dejado de lado la frase “no cabe acción pauliana sin fraude”, por lo que tendrá que descartarse la terminología de “fraude a los acreedores” para describir el supuesto de hecho en que recae la acción pauliana.

En ese sentido, el requisito subjetivo consiste en el conocimiento que tiene el deudor de su propia situación económica, y por ende que con la disposición por él realizada se imposibilitará satisfacer sus deudas por la aminoración que experimenta su patrimonio. Este concepto lo integra la llamada *excentia*, que es la representación en la mente del deudor de su situación económica, de la valoración de su patrimonio y del negocio jurídico que va a llevar a cabo, y se integra por la llamada *presciencia*,

285 No obstante, se ha encontrado referencias expresas en las resoluciones de nuestra judicatura: Expediente N° 3284-98, Resolución de la Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento de fecha 22 de octubre de 1998 en la cual señala que entre los requisitos previstos en el artículo 195 del Código Civil se encuentra la relación de causalidad entre el acto de disposición y el daño.

que es el conocimiento de las consecuencias derivadas de la disposición que va a realizar; es decir, la previsión de que con el acto que va a realizar imposibilita a su legítimo acreedor el que pueda hacer efectivo su derecho de crédito²⁸⁶.

Pero empecemos por una cuestión que se plantea al estudiar este requisito, que es la de si debe considerarse al *consilium fraudis* (fraude) como indispensable para ejercer la acción pauliana, o si hay la posibilidad de pedir la impugnación pauliana sin que exista el fraude. En nuestro Código Civil es de mantener la posición de que en ciertos casos como los actos de disposición a título gratuito no importa la mala fe o buena fe del deudor o el adquirente. Sobre esto cabría dos interpretaciones: en negocios que consisten en actos de disposición a título gratuito no es necesario que exista un propósito fraudulento, solo la realización del supuesto contemplado en la norma (en estos casos bastará que se produzca un perjuicio al acreedor) para que sea objeto de la acción pauliana²⁸⁷, ya que lo que se protege es garantizar el derecho crediticio del acreedor. Esto nos lleva a concluir necesariamente que la acción pauliana aun en situaciones en que no haya **fraude** a los acreedores operará, cuando aparezca el peligro de satisfacer al acreedor en su crédito (el resaltado es nuestro)²⁸⁸.

Una segunda interpretación sería en que la ley, en casos de negocios que consisten en actos de disposición a título gratuito, presume que son actos fraudulentos, sujetos por ello a la acción pauliana, por lo que no interesaría investigar si el deudor y/o adquirente actuaron o no de mala fe. Esto último nos da entender que aunque haya buena fe del deudor o tercero no rompe la presunción, siendo por ello una presunción *iure et de iure* (presunción que no admite prueba en contrario). Con esta interpretación sí se podría decir que la acción pauliana solo opera en situaciones de fraude a los acreedores, aunque conllevaría a presumir un actuar dañoso en casos que realmente no es necesario que los haya, haciendo esa

286 Tal como lo expresa la Casación N° 263-2005-Cusco. Lima, doce de abril del dos mil seis, pero reducen el ámbito de aplicación de la acción pauliana a los actos de enajenación, criterio erróneo ya que abarca cualquier tipo de disposición que agravaría el patrimonio del deudor.

287 Así, la sentencia en Casación N° 2643-2005-Cusco, Lima, doce de abril del dos mil seis.

288 En esta postura, entre otros: DE CASTRO Y BRAVO, Federico. Ob. cit., p. 219 y KIPP, Theodor. 'Impugnación de los actos 'In fraudem creditorum'', en el Derecho Romano y en el moderno Derecho alemán, con referencia al derecho español". En: *Revista de Derecho Privado*. Año XI, N° 124, enero, 1924, p. 15.

presunción en irrelevante, porque estaría ante un hecho objetivo. Decir que “el donante que se queda sin bienes con que atender al pago de sus obligaciones necesariamente es consciente del perjuicio que causa a sus acreedores”²⁸⁹, solo sería aplicable a personas con completo conocimiento de la capacidad de su patrimonio en su forma cuantitativa y cualitativa, que no se aplica en la generalidad de las personas en nuestros tiempos, donde las dimensiones y características del patrimonio son tan complejas.

En negocios que conllevan a actos de disposición a título oneroso la situación es un poco más clara. Aquí la ley diferencia entre actos de disposición o de administración anterior al surgimiento del crédito y actos de disposición o administración posteriores al surgimiento del crédito. En el primer caso, es necesario la existencia del *consilium fraudis* expresado en un acuerdo fraudulento entre el deudor y el adquirente con la intención de perjudicar al futuro acreedor. Este perjuicio no se debe entender como la intención pura de dañar al acreedor, sino de evitar que los bienes sirvan de satisfacción a los acreedores. Este propósito fraudulento se puede presumir cuando el deudor ha dispuesto bienes de cuya existencia se habría informado por escrito al futuro acreedor. También se presumiría la intención fraudulenta en el adquirente cuando conocía o estaba en aptitud de conocer el futuro crédito y el deudor no tenía bienes registrados.

En negocios que conllevan a actos de disposición a título oneroso posteriores al surgimiento del crédito, no importa si el deudor actuó o no con propósito fraudulento, siendo suficiente la disminución patrimonial que ponga en riesgo la satisfacción del crédito del acreedor, no se exige que el deudor tenga en mente la determinación resuelta y de mala fe (intención de dañar) mediante la ocultación de su patrimonio, escondiéndolo y poniéndolo fuera del alcance del acreedor. No se requiere que el acto se haga ex profeso para perjudicar, inclusive, puede haber procedido el deudor de buena fe²⁹⁰, pero sí es necesario que el

289 GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. “Negocios a título gratuito y fraude de acreedores”. En: AA.VV. *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*. Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. 2069.

290 LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. “Fraude del acto jurídico, Comentarios a los artículos 195-200 del Código Civil”. En: AA.VV. *Código Civil comentado*. Tomo I, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 623.

adquirente actué de mala fe, sea que tuvo conocimiento del perjuicio y participe en él o hubiera estado en la posibilidad de conocerlo, por lo que el acreedor debe probarlo para que proceda la acción pauliana. Teniendo el deudor que probar que tiene bienes libres suficientes para garantizar la obligación (Conforme la Casación N° 2590-2001-La Libertad).

Tendríamos pues que se crea el artificio innecesario de presunción de fraude en actos a título gratuito (*iure et iure*) y a título oneroso en parte (*iuris tantum*)²⁹¹.

No obstante, el concepto de fraude impone establecer el carácter malintencionado de dañar por parte del sujeto comprometido contractualmente. Hoy el elemento subjetivo se transforma en un conocimiento del perjuicio (*scientia fraudis*) que con el acto se ocasionaría a los intereses de la parte beneficiada. Como manifiesta Guastalla “el conocimiento es un estado subjetivo ‘neutro’ respecto al fraude, en el sentido de que el conocimiento de un hecho (Rectius: el efecto del acto que no se apresta a cumplir) por parte de un sujeto prescinde del *animus* del mismo sujeto”²⁹², que sería irrelevante para el análisis de la acción pauliana (lo que conlleva necesariamente a indicar que ya no estamos ni por asomo a la figura de fraude del acreedor, teniendo como efecto que la figura del fraude a la ley (el género) también se trastoque, y no se tome en cuenta el *animus* del infractor para sancionarlo o excusarlo del fraude a la ley de su comportamiento).

Pero, eso nos lleva a mover los límites del perjuicio pauliano, ya que el fraude que constituía su límite se mueve al conocimiento del perjuicio, lo que amplía el espectro de los supuestos atacables con la acción pauliana. Eso lleva también a que la acción pauliana ya no sea un instrumento sancionador del fraude, destinado a imponer una conducta honesta, sino un modo de tutela objetivo a los intereses creditorios o de la parte contractual de ventaja activa.

Sin embargo, dichas ideas no son fruto de los acontecimientos del siglo XXI, por el contrario vinieron siendo desarrolladas aun antes de

291 Se adhiere a establecer las presunciones de fraude: DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen II, 7ª edición, Editorial Tecnos, 2002, p. 234.

292 LUCCHINI GUASTALLA, Emanuele. Ob. cit., p. 214.

la entrada de la vigencia del *Codice Civile* de 1942, por diversos autores como D'Amelio que sostenía que el fraude no era necesario, bastando solo el conocimiento de la agravación del propio estado de insolvencia²⁹³.

Por otra parte Picaro a pocos años de promulgarse el referido Código, sostuvo que "cualquiera haya sido el fin propuesto por el deudor en inducirse a un determinado acto, es en fraude cada aquella vez que haya previsto que consecuencia de su operación es el surgir de un estado de insolvencia, sea pura relativa, que ponga en peligro la posibilidad de la realización forzada por parte de los acreedores de sus intereses creditorios. La prueba de tal conocimiento se reduce a un juicio sobre la predictibilidad por parte del agente de las consecuencias de su obra"²⁹⁴.

Por ello, personajes como Cifuentes señala que una buena parte de la moderna doctrina niega la existencia del elemento subjetivo; es decir, el ánimo o la intención de dañar al acreedor como requisito para configurar al fraude, agregando que quien dispone de su patrimonio conociendo o debiendo conocer que la disminución patrimonial que provoca el acto de otorgar, lo convierte en insolvente o agrava dicho estado, burla la buena fe debida a sus acreedores y por consiguiente no puede encontrar amparo legal²⁹⁵, pero contradictoriamente luego señala que su propuesta es que ese conocimiento del perjuicio haga presumir la intención de dañar (¿?), asignando ese sentido a su Código Civil (que como el nuestro equivocadamente trata la acción pauliana como parte del negocio jurídico), siendo ello totalmente ilógico, porque ya se ha explicado líneas atrás y como el mismo Cifuentes observa que el requisito de la acción pauliana no requiere la intención de dañar sino simplemente el conocer dicho daño, estando ante dos criterios que no podrían ser equiparados con una presunción, además de ser innecesario, ya que, en vez de insertar una presunción artificiosa, se debería interpretar o modificar la norma en el sentido de hacer referencia al conocimiento del perjuicio y no a la intención de dañar.

293 D'AMELIO, Mariano. *Libro della tutela dei diritti*. Firenze, 1943, p. 855. (Citado por GUASTALLA).

294 PICARO, Pio. *Revocatoria ordinaria e fallimentare*. Taranto, 1946, pp. 76-77 (Citado por GUASTALLA).

295 CIFUENTES, Santos. *Negocio Jurídico. Estructura, vicios y nulidades*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 558.

En efecto, como se ha señalado, hay casos en que el deudor se deshace de sus bienes para evitar el éxito de la ejecución forzosa, y hay casos en que solo tiene la intención de beneficiar a terceros, aun conociendo que tiene obligaciones que cumplir.

Dicha teoría no es ajena a nuestra judicatura, ya que existen una serie de resoluciones judiciales, aunque minoritarias, que consciente o inconscientemente definen al “fraude a los acreedores”, “como conciencia que tenía del perjuicio que le irrogaba al accionante, quedando aquel reducido a la insolvencia y sin medios para pagar su deuda”. (Exp. N° 726-98, Resolución de fecha 22 de setiembre de 1998, de la Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento²⁹⁶).

Sin embargo, no se debería llegar al simple conocimiento del perjuicio como elemento suficiente para cumplirse el elemento de la acción pauliana (es decir, ya que crearía una tutela ilimitada para las partes con intereses protegidos, como los acreedores).

Ello no significa que deje de existir el fraude, muchas veces, más que un conocimiento del perjuicio, encontraremos voluntades fraudulentas mayormente; expresados de manera sofisticada, en una serie de actos que de por sí no implican un perjuicio pauliano; pero, en su conjunto, producen el mismo resultado.

En estos casos, ¿podría la parte perjudicada impugnar en un solo ejercicio [pauliano] todos esos actos? Pues, la legislación hace referencia a un solo acto, por tanto, la respuesta es negativa. Si este caso se presentara, la mejor opción sería impugnar entre todos los actos, el acto que rompa el equilibrio patrimonial, y no cualquiera del conjunto de actos, porque lo que importa es volver a su estado anterior y ello no se puede lograr con impugnar cualquier acto del conjunto, ni siquiera el último. Por otro lado, es obvio que en estos casos existe un fraude consciente, que ayudaría como elemento demostrable para que se logre el éxito contundente de la acción pauliana.

296 Tomado de: LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisprudencia Actual III*. Gaceta Jurídica, Lima, 2000.

Solo basta el conocimiento del perjuicio para el ejercicio de la acción pauliana, pero si existe fraude con mucho más razón se tendrá derecho a la ineficacia pauliana del acto perjudicial²⁹⁷.

Como ya habíamos anotado, el cambio cualitativo del patrimonio que haga perder su estabilidad puede generar un perjuicio pauliano. Pero, además, es necesario para la configuración de la acción pauliana (en el entendido de poder ejercer ese derecho) que tenga conocimiento de ello tanto la parte impugnada como el tercero adquirente.

Pero ¿qué pasa si el resultado de la venta es destinado para el pago de un acreedor o sujeto que tenga una situación jurídica de ventaja? El acto impugnado afecta al tercer contratante, pero no al tercero contratante al que se destina el pago por tener un crédito, por ejemplo. Pero el hecho de que sea debido el pago no es suficiente, lo que hace que este supuesto tenga que ser estudiado caso por caso.

Como señala Lucchini, “el perjuicio por el acreedor no pagado no consistiría, pues, en el haber sido excluido de los destinatarios del dinero recabado por la venta, pero en el hecho mismo que, luego la venta (bien que seguida por la devolución del precio a los otros acreedores) si encontraría de frente a un deudor cuyo patrimonio no está más en grado de garantizar los intereses de crédito”. Ante esta situación, teóricamente estaríamos frente a un supuesto pauliano; sin embargo, el legislador ha previsto dicha situación y ha eliminado ejercer la acción pauliana bajo este supuesto.

El fundamento radicaría en evitar un círculo vicioso: el acreedor no pagado impugnaría el pago y al dirigirlo en beneficio de él, el otro acreedor, con igual y legítimo derecho, impugnaría a su vez dicho acto, y así sucesivamente.

Además, si se sigue la doctrina antigua del *consilium fraudis*, no podría hacer valer la acción pauliana porque no habría tal requisito.

Pero, esta situación nos revela que si la parte comprometida tuviera compromisos contractuales con varios sujetos de derechos, y que el

297 De opinión contraria LUCHINI GUASTALLA, Enmanuelle. Ob. cit., p. 276.

pago de uno llevaría al perjuicio económico de los demás, entonces al momento de asumir los compromisos ya se sabía que no podría satisfacer el interés contractual de la contraparte, aunque es también verdad que su patrimonio en ese momento era suficiente para satisfacer los intereses contractuales.

¿Y qué pasa con la parte perjudicada?, pues en la práctica, al no haber patrimonio que ejecutar y al no poder ejercer la acción pauliana, quedaría con un derecho insatisfecho, “castigado”.

¿Y qué pasa si parte de la venta no se ha destinado al cumplimiento de compromisos contractuales?, en ese caso, la parte perjudicada sí podría ejercer la acción pauliana sobre la disposición no destinada al pago para otros; es decir, a la parte no debida. Ya entraría al supuesto de convertir bienes seguros en distraibles y ocultables. Dicha opinión no es compartida por la jurisprudencia italiana, conforme lo señala Lucchini Guastalla²⁹⁸.

Tema aparte es que en estos supuestos tiene cierta relevancia el fin del monto obtenido por la venta, ligado al lado subjetivo de la intención del acto. Será necesario que todos estos planteamientos se analicen a través de la casuística jurisprudencial, donde si bien se expresa la presencia del *consilium fraudis* (fraude), por parte de los jueces pero en el fondo señalan el camino del conocimiento del perjuicio.

VI. LAS SITUACIONES JURÍDICAS PROTEGIDAS POR LA ACCIÓN PAULIANA Y ACTOS SUSCEPTIBLES DE SER IMPUGNADOS

De la expresión de nuestro Código Civil y como lo habíamos señalado anteriormente los actos que pueden ser impugnados son todo de acto de autonomía privada, sean actos jurídicos en sentido estricto como negocios jurídicos, en especial, los contratos, porque son tantas las manifestaciones en que la parte comprometida puede perjudicar el interés jurídico patrimonial de la contraparte que el fin máximo de la acción pauliana debe contemplar todos esos supuestos perjudiciales sin importar de qué manera se expresen.

298 *Ibidem*, p. 309.

Un sector de la doctrina española sostiene la inquietud de poder ejercer la acción pauliana en actos procesales fraudulentos del deudor, teniendo en cuenta de que se aplica a cualquier acto perjudicial a las legítimas expectativas de ejecución forzada satisfactoria del acreedor²⁹⁹; sin embargo, si bien dichos actos en el seno de un proceso judicial como presentar escritos dilatorios (en caso de tener un juicio con el acreedor), o entablar procesos judiciales con un tercero que afecte al acreedor no pueden ser objeto de la acción pauliana, porque no cumplen con el requisito básico de disminución patrimonial y el hecho de que si bien son objeto de impugnación cualquier acto de autonomía privada, los mismos tienen que cumplir con la posibilidad de entrar en la clasificación de actos gratuitos u onerosos (conforme los conceptos explicados precedentemente), que no se aplica a los actos procesales.

Pero qué hacemos con este supuesto en que en vez que el deudor planee donar bienes o vender a bajo precio se colude con un tercero para crear un juicio ficticio que conlleve a su transferencia de propiedad. Supongamos que convierta todos sus bienes importantes en litigiosos dolosamente para que culminado el proceso judicial esté disminuido su patrimonio o simplemente no tenga ninguno.

Pues en estos casos, el artículo 1219 de nuestro Código Civil prevé la facultad del acreedor en asumir la defensa de los derechos del deudor, en casos en que la pretensión del proceso conlleve a que el patrimonio del deudor pueda ser afectado o disminuido. Como señala Priori Posada: “es claro que el acreedor tiene un interés indirecto en el resultado del proceso, pues si el deudor pierde es posible que se disminuya su patrimonio y con ello sus posibilidades de cumplir con la prestación a su cargo o de responder frente al incumplimiento. Ese interés que tiene lo legitima (es un tercero legitimado) para solicitar su intervención en calidad de tercero coadyuvante (artículo 97 del Código Procesal Civil), forma de intervención que la propia norma procesal parece haber previsto expresamente en el artículo 60 del Código Procesal Civil”³⁰⁰.

Es consecuencia, no es posible ni resulta necesario que la acción pauliana también recaiga en actos procesales fraudulentos.

299 Hace referencia al tema, FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio. Ob. cit., p. 161.

300 PRIORI POSADA, Giovanni. “Comentario al artículo 1219”. Ob. cit., p. 333.

1. Características de los actos protegidos por la acción pauliana (¿de la relación jurídica obligatoria a la relación jurídica patrimonial?)

Todo análisis de la acción pauliana ha partido desde tiempos históricos a que es un efecto de las obligaciones, un mecanismo de tutela del acreedor para satisfacer su derecho subjetivo de crédito, frente a los "fraudes" a los acreedores; sin embargo, dicha concepción clásica guarda relación con los efectos de los contratos.

Es decir, como todos sabemos, el contrato, originariamente, se pensó desde los tiempos romanos en que solo genera relaciones obligatorias, y es obvio que las instituciones jurídicas relacionadas con el contrato y sus efectos se configuraban de acuerdo a la concepción doctrinas y jurisprudenciales que imperaba en cada época.

Así, las instituciones como la responsabilidad civil, la lesión del contrato, los contratos preparatorios, las vicisitudes del contrato, fueron evolucionando a medida que se desarrollaba la concepción del contrato; a través de los tiempos, cada nueva noción del contrato conllevaba necesariamente a la adecuación de las instituciones que la acompañaban.

En materia de los efectos de los contratos, se produjo también un cambio, se dejó de lado la noción de que los únicos efectos patrimoniales que generaba el contrato eran las relaciones obligatorias, aceptándose actualmente en forma casi unánime (siempre hay sectores conservadores) que los contratos producen efectos patrimoniales generando derechos subjetivos, deberes jurídicos, así como derechos potestativos y estados de sujeción, y también derechos reales.

Una muestra clara de ello, son los contratos de opción, contratos preparatorios ampliamente aceptados por la mayoría de países del Derecho romano-germánico, que como todos bien sabemos es el contrato mediante el cual se atribuye a una de las partes el derecho de constituir la relación contractual final mediante una propia declaración de voluntad.

Teniendo este panorama es necesario establecer si la acción pauliana es un mecanismo que actúa dentro de las relaciones obligatorias, protegiendo solo el interés crediticio, o en su caso, de acuerdo a los fines que persigue puede englobar también a la protección de los intereses contractuales.

Posteriormente, si resulta acertada la noción citada, establecer si cabe dicho mecanismo dentro de los contratos de opción o incluso en los contratos con efectos reales. (Como en la compraventa de bienes inmuebles, salvo cuando se trate de venta alternativa, venta genérica, venta de bien futuro, venta de bien ajeno y reserva de propiedad), aunque cabe anotar que “el efecto real del contrato se acompañe las más de las veces con efectos obligatorios, no solo por la posibilidad que con el consenso mismo constituya obligaciones de carácter accesorio respecto a la transferencia de otros derechos reales, sino justamente por la necesidad de asegurar tales efectos principales o mejor por la necesidad de asegurar la utilidad que de tales efectos principales del contrato el adquirente tiene derecho de disfrutar”³⁰¹.

Conforme al tema de la acción pauliana en la relación obligatoria, dicho mecanismo sirve para reintegrar el patrimonio del deudor a fin de que en la etapa de ejecución forzada, que pudiera darse, pueda satisfacer su crédito.

Teniendo en cuenta ello, se puede apreciar que a fin de cuentas, lo que se quiere proteger es la situación jurídica de una de las partes de un contrato, fuente de las obligaciones o cualquier título que genere una obligación.

Cabe anotar que no se discute que siendo un mecanismo que actúa en las obligaciones, está presente en cualquiera de las fuentes de esta; es decir, no solo en el contrato, sino que puede estar en la gestión de negocios, enriquecimiento sin causa, promesa unilateral y en la responsabilidad civil.

Sin embargo, es posible que, de acuerdo a la actual evolución del contrato, los mecanismos de tutela no deban partir de las obligaciones sino del mismo contrato³⁰².

En la actualidad, el contrato sirve de instrumento para crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales, concepto amplio que no se circunscribe a las relaciones obligatorias, sino

301 OSTI, Giuseppe. “Scritti Giuridici”. Tomo II, Giuffré, Milano, 1973, pp. 626-629. En: *Contratos en General*. Material de Lectura del Prof. Hugo Forno Florez.

302 De alguna manera lo explica FORMIGGINI, Aldo. “Rivoluzione nella revocatoria, evoluzione nei contratti preliminari?”. En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Anno LV, N° 4, Dicembre, Giuffré, Milano, 2001, pp. 1163-1175.

a cualquier tipo de relación jurídica que, siendo o no una obligación, tenga contenido patrimonial. En efecto, a lado de las obligaciones existen una gama de relaciones jurídicas que articulan o estructuran deberes jurídicos y derechos subjetivos, distintos al débito y al crédito; este es el caso de los deberes o sujeciones correlativos a los poderes y a los derechos potestativos, que si bien cumplen una función de complemento a la obligación tiene una estructura y función autónoma³⁰³.

En efecto, citando al maestro Massimo Bianca, como doctrina autorizada, “el acto del optante es suficiente para constituir la relación contractual final sin que concurra un ulterior acuerdo de las partes. En esto se observa la segura distinción respecto del compromiso de contratar, del cual emana el deber de estipular el contrato definitivo. De la opción emana, por el contrario, el poder del optante de formar el contrato final: tal poder se califica comúnmente como derecho potestativo. El derecho de opción no puede compararse con una posición de deber. La parte vinculada no debe emitir otras declaraciones del consenso. Se trata ante todo de una posición de sujeción respecto del poder optante.

En cuanto la parte vinculada por la opción tiene una posición de sujeción, de ello resulta que no debe ni la prestación contractual final ni la actividad instrumental de cuidado y preparación de la misma. Que el declarante deba tener el comportamiento de cuidado y preparación de la prestación no entra en la economía de la operación, caracterizada

303 Un excursus histórico y sistemático de la evolución de los efectos del contrato hasta el análisis de nuestro Código Civil les remito a: FORNO FLÓREZ, Hugo. “El contrato con efectos reales”. En: *Ius et Veritas*. Año IV, N° 7, PUCP, Lima, 1993; ESCOBAR ROZAS, Freddy. “El contrato y los efectos reales. Análisis del sistema de transferencia de propiedad adoptado por el Código Civil peruano”. En: *Ius et Veritas*. N° 25, PUCP, Lima, 2002; CÁRDENAS QUIROZ, Carlos. “Registros Públicos, clasificación de los bienes y transferencia de la propiedad (del Código Civil de 1852 a la reforma del Código Civil del Perú de 1984)”. En: *Anales de la academia nacional del derecho y ciencias sociales de córdoba*. Tomo XXXIX, Año Académico 2000-I, Córdoba, 2000; MOISSET DE ESPANÉS, Luis. “La tradición traslativa del dominio: El Código Civil español y el sistema iberoamericano”. En: *Ius et Veritas*. N° 4, PUCP, Lima, 1992; OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. “La transferencia de propiedad en el Perú”. En: *Ius et praxis*. N° 30, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, Lima, 1999 (publicado en el 2000); NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort. “Resucitaciones, fantasmas y ‘apariciones’. Reflexiones críticas en torno a la transferencia de la propiedad inmueble en el Perú. A propósito de un reciente proyecto de ley”. En: *Revista Peruana de Jurisprudencia*. Año 8, N° 67, Editorial Normas Legales, Lima, setiembre, 2006. Asimismo, desde el punto de vista extranjero: PAPANTI PELLETTIER, Paolo. “Sull’efficacia del contratto traslativo negli ordinamenti europei continentali e latino - americani”. En: *Roma e América*. Diritto Romano comune. Rivista di diritto dell’integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina, N° 12, Mucchi Editore, Roma, 2001.

por el poder reservado al optante de constituir la relación si y cuando la operación le parezca conveniente”³⁰⁴.

Como menciona nuestra jurisprudencia: “la opción es un contrato preparatorio pero completo, es principal, pues a pesar de ser preparatorio tiene existencia por sí mismo y confiere un derecho exclusivo al beneficiado y ese tiene absoluta libertad para ejercitarlo o no”³⁰⁵. En efecto, siendo un contrato como cualquier, está investido de cumplir el fin de todo contrato: satisfacer el interés contractual, por el cual se es merecedor de tutela, al cual se le provee de una serie de mecanismos de tutela para dicho fin.

Una aclaración, no nos referimos a los remedios contractuales, que actúan, por el contrario, para hacer remediar un defecto del contrato eventualmente presente, y para determinar, en razón del defecto mismo, la cancelación o la revisión de los efectos contractuales.

Entonces, teniendo en cuenta de que no puede haber efectos de los efectos obligatorios, como hace mención nuestro Código Civil, dichos efectos son propios de los negocios jurídicos que lo originan, además de que los mecanismos de tutela están dirigidas a satisfacer el interés de la parte correspondiente, y que ello trasciende de la estructura de las relaciones obligatorias.

Ello conlleva a señalar que lo correcto es decir que la acción pauliana es un mecanismo de tutela de todo negocio jurídico que genere efectos patrimoniales, y dentro de ellos tenemos a los contratos.

Pero, ¿solo efectos obligatorios?, la respuesta es sí, cuando la concepción del contrato se equiparaba a las demás fuentes de obligaciones, en el sentido de que solo producía dichos efectos, sin embargo, con la nueva concepción de los efectos de los contratos, es innegable establecer que la acción pauliana es un mecanismo que operaría en contratos no obligatorios, o al menos llevaría a dudar que dicha idea pueda ser sostenida hoy en día.

304 BIANCA, Massimo. Ob. cit., p. 270.

305 Casación N° 27762-98-Lima, de fecha 29 de enero de 1999.

Es preciso, por tanto, una vez llegado a este razonamiento, que analicemos los contratos no obligatorios, para tener la certeza de que es posible aplicar en estos contratos la acción pauliana. Cabe tener en cuenta, no obstante, como se señaló anteriormente, que existen contratos con efectos mixtos, siendo lógico que existiendo efectos obligatorios se aplicaría la acción pauliana (la compraventa de un bien inmueble incluso que genera efectos reales, también genera efectos obligatorios sobre el pago del precio, por lo que estaríamos ante un típico caso de débito que puede asegurarse mediante la acción pauliana, en caso de detrimento patrimonial que afecten su cancelación en vía de ejecución forzada).

Es por ello, que nos concentraremos en que si la acción pauliana incide en los efectos reales de dichos negocios jurídicos, al igual que lo hace con los efectos obligatorios.

Como se había anotado, los contratos con efectos reales conllevan a que por el simple acuerdo de las partes se produce la constitución o una transmisión de una atribución patrimonial, satisfaciéndose de por sí los intereses de las partes, lo que implicaría que no habría necesidad de proporcionar mecanismos de tutela a una de las partes para asegurar lo acordado y que se realice la atribución patrimonial acordada debido a que ya se habría realizado automática en virtud a los efectos reales del mismo. En consecuencia, no resulta factible la aplicación de la acción pauliana en estos tipos de contratos, porque no habría necesidad de ello.

Por ejemplo, en los contratos de compraventa inmobiliaria, teniendo en cuenta nuestro Código Civil, la transmisión del derecho de propiedad sobre el bien inmueble se efectúa de manera inmediata a la celebración del contrato, no existiendo la posibilidad de que se vea afectado por actos del vendedor que perjudique la satisfacción del comprador "respecto a obtener la titularidad del bien"; es decir, no existiría un perjuicio pauliano. Se anota que en la mayor parte de los casos surgen efectos obligatorios aunque sea de manera accesoria, como por ejemplo garantizar al adquirente la efectividad de la adquisición y a defenderlo de las pretensiones que los terceros puedan tener sobre la cosa enajenada

(saneamiento por evicción), además de garantizar que el bien sea inmune por vicios ocultos³⁰⁶.

De otro lado, pasaremos a analizar los contratos con efectos “principalmente” de situaciones jurídicas de “derecho potestativo –estado de sujeción”, a través de los contratos preparatorios- contrato de opción, ejemplo por excelencia de esta figura³⁰⁷.

Como se ha señalado, en este tipo de contrato “del sujeto optado no depende ni puede depender la satisfacción del interés del optante (sujeto activo), por lo que su actuación se convierte en irrelevante con respecto a la formación del contrato, al cual queda inexorablemente vinculado tan solo por la declaración del optante”³⁰⁸.

Cabe anotar, que la figura se encuentra en doctrina como parte del fenómeno de la formación progresiva del contrato³⁰⁹.

Una estimada autora señala que “(...) este estado de sujeción del concedente no se encuentra solo sino que adicionalmente se deben de observar otras situaciones jurídicas que rodean este estado de sujeción, como lo serían las obligaciones de hacer, y de no hacer; es decir, ese no hacer nada por parte del proponente implica que no podrá realizar actos que podrían truncar la realización del interés del optante, como enajenar o destruir el bien inmueble (cuya transferencia sería el objeto del contrato definitivo), y de hacer si por ejemplo tenía la obligación de pagar los gastos de la inscripción de los registros públicos del contrato preparatorio, y de dar si es que se había pactado que el concedente debía entregar un bien a un tercero para la celebración del contrato de opción. Por ende, la afirmación de que el concedente no tiene que hacer nada para que el optante pueda ver satisfecho su interés, en la práctica no es del

306 Bajo las mismas ideas: FERRI, Luigi. Ob. cit., p. 253.

307 Se señala que la opción genera no solo esas dos situaciones jurídicas ya que además nacerán derechos subjetivos de crédito consistentes en obligaciones con prestaciones de dar, hacer y no hacer, ya sea por parte del concedente o del optante (Ver al respecto, CHINCHAY TUESTA, Ady. “El contrato de opción de compra. Soluciones prácticas a los problemas más frecuentes, la posibilidad de resolver y de desistirse a contratar”. En: *Actualidad Jurídica*. N° 180, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre, 2008, p. 59.

308 PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. “Comentarios al artículo 1419”. En: AA.VV. *Código Civil comentado*. Tomo VII, Ob. cit., p. 356.

309 RICCIUTO, Vincenzo. “La formazione progressiva del contratto”. En: AA.VV. *I Contratti in Generale*. Tomo I, a cura di Enrico Gabrielli, UTET, Torino, 1999, p. 183.

todo tan cierto, puesto que el proponente puede fácilmente (sobre todo tratándose de bienes muebles) transferir el bien a un tercero, arrendarlo, usufructuarlo, etc, actos que podrían hacer imposible la satisfacción del interés del optante”³¹⁰.

En ese marco de ideas señala que cuando el concedente realiza actos que impiden la realización del interés del optante celebrando con un tercero la adquisición de un bien inmueble, quien actúa con mala fe con el concedente, y el optante ya hizo su uso del derecho de opción, este tendrá expedita la acción pauliana para que ese contrato entre el concedente y el tercero se declare ineficaz con respecto al optante, quien se convertiría en el propietario del bien desde el momento en el que ejerció el derecho de opción; es decir desde que aceptó.

Al respecto, debemos señalar que si ya optó por la opción estamos ante un contrato en la cual es exigible el cumplimiento del mismo, que en este caso conllevaría a la resolución del contrato por incumplimiento. Cabría la acción pauliana como señala la autora, en el sentido de que está colocándose en una situación de incumplimiento, pero ya no en el marco de una relación jurídica derecho potestativo-estado de sujeción, que no existe desde que aceptó, sino en el marco de una relación jurídica obligatoria, que se encuentra dentro de toda compraventa.

En el segundo escenario tenemos que cuando el optante quiere ejercer su derecho de opción el concedente-propietario ya ha vendido el bien a un tercero. La autora mencionada plantea una idea interesante de que una de las alternativas del optante frente a esta situación es declarar ineficaz en negocio jurídico de disposición del bien entre el concedente-propietario y el tercero-comprador.

En el marco de una relación jurídica derecho potestativo-estado de sujeción, la autora, introduce como mecanismo de defensa a la acción pauliana, que podría conllevar a pensar en un primer momento, que cabe dicho mecanismo aun en dichas relaciones que no son obligatorias, como señala nuestro Código Civil o las legislaciones extranjeras; sin embargo, en vez de ir por eso camino, trata de justificar la pertinencia de dicho mecanismo forzando la idea de que ello es posible, porque la

310 CHINCHAY TUESTA, Ady Rosin. Ob. cit., p. 60.

realización de actos del concedente que podría volver imposible la realización del interés del optante es una violación al deber jurídico inmerso dentro del contrato de opción y no en virtud a la relación jurídica derecho potestativo-estado de sujeción, ya que parte de que es uno de los efectos que también se dan en dicho contrato.

Estimo que, sin negar que existan otras situaciones jurídicas patrimoniales en los contratos de opción, para poder ofrecer mecanismos de tutela, como la acción pauliana, dentro de este tipo de contrato, no resulta necesario enmarcarlo dentro de la relación obligatoria; es decir que puede encuadrarse como propio de la relación jurídica patrimonial derecho potestativo-estado de sujeción, por la cual el optante puede pedir que se declaren ineficaces respecto de él los actos del concedente por los que renuncie a derechos o con los que disminuya su patrimonio conocido y perjudiquen el derecho de opción, presumiéndose la existencia de perjuicio cuando del acto del concedente resulta la imposibilidad de pagar íntegramente la prestación debida, o se dificulta la posibilidad de la satisfacción del interés del concedente respecto del contrato.

En efecto, los fines de la acción pauliana que es impedir que actos de una de las partes afecte los intereses contractuales de la otra, se ajusta perfectamente no solo en los contratos con efectos obligatorios, sino también en los contratos de opción que al fin y al cabo se dirigen a la satisfacción de los intereses contractuales, y al señalar ello me refiero a que por tener el optante el derecho potestativo de celebrar o no el contrato está y tiene que estar investido del poder de asegurar ese derecho otorgado por el concedente declarando ineficaces a los actos de él que traten de frustrar su interés.

De ello se desprende que descarto la idea de que la ineficacia pauliana se otorgue porque el concedente está "obligado" a no realizar actos que perjudiquen al optante, siendo innecesario esta idea artificiosa, que recuerdan a las teorías ampliamente superadas que trataban de justificar a los contratos de opción como una obligación; además que conllevaría a señalar erróneamente que, aun sin aceptación del optante y sin contrato definitivo, el concedente esté incumpliendo con una obligación que nacería a la formación del contrato definitivo.

Manejar correctamente las categorías es preservar la lógica interna de la disciplina; es decir, calificar los fenómenos jurídicos correctamente

nos lleva a preservar la lógica del esquema conceptual que hemos adoptado. Si no preservamos esa lógica conceptual, dañamos el sistema, por lo que, para evitar ello, debemos llamar a las cosas por su nombre a fin de preservar la coherencia del sistema, teniendo en cuenta de que no debemos mezclar partes de cada sistema (por ejemplo *common law*, sistemas de otros países), porque ahí se pierde las virtudes de cada sistema y entran a un terreno en el que nada tiene forma, sentido ni predictibilidad.

En consecuencia, considero que sí cabe la acción pauliana en los contratos de opción, por la sola presencia de la relación jurídica derecho potestativo-estado de sujeción, como efecto de la misma y no de una relación jurídica obligatoria, conforme a los fundamentos señalados precedentemente.

¿Es posible su aplicación por analogía en nuestro ordenamiento jurídico?, lamentablemente la respuesta es negativa, debido a que siendo una restricción a la autonomía privada, no podría ser aplicada por analogía, en virtud al artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, que señala que la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía.

Además, por el principio de conservación del negocio jurídico, esto es cuando exista duda si el acto dispositivo en su conjunto (o también algunas de sus cláusulas individuales) deba surtir algún efecto o no producir ninguno, deberá entenderse en el sentido de que pueda producir algún efecto (y no en sentido distinto, en que no podrá causar efecto alguno).

VII. EFECTOS DE LA ACCIÓN PAULIANA

La forma de comprender los efectos de la acción pauliana varía según la idea de que se tenga de la naturaleza de ella, por lo que en el presente caso, se desarrollará esta, en función a la naturaleza que hemos analizado y explicado líneas atrás.

Sus efectos son de naturaleza compleja, al ser una acción de carácter personal, no persigue la cosa, sino se dirige sobre ciertas personas. Su objetivo es lograr la ineficacia del acto de autonomía privada (por excelencia un negocio jurídico) pero de manera relativa; es decir, todos los

efectos del negocio se cumplen, menos uno, oponerse al proceso de ejecución del acreedor que solicitó la acción pauliana. Esto afectará tanto al deudor como al adquirente por lo que la acción se dirige contra los dos (que actuarán como litisconsortes necesarios pasivos).

Estos efectos de la acción pauliana son *ex tunc*; es decir, hará al negocio jurídico ineficaz desde su nacimiento, sin que ningún acto del adquirente pueda perjudicar al acreedor (a no ser que intervenga un subadquirente a título oneroso y de buena fe, artículo 191 del Código Civil). Así, el tercero mediato también cae bajo la esfera de la acción pauliana, ya sea el título adquisitivo de naturaleza onerosa o gratuita.

1. Respecto a los acreedores del deudor

Su triunfo permitirá al acreedor impugnante ejecutar su crédito sobre los bienes que fueron objeto del acto impugnado, hasta la concurrencia con el monto de dicho crédito (efecto parcial o limitado), o si el monto de él supera el valor de dichos bienes, hasta el monto de ellos, ventaja que solo le corresponderá a él, no siendo extendible a los demás acreedores del deudor o a sujetos que tienen un compromiso patrimonial a favor por parte del sujeto impugnado (efecto relativo).

Se señala que la ineficacia es doblemente relativa: principalmente relativo porque la realización de la acción pauliana solo beneficia al acreedor que la ha propuesto y no a toda la masa creditoria; relativa, también, porque no se ven afectadas los principales efectos del acto, sino solo aquellos que impedirá al acreedor actuar en vía ejecutiva sobre un bien ya extraño a la esfera patrimonial del deudor³¹¹.

En efecto, “cada acreedor es dueño de su interés y en él comienza y acaba su relación con el deudor, puede desconocer perfectamente la existencia de otros créditos, y aunque los conozca, ello no tiene por qué condicionar en modo alguno su actuación en vía revocatoria [pauliana]”³¹².

311 COSTANTINI, Cristina. “Gli effetti dell’azione revocatoria”. En: *The Cardozo Electronic Law Bulletin*. Vol. 12, 2006, p. 1. (<<http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/home.html>>).

312 CRISTÓBAL MONTES, Ángel. “Efectos de la acción pauliana”. En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Año LXXVII, N° 666, Colegio de Registradores de la Propiedad Madrid, julio-agosto, 2001, p. 1453.

“El acreedor que acciona la pauliana busca de manera exclusiva su interés, se margina por completo de cualquier preocupación por el colectivo de acreedores y nada más lejos de su ánimo que considerar que está abogando por otros titulares de crédito que no han entrado en relación con él y que probablemente desconozca”³¹³.

Si por el carácter relativo de la ineficacia pauliana esta solo se produce frente al acreedor o acreedores accionantes, su carácter limitado conduce a que la ineficacia en referencia, solo alcanza, cuantitativamente, hasta la medida que sea estrictamente necesaria para evitar el perjuicio de la parte bajo interés protegido, que le viene impuesta por su propia naturaleza y finalidad, desarrollada líneas atrás.

Ello conlleva como efecto práctico que la sentencia declare la ineficacia pauliana respecto al acto de disposición de un bien hasta la medida que el perjuicio se haya extinguido, dejando a salvo el derecho del adquirente o subadquirente, por lo que si el bien está registrado, no conllevará a la cancelación del asiento registral, sino una anotación de la ineficacia pauliana a favor de la parte impugnante, produciendo para los demás acreedores o sujetos vinculados con la parte comprometida todos sus efectos propios.

Siguiendo a Jordano Fraga³¹⁴ la limitación, de carácter cuantitativo de la ineficacia pauliana, asegura eliminar el perjuicio pauliano del sujeto impugnante, colocándolo en la misma situación que estaba antes del acto de disposición del sujeto impugnado, como si no se hubiera realizado, y ello conlleva, por el contrario, a señalar que la vía pauliana nunca puede colocar al sujeto impugnado en una situación mejor (más favorable para él) que la existente al momento de la celebración del concreto acto de disposición que se impugna.

En actos de disposición a título gratuito no cabe duda de que exista un detrimento patrimonial y que con la acción pauliana se elimine dicho detrimento. Cuando se trata a título oneroso, ocurre lo mismo, no

313 Ídem.

314 JORDANO FRAGA, Francisco. Ob. cit., pp. 165-167. Se tomará parte de su clasificación de los efectos adecuándolos a nuestra postura.

existiendo posibilidad de que, en estos casos, el sujeto impugnante obtenga más de lo que tenga derecho a cobrar, debido a que:

- a) O la contraprestación pagada por el tercero está todavía en todo o en parte, en el patrimonio del sujeto comprometido y es localizable, y cubre el importe del interés protegido, en cuyo caso, es evidente que este no puede ejercitar la acción pauliana contra el acto de enajenación, en específico.
- b) O dicha contraprestación no es suficiente o no se le ha podido localizar o asegurar su no disposición, por lo que la acción pauliana permitirá asegurarse del bien enajenado todo lo que no puede obtenerse del deudor (si A vende a C por 200 un bien de valor 300, dejando el patrimonio de A en 300, frente al crédito de B de 350, este podrá impugnar dicho acto hasta el valor de 50 más, dejando el valor del bien bajo 250 a manos del tercero, por lo que, como se aprecia a efectos de determinar los límites de la acción pauliana se toma en cuenta no solo el valor del bien, sino lo recibido de parte del tercero, no existiendo la posibilidad de aumento del patrimonio del sujeto impugnado no obteniendo el sujeto impugnante más patrimonio de lo que pudiera cobrar).

Al tercer adquirente le quedará, en su caso, el remanente del cobro del sujeto impugnante y podrá irse luego en contra del sujeto impugnado que le otorgó dicho bien (por parte del valor del bien enajenado-adquirido).

Asimismo, tiene como efecto que el sacrificio económico del tercero, adquirente del sujeto impugnado en el acto impugnado con la pauliana, solo se produce en lo estrictamente necesario para evitar el perjuicio causado, conllevando a que, tratándose de una enajenación, que al tercero adquirente corresponde el eventual remanente que deje el cobro coactivo del sujeto impugnante (titular de una situación jurídica de ventaja) y que dicho tercero, en vía de regreso contra el sujeto enajenante, solo tendrá que soportar el riesgo de la insolvencia de este, riesgo que el ejercicio exitoso de la acción pauliana ha transferido desde el sujeto impugnante hacia el tercero adquirente afectado por aquella, pues es evidente que tal regreso únicamente podrá hacerse efectivo cuando el sujeto impugnado enajenante y con el patrimonio en detrimento mejore su fortuna, dentro del límite cuantitativo de la parte del valor del

bien enajenado/adquirido que haya sido estrictamente precisado para el cobro coactivo del sujeto impugnante, o sea, dentro del mismo límite cuantitativo de la ineficacia pauliana.

Además, la limitación cuantitativa de la ineficacia pauliana asegura que el perjuicio económico del tercero, adquirente del sujeto impugnado, solo se produce en lo estrictamente necesario para evitar el perjuicio ocasionado al sujeto impugnante por dicho acto de disposición.

Cabe señalar que ello calza perfectamente cuando el perjuicio pauliano es a nivel cuantitativo, esto es, el detrimento es de S/. 2000, entonces el efecto alcanza hasta S/. 2000 del valor del bien impugnado. Sin embargo, cuando el perjuicio es a nivel cualitativo, esto es, bien se intercambia por dinero ocultable, el efecto de la acción pauliana tendrá que alcanzar a todo el valor del bien impugnado, ya que el detrimento está en no poder contar con el valor económico de intercambio. Ello se justifica porque si en la etapa de ejecución forzada se desaparece el dinero, se cubre con todo el bien impugnado.

Si después de la ejecución quedara un remanente, será de propiedad del tercero adquirente, lo que conlleva a diferenciar de manera más precisa, que no estamos ante una nulidad, rescisión, sino una inoponibilidad de la parte perjudicada, del acto efectuado por las partes y el tercero, incluido los otros acreedores del deudor que no hubieren accionado, además de los acreedores del tercer adquirente.

En efecto, en relación con los acreedores del deudor, este ya no posee la cosa objeto de la revocación; la acción se dirige contra él, no para obtener la cosa, sino para declarar la ineficacia [relativa] del negocio jurídico, celebrado entre él y el adquirente. En lo demás, el negocio jurídico sigue siendo válido, subsisten por ello, las relaciones jurídicas entre el deudor y el tercero. Los bienes que no sean necesarios para satisfacer al impugnante, quedarán en poder del adquirente, sin que pase, ni un momento, al patrimonio del deudor³¹⁵.

Es más, el bien impugnado si bien se reintegra al patrimonio del deudor, solo es a efectos de ejecutarlo en una posible ejecución forzada,

315 DE CASTRO Y BRAVO, Federico. Ob. cit., p. 226.

por lo que ya no podrá ser objeto de una nueva disposición; es decir, este pierde el ejercicio de propiedad sobre dicho bien, porque ya no le pertenece, al mantenerse los demás efectos del acto impugnado.

En relación con los otros acreedores del deudor, la ineficacia relativa conseguida por uno de los acreedores defraudados no se extiende a los demás acreedores no impugnantes, solo tendrá el beneficio el acreedor que lo ejerció. Ello se debe, cabe recordar, que la acción pauliana es un mecanismo personal, propio, y no de interés colectivo (para ello está el procedimiento concursal), además que se funda en el perjuicio personal ocasionado, dato esencial para determinar hasta donde llegan los efectos de la acción pauliana sobre el bien enajenado.

Por último hay que indicar que la sentencia que culmina el proceso de impugnación pauliana otorga título al acreedor para ejecutar los bienes enajenados y que han sido reintegrados al patrimonio del deudor, solo para contar con dicho bien cuando se realice la ejecución forzada, pudiendo ser materia de embargo.

Asimismo, como señala Fernández Campos: si fueron varios los bienes enajenados en un mismo acto, como la ineficacia no estriba en un defecto estructural del acto sino en el perjuicio que dicho acto ocasiona, la pauliana solo afectará a la medida necesaria para reparar el perjuicio que funda la impugnación; en consecuencia, el tercero no tendrá que soportar que el acreedor impugnante ejercite sus acciones ejecutivas (u otras medidas que disponga) sobre todos los bienes recibidos, sino solo sobre los bienes necesarios para asegurar la realización de su crédito³¹⁶.

2. Respecto del deudor

Los efectos que produce la acción pauliana respecto al deudor o mejor dicho sujeto impugnado, o parte comprometida si hay un contrato, queda en una doble posición de desventaja, estando frustrada la disposición de su bien, y demostrado en juicio que no tiene patrimonio suficiente para el cumplimiento a su acreedor o parte beneficiada en un contrato, ya no podrá disponer de otro bien debido a que estaría sujeto

316 FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio. Ob. cit., pp. 251-252.

a una acción pauliana, por lo que sufriría una especie de impedimento de disposición patrimonial hasta que su situación económica cambie a mejor.

Frente al tercer adquirente del bien sujeto ahora a una ejecución coactiva, tendría una responsabilidad frente a él asumiendo los daños que le ha ocasionado al darle un bien que está sujeto a un posible remate, y en caso se dé el mismo, podría invocar el saneamiento por evicción, cuando la transferencia se haya dado a título oneroso o a título gratuito con carga modal, de forma limitada según el costo de la ejecución de la carga (no ya la pérdida del lucro recibido, sino su propio empobrecimiento), reclamando al donante (sujeto impugnado) el valor de la carga impuesta y cumplida.

También podría estar sujeto a un enriquecimiento sin causa, por el empobrecimiento del tercero adquirente a costa de él, pero solo se invocaría de manera subsidiaria, según su naturaleza, en casos de que el tercero adquirente no esté protegido por el saneamiento por evicción, como en los casos de donación que no sean modal; es decir, sin carga impuesta.

3. Respetto del tercer adquirente

Fundada la acción pauliana, el adquirente a título oneroso se encontrará colocado en la posición de poseedor de mala fe, respondiendo por el deterioro o destrucción del bien, deberá asimismo reparar los daños y perjuicios que se sigan al acreedor accionante, en los supuestos de transmisión posterior de los bienes a un subadquirente de buena fe o cuando se le haya perdido el bien, estando ante el supuesto de una responsabilidad aquiliana del tercer adquirente contra el acreedor³¹⁷.

Además, deberá reintegrar o pagar los frutos percibidos y los que por su culpa se hubiesen dejado de percibir, con deducción de los gastos necesarios hechos por él para la conservación del bien.

317 LUCCHINI GUASTALLA, Emanuele. "Voce: Revocatoria ordinaria (azione)". En: AA.VV. *Il Diritto*. Enciclopedia Giurídica, Volume 13, diretta da Salvatore Patti, Del Sole 24 ore, Milano, 2007, p. 469.

En estos casos, su contraprestación será irrisoria en relación al valor del bien que haya recibido del sujeto impugnado enajenante, por lo que su hipotética restitución carecerá normalmente de sentido.

Situación distinta puede ser la del adquirente a título gratuito. En este caso, no habiendo sido necesario probar la complicidad del beneficiario ni su conocimiento del *evento damnis*, y aunque progrese la acción pauliana, será considerado como poseedor de buena fe, que tendrá derecho al reembolso de los gastos que hubiese hecho al tiempo que cesare la buena fe, gozará el derecho de retención que tiene por los gastos necesarios y útiles hechos en el bien, y no responderá por el deterioro o pérdida del bien, salvo los hechos por su causa.

Estando ante bienes fungibles, la no actuación de la disposición se desdibuja en la realidad ya que no existiría bien reintegrado que ejecutar, por lo que, en estos casos, se aplicaría la regla de reparar los daños y perjuicios ocasionados al acreedor accionante.

La legislación no ha optado por el principio de persecución, como si fuera una garantía, que no lo es para los que creen que estamos ante una garantía aunque sea genérica, por lo que el efecto de la acción pauliana no implica que el precio de lo recibido por la disposición del bien por parte del tercer adquirente, sino que se sujeta al bien entregado, reintegrándose al patrimonio del disponente de manera ideal, solo a efectos de contar con dicho patrimonio al momento de la posible ejecución forzada.

Roselli indica los siguientes efectos:

- a) Si la obligación revocada no ha sido todavía incumplida, el acreedor revocante tiene un interés de preferencia, en sede ejecutiva, respecto a aquel que ha devenido acreedor gracias al acto revocado.
- b) Si la obligación revocada ha sido incumplida, el primer acreedor puede imponer a la ejecución ejecutiva el bien pasado, por efecto de cumplimiento, en el patrimonio del segundo acreedor satisfecho³¹⁸.

318 ROSELLI, Federico. Ob. cit., p. 319.

Cuando el acto revocado haya consistido en la constitución de una garantía real, efecto de la revocatoria es excluir el interés de preferencia del tercer garantizado, análoga solución cuando se haya revocado un acto de contribución en sociedad.

En cuanto a la cuestión de los frutos percibidos por el tercero entre el momento de su adquisición y aquello de la declaración judicial de ineficacia, se cree que la posición del mismo sea por equiparar a aquella del deudor. Y luego este último en el caso de ejecución no está obligado a restituir los frutos si no por el tiempo que se sigue por el secuestro y, en cuanto se haya nombrado custodio del bien secuestrado, análoga solución se aplicará en relación con el tercero, que no podría ser llamado a responder en medida mayor de su predecesor³¹⁹.

Se trata en definitiva de una ineficacia relativa solamente al accionante, parcial sobre el plano cuantitativo, o sobre el valor cualitativo del valor del bien objeto del negocio hasta la satisfacción coactiva del protegido.

Sin embargo, hay situaciones en la cual se perjudica el interés de la parte que tiene una situación jurídica de ventaja de carácter patrimonial, a través de sentencias judiciales logradas en conmina entre el impugnado y un tercero, no pudiendo operar en dichos casos la acción pauliana aunque se produzca un fraude incluso que cause un detrimento consiente en su patrimonio.

En esos casos, la ley prevé otros mecanismos de tutela dentro de dicho proceso como fuera este.

De ello se aprecia que los efectos de la acción pauliana obedecen a plantear una protección objetiva del crédito y demás situación jurídica de ventaja activa.

Se añade, además, que la ineficacia pauliana se extiende al tercer adquirente a título gratuito o a título oneroso de mala fe, no perjudica, por el contrario, al adquirente a título oneroso de buena fe al momento de la adquisición³²⁰.

319 Ídem.

320 Conforme: TORRENTE, Andrea y SCHLESINGER, Piero. *Manuale di Diritto Privato*. Diciannovesima edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2009, p. 452.

4. Respetto del tercer adquirente mediato o subadquiriente

Siguiendo a Cristobal Montes “aunque stricto sensu quien contrata con el deudor fraudulento no es un tercero sino la contraparte del acto dispositivo”³²¹ que resulta tercero en relación al verdadero protagonista que es el acreedor o parte contratante activa que ejerce la acción pauliana.

En cuanto a los subadquirentes del bien, también se ven afectados por la acción pauliana si han conocido del perjuicio, teniendo que ser demandados juntos con el deudor y el tercero. En caso tuviera buena fe, estaría protegido por la normativa, por lo que la acción se transforma en una acción para exigir daños y perjuicios al causante de la lesión, quien es el tercero (conocedor del perjuicio) y el deudor obviamente.

En efecto, para que la acción pauliana alcance también al subadquiriente este tiene que tener la misma condición del tercero enajenante, conocimiento del perjuicio (incluye la ignorancia negligente) en caso de adquirente a título oneroso o adquirente a título gratuito, además de impugnar todas las enajenaciones o disposiciones anteriormente realizadas para llegar a la adquisición del subadquirente.

En caso de que encontrara una adquisición a título oneroso y de buena fe entre las enajenaciones, ya no podría llegar al subadquirente, propietario del bien, siendo un acto inatacable por la acción pauliana, rompiendo la cadena de disposiciones o enajenaciones.

“Onerosidad y mala fe, por un lado, gratuidad, por el otro, tienen que estar presente, ora en la misma dirección, ora en dirección contraria, ora coincidentes, ora contrapuestas, tanto en el primer adquirente como en el subadquirente para que la acción revocatoria [pauliana] pueda iniciar su tránsito respecto al primer adquirente y continuarlo en relación a los posteriores subadquirentes”³²².

Cabe anotar que los sucesores del tercer adquirente, por su condición como tales, ocupan el mismo lugar que este, no existiendo duda que también les alcanza la acción pauliana.

321 CRISTÓBAL MONTES, Ángel. Ob. cit., p. 1461.

322 *Ibidem*, p. 1463.

Teniendo en cuenta dicha situación, a la semejanza del Código Civil español, sería conveniente regular el supuesto en la cual el tercero adquirente o subadquirente no puede devolver el bien materia de acción pauliana.

Los bienes objeto del acto quedan sujetos a la ejecución forzada probable que la parte perjudicada (Ej. Acreedor).

5. En relación con los acreedores del tercero

En relación con los acreedores del tercero [adquirente], como el negocio jurídico se declara ineficaz frente al acreedor, para este acto de disposición nunca ocurrió, y si se transfirieron bienes, esto a sus ojos siguen formando parte del patrimonio del deudor, sujetos para la satisfacción de su crédito. Como lógica consecuencia de lo anteriormente dicho, para que ello ocurra los acreedores del tercero no deben tener ningún derecho sobre la cosa, cuya revocación se obtuvo, ya que si fuera así, concurrirían junto con el acreedor impugnante, lo que desnaturalizaría a la acción pauliana.

6. Relaciones entre el deudor y el tercero después de la impugnación

Después de la impugnación el tercero tiene la acción de regreso contra el deudor, explicado líneas atrás, por el valor del bien que ha sido transferido potencialmente al sujeto impugnante.

La relación contractual que tiene no sufre ninguna desavenencia, se mantiene intacta, no es causal de resolución del contrato, si es que no lo han puesto por cláusula expresa.

El tercero en la ejecución forzada o cautelar puede oponerse a la misma, demostrando que el estado de peligro es venido a menos mutando para bien la situación patrimonial del deudor.

También lo evita cumpliendo al sujeto impugnante lo que el sujeto impugnado se ha comprometido patrimonialmente realizar, por no perder el bien adquirido, pero lo común será que no lo efectúe, a fin de que su pérdida no sea por partida doble, al menos en las adquisiciones onerosas, ya que no podría rescatar su contraprestación, ni podría hacer efectivo sus derechos en el supuesto de pago por tercero, ya que nos

hallamos ante un supuesto en que la impugnación se produce precisamente porque el deudor tiene un patrimonio insuficiente para satisfacer los intereses crediticios o contractuales.

VIII. TUTELA AQUILIANA DEL DERECHO DEL ACREEDOR FRENTE AL TERCERO ADQUIRENTE

Respecto a los daños ocasionados por el tercer adquirente, debemos primero indicar que “el acreedor puede quedar insatisfecho cuando el deudor no cumpla la obligación o cuando un tercero diferente impida, con un hecho doloso o culposo, al deudor el cumplimiento de la obligación. Se trata de dos lesiones de derecho del acreedor que permite dos formas de tutela diversas. El acreedor tendrá una tutela interna del crédito (artículo 1321 del Código Civil) contra el deudor y tendrá una tutela externa del crédito (artículo 1969 del Código Civil) contra el tercero”³²³.

Esta tutela externa del crédito es lo que se conoce como tutela aquiliana del crédito regulado de manera distinta por los principales ordenamientos jurídicos.

La responsabilidad aquiliana no supone la violación de un vínculo jurídico previo, sino que el mismo hecho dañoso es el que hace surgir la obligación de resarcirlos.

Tiene su conexión con los supuestos donde se aplica la acción pauliana en que los actos de disposición del deudor pueden ser en complicidad con el tercero, en la cual concurren en la producción del perjuicio pauliano, o que el tercero tenga conocimiento del mismo.

En Francia para unos es necesario que exista un acuerdo fraudulento entre el deudor y el tercero³²⁴, y para otros basta que el tercero tenga un simple conocimiento de la existencia del derecho violado³²⁵, respondiendo en estos casos por contravenir el deber general de respeto de los

323 MORALES HERVIAS, Rómulo. *Patologías y remedios del contrato*. Jurista Editores, Lima, 2011, p. 109.

324 DAGOT, M. *Le pacte de préférence*. Parías, 1988, pp. 282 y 283. Citado por BUSTAMANTE SALAZAR, Luis. “La tutela aquiliana del derecho de crédito y la revocación por acción pauliana”. En: *Ars Boni et Aequi*. N° 3, 2007, p. 174. (<<http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/2007-6-Bustamante.pdf>>).

325 DUCLOS, J. *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*. Parías, 1984, pp. 288, 451 a 454. Citado por BUSTAMANTE SALAZAR, Luis. Id.

derechos subjetivos ajenos con fundamento en el artículo 1382 del Code Civil, sobre la base de la responsabilidad civil extracontractual.

En Alemania, el profesor Von Thur señalaba que “en virtud al párrafo 823, I, el acreedor no tiene pretensión alguna contra el tercero que frustre o dificulte el cumplimiento. Si alguien ocasiona la imposibilidad de la prestación, matando al deudor, o quitándole la capacidad necesaria para la prestación, en las obligaciones *ad faciendum*; o, en las obligaciones *ad dandum*, destruyendo o dañando la cosa debida, su acto es ilícito únicamente porque viola los bienes jurídicos o los derechos absolutos del deudor, pero no en cuanto viole el crédito del acreedor, del que no surgen deberes para él”³²⁶. Aunque luego señala que “el derecho de reparación de daños del acreedor frente a un tercero, únicamente puede fundarse en el artículo 826, porque en este caso no se trata de la lesión de un derecho, sino de un acto contrario a las buenas costumbres, que puede consistir en el hecho del tercero que frustra un crédito ajeno”³²⁷.

A pesar del carácter general del párrafo 823 que abarcaba cualquier otro derecho, Enneccerus, Kipp y Wolff sostuvieron que la violación de un derecho de crédito no cae dentro de dicha disposición³²⁸.

En Italia, como consecuencia del fallo del caso Meroni, en la cual al Sentencia de la Corte Suprema di Cassazione del 26 de enero de 1971 acoge la demanda y condena al responsable del accidente en que murió dicho jugador - al tercero, a indemnizar los daños y perjuicios al acreedor lesionado (Associazione Calcio Torino), se admite la tutela aquiliana de los derechos de crédito.

Los casos que se citan son, entre otros, los casos de lesión del derecho del crédito por el deudor con la colaboración de un tercero³²⁹ para

326 VON THUR, Andreas. *Derecho Civil, Teoría General del Derecho Civil Alemán*. Volumen 1: Los derechos subjetivos y el patrimonio, traducción directa del alemán por Tito Ravá, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1998, p. 212.

327 Ídem.

328 ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. *Tratado de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*. Traducido y anotado por Blas Pérez González y José Alguer, Volumen II, 2ª parte, 3ª edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1966, pp. 1049, 1050 y 1059.

329 BUSNELLI, Francesco Donato. *La Lesione del crédito da parte di terzi*. Giuffrè Editore, Milano, 1964, p. 238.

afectar los intereses del acreedor aplicándole al tercero el artículo 2043 del Codice Civile, que es la cláusula general de responsabilidad civil extracontractual similar a nuestro artículo 1969 del Código Civil peruano.

No obstante, Castronovo plantea que la complicidad del tercero en el incumplimiento no puede ser asimilada a la lesión del crédito a obra de un tercero, partiendo de que “mientras en la lesión del crédito el comportamiento del tercero se considera como causa extraña, que impide el cumplimiento pero excluye además el incumplimiento y la responsabilidad del deudor, en donde la responsabilidad del tercero no puede ser sino extracontractual, en la hipótesis de complicidad del tercero, la ocurrencia cierta del incumplimiento imputable al deudor excluye que el comportamiento del tercero pueda calificarse como una causa extraña”³³⁰.

Por otro lado, Di Majo señala que “la expresión ‘tutela aquiliana del crédito’ existe un verdadero y propio ‘derecho pretorio’, dirigido a individualizar criterios de selección de daños resarcibles (en tanto sean daños injustos) más allá de los supuestos de daños causados a la propiedad o a la persona. Este derecho pretorio se refiere a la ‘tutela aquiliana del crédito’. Sin embargo, lo que en realidad pretende es la individualización de daños resarcibles (dada la injusticia de los mismos), teniendo presente la particular exigencia de identificar sujetos más intensa y directamente dañados (por ejemplo los familiares de la víctima) o de sancionar comportamientos de terceros particularmente reprobables. Así, pues la lista de supuestos en lo que es admitida la tutela aquiliana crecería conforme se individualicen más criterios (de selección)”³³¹.

En el supuesto donde se ejercita la acción pauliana, solo en caso el tercero conoce del perjuicio o colabora con el deudor, sea a título oneroso o gratuito, lo hace responsable frente al acreedor lesionado, al efectuar un detrimento en el patrimonio del deudor.

Cabe anotar que “la impugnación afecta no a la propiedad del bien, pues la transmisión fue válida y efectiva (no hay, por tanto, una mera

330 CASTRONOVO, Carlo. *La Nuova Responsabilità Civile*. Terza Edizione, Dott. A. Giuffrè, Milano, 2006, pp. 118-119.

331 DI MAJO, Adolfo. *La Tutela Civile dei Diritti*. 3za. Edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2001, p. 224.

inoponibilidad), sino a su sujeción a la acción ejecutiva del acreedor (que comporta una ineficacia parcial del acto impugnado)”³³². Es por ello que no tiene un efecto revocatorio, o reintegrativo al patrimonio, no pudiendo hablarse de tutela aquiliana del acreedor frente a la no restitución del tercero de los bienes adquiridos por el deudor (eso solo cabe en los sistemas que han optado por la nulidad de que sí tiene efectos restitutorios).

Además, llegada la ejecución coactiva y remate se afecta al bien en donde se encuentre y quien lo tenga no habiendo en ningún momento una obligación de restitución.

Solo existe una responsabilidad civil extracontractual del tercero por colaborar con el deudor o conocer el perjuicio pauliano que ha afectado al acreedor, no siendo el papel de la acción pauliana imponer una sanción al tercero por su actuar.

IX. FRAUDE Y APARIENCIA A LA VISTA: ¿LA INVALIDEZ O INEFICACIA?

Siendo un acreedor o parte activa de una relación contractual que advierte un acto dispositivo de su deudor o parte pasiva de una relación contractual, está en dos situaciones: escudriñar que dicho acto es simulado, (la mayoría de casos lo son, por voluntad fraudulenta del sujeto impugnado que desaparece sus bienes de manera aparente) o es un acto real realizado con una persona, de aquí se haya dos supuestos: una persona ajena a la situación del sujeto impugnado o una persona de confianza (generalmente un familiar) para evitar la sustracción de los bienes en caso de un irremediable incumplimiento.

Si tengo pruebas pediría la nulidad del acto simulado por causal de simulación, aunque ello beneficiaría a las demás personas perjudicadas.

Por otro lado, tenemos a la acción pauliana, la cual podemos usar, no obstante, según doctrina, se aplica a actos reales, pero como lo

332 FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio. “Actuación de la acción pauliana”. En: AA.VV. *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*. Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. 1835.

explicamos líneas atrás, “todo acto es real” hasta que no se le cuestione judicialmente, en el proceso respectivo.

Por ello, sabiendo o no que el acto dispositivo es simulado, es factible ejercer la acción pauliana, ya que cumple todos los presupuestos, elementos y requisitos, incluido el acto real.

En caso que el deudor o parte pasiva contractual sostenga que el acto dispositivo es simulado, no podrá ser atendido por el órgano jurisdiccional porque no es materia del petitorio.

De igual modo, estando ante un proceso de simulación, no podrá alegar que el acto se hizo para defraudar al demandante, a fin de que se plantee otro proceso en ejercicio de la acción pauliana, ya que no es materia del caso que el juez tenga que analizar.

Siendo este el escenario, frente a un hecho fraudulento por un acto simulado, se puede pedir la declaración de la nulidad de dicho acto, o la ineficacia del mismo, que al fin y al cabo, es una ineficacia que se otorga para proteger la situación jurídica del acreedor o parte activa contractual, no para advertir un vicio en la estructura del acto por el bien de la sociedad o el ordenamiento jurídico.

Una recomendación sería plantear la simulación como pretensión principal y la acción pauliana como pretensión accesoria, mas no combinar figuras y efectos como ocurrió en el Casación N° 938-03-Ica, publicada el 3 de mayo de 2004, en el diario oficial *El Peruano*, que resolvió, desenredando la maneja, y declarando fundado el recurso contra la sentencia que declaró fundada la “demanda de anulabilidad e ineficacia por fraude, dolo y simulación del acto jurídico, declarando, por tanto, la ineficacia del acto jurídico contenido en la escritura pública” (¿?).

X. ASPECTOS PROCESALES DE LA ACCIÓN PAULIANA

Después de la declaratoria de ineficacia pauliana (relativa y limitada), el sujeto impugnante tiene dos opciones como actuaciones a seguir, condicionado por la naturaleza de la situación jurídica que ostenta, si el crédito o contrato no es exigible (Por Ej. Está a condición suspensiva,

tendría que promover un proceso cautelar, si es exigible procedería una acción ejecutiva)³³³.

Llegado ese momento se tendrá que determinar la exigibilidad del crédito o incumplimiento del contrato con referencia a la situación del deudor o parte incumplida en ese momento, como presupuesto de la acción.

También precisar el acto dispositivo materia de impugnación como causa del perjuicio pauliano que sufre su interés crediticio o contractual.

A su vez, deberán ser verificados en relación al tercero en cuyo patrimonio se ubica actualmente el bien objeto del acto impugnado, comprobar la peligrosidad del comportamiento del tercero, respecto al sujeto impugnado ya se habrá demostrado en el proceso donde se ejerció la acción pauliana.

En la posición del tercero, tiene como mecanismo de defensa demostrar que no existe un derecho subjetivo, expectativa o derecho potestativo del sujeto impugnante, que se extinguió, o que el patrimonio del deudor ha venido nuevamente en la posibilidad de satisfacer los intereses del sujeto impugnante.

Por otra, la nueva noción de *eventus damnis* importaría una creciente facilidad en orden a la prueba de la subsistencia del requisito subjetivo (el cual alguna vez generaba la imposibilidad práctica de la prueba contraria)³³⁴.

En efecto, para el deudor el *consilium fraudis* sería *in re ipsa*; verificándose una determinada modificación atinente a su patrimonio –es decir, tal poder es considerado perjudicial a los acreedores– resultaría fácil demostrar que aquel, al momento del cumplimiento del acto, lo conociese, mientras resultaría difícil (por no decir imposible) ofrecer una prueba contraria, pasando de la comprobación del *consilium fraudis* a la constatación de la simple *scientia fraudis*³³⁵.

333 NICOLO, Rosario. Ob. cit., p. 162; COSTANTINI, Cristina. *Ibidem*, p. 2.

334 Según ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *El acto jurídico negocial*. Ob. cit., p. 374.

335 *Ibidem*, pp. 374-375.

XI. LA EXPERIENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO: EXAMEN DE ALGUNOS SUPUESTOS PARTICULARES DE ACTOS IMPUGNABLES

Nuestro ordenamiento jurídico en su sentido amplio es el “conjunto de normas jurídicas (sean estas legislativas, jurisprudenciales o consuetudinarias) con el que cuenta el Estado para solucionar los conflictos de sus integrantes”³³⁶.

En ese sentido, este trabajo, por la naturaleza del tema a investigar, ha hecho hincapié tanto en la parte legislativa como en la jurisprudencial; apreciándose que existen una legislación que no se ajusta a la evolución que ha sufrido la acción pauliana.

En efecto, del análisis de este mecanismo de tutela de situación jurídica de ventaja en una relación jurídica patrimonial, se ha apreciado que requiere de una nueva legislación que refleje dicha “experiencia”, dando una mejor protección a las personas perjudicadas por el perjuicio pauliano.

Respecto a la experiencia a nivel jurisprudencial, resulta pertinente analizar diversas jurisprudencias, respecto a cada presupuesto, elemento, presupuesto de la acción pauliana, donde se vierta todo lo analizado hasta este punto.

La acción pauliana sobre actos de disposición patrimonial de bienes sociales ha tenido un interés en la doctrina nacional analizando dicho caso generalmente cuando se trata de desarrollar esta figura, ello se debe a que existe jurisprudencia que ha tocado este tema de manera peculiar.

Tenemos a la vista las siguientes jurisprudencias:

La Casación N° 5249-2006-El Santa trata de que el Sr. Hilario Torrealva Villanueva es el único deudor de la Empresa de Transportes “El Rosario S.A” quien interpuso una acción pauliana contra este, su cónyuge y al hermano de esta, por el acto de transferencia de un bien inmueble

336 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Los principios contenidos en el título preliminar del Código Civil de 1984*. Ob. cit., p. 165.

de los cónyuges a favor del cuñado que estaría limitada a la expectativa de derechos que uno de los cónyuges (el deudor) tendría sobre los bienes dispuestos que conformaban parte de los bienes de la sociedad de gananciales, es por ello que la Casación precisa que la declaración de ineficacia es solo respecto de los derechos expectatícios que le pudieran corresponder al deudor demandado Sr. Hilario Torrealva.

Como se sabe, los bienes sociales en el marco de la sociedad de gananciales concentra un patrimonio autónomo del patrimonio personal, por lo que para que se aplique la acción pauliana debe establecer que el patrimonio personal es insuficiente para cubrir la deuda, lo que conlleva a tomar en cuenta los derechos expectatícios que tiene el deudor sobre los bienes de la sociedad de gananciales a efectos de juntarlo con su patrimonio personal para cobrarse satisfactoriamente su deuda en la posible ejecución forzada, por lo que una disposición de ello que disminuya esos derechos expectatícios; es decir, parte de su patrimonio, que conlleve a que perjudique su crédito, genera legítimamente a que ejerza la acción pauliana a efectos de declarar ineficaz el referido acto de disposición.

El titular de dicho patrimonio autónomo no son los cónyuges sino la sociedad de gananciales, que disuelta ella da camino a que los cónyuges puedan adquirir la titularidad de los bienes que la componen, por lo que hasta su disolución los cónyuges no tienen un derecho subjetivo sobre dichos bienes (no los pueden disponer de manera unilateral), sino una expectativa (para lo cual remitimos a las definiciones acotadas en líneas atrás), en el caso, la eventual adquisición de uno de los cónyuges de una parte de los bienes gananciales.

Esa expectativa, así como los derechos del deudor, componen su patrimonio, por lo que una disminución de ello, puede conllevar al perjuicio pauliano, lo que trae como efecto a que los acreedores ejerzan la acción pauliana, a efectos de reintegrar el patrimonio; es decir, a reintegrar la expectativa y los derechos al nivel en que estaban antes del acto de disposición, lo que no se debe traducir a que los acreedores estén “protegiendo la expectativa sobre los gananciales”³³⁷, ya que no lo hacen por

337 Como señala VÁSQUEZ VIDAL, Jesús David. “La acción revocatoria o pauliana versus los actos de disposición sobre bienes sociales”. En: *Actualidad Jurídica*. N° 186, Gaceta Jurídica, Lima, mayo, 2009, p. 95.

proteger la expectativa del deudor (que por cierto él con su voluntad la ha disminuido conscientemente), sino proteger su crédito.

En efecto, al ejercer la acción pauliana trae como resultado dejar sin efecto el acto de disposición reintegrando el patrimonio de la sociedad de gananciales, para que en una ocasional ejecución forzada embargue dicho patrimonio y rematados los bienes del deudor después de su liquidación, y si fue un crédito en provecho de la familia remataría los bienes de su cónyuge también, conforme lo dispone el artículo 308 del Código Civil que señala que cuando uno de los cónyuges ha contraído una deuda en provecho de la familia no solo los bienes propios del cónyuge responden por la deuda, sino subsidiariamente los bienes propios del otro cónyuge (no previendo que recaiga sobre los bienes de gananciales³³⁸).

Por otra parte, tenemos el **proceso judicial seguido por Nelly Lozada de Espinoza contra Evert Alvin Saavedra y otros por nulidad de acto jurídico, por simulación absoluta (Expediente N° 2000-42388)** que nos da a conocer Lizeth Paola Mariluz Laguna³³⁹. Consiste en que la acreedora demanda por simulación absoluta el contrato de compraventa celebrado por una pareja de cónyuges con su hija a la que transfirieron por ello la propiedad de un inmueble. Uno de los cónyuges tiene la calidad de deudor.

Ante el incumplimiento y la transferencia la acreedora solicita la nulidad de la aparente compraventa del inmueble que ha realizado su deudora en forma conjunta con su cónyuge a favor de su única hija de ambos, aduciendo para ello la causal de simulación absoluta.

En primera instancia el juez determinó que como el contrato materia de nulidad se efectuó con la finalidad de eludir una supuesta obligación de pago, entonces dicha intencionalidad no daba lugar a una simulación

338 Como bien advierte: CARREÓN ROMERO, Francisco. "Crisis patrimonial del régimen de la responsabilidad patrimonial de la sociedad de gananciales". En: *Actualidad Jurídica*. N° 139, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 40.

339 MARILUZ LAGUNA, Lizeth Paola. "Cuando se confunde la nulidad del acto jurídico por simulación absoluta con el denominado fraude a los acreedores". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 134, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre, 2009.

absoluta sino a una acción pauliana, además que existiría la voluntad de celebrar el acto.

En segunda instancia la Sala Superior declaró fundada la demanda, pero la declaró nulo parcialmente el contrato quedando subsistente la parte celebrada por el cónyuge no deudor.

Los codemandados interponen **recurso de casación** alegando que debía aplicarse las normas de la acción pauliana; sin embargo, siguiendo un criterio lógico la Corte Suprema declaró improcedente el recurso porque la sentencia se circunscribió al petitorio.

Siendo ello el caso, cabe señalar que, como se indicó líneas atrás la simulación per se implica un acto de engañar a terceros a través de la creación de actos aparentes que cubren las verdaderas intenciones de los contratantes, inclinándome por la postura que no estamos ante una divergencia entre la voluntad interna real y la voluntad declarada ficticia, sino que existe una única voluntad común destinada a engañar a terceros mediante una forma que al afectar a terceros recae en él la nulidad, si fuera el mismo negocio o acto de autonomía privada, no cabría aplicar los efectos que intentaba eludir, sino simplemente su desaparición³⁴⁰.

Al ser los negocios simulados por su definición el efecto de engaño a terceros, muchas personas aprovechando ello en la mayoría de casos lo usan para engañar a un sujeto a quien han hecho un acuerdo de disposición patrimonial, en la cual frente a esta situación estamos a que dicho sujeto de interés protegido pueda tener como mecanismo de protección declarar nulo el acto simulado o sino declarar ineficaz para él el porcentaje del acto que lo perjudica.

La autora, al comentar la sentencia, coincidimos en que el juez de primera instancia no puede pronunciarse en algo distinto al petitorio, aludiendo el engaño a terceros que se presenta solo se puede configurar en una acción pauliana y no en una simulación, siendo ello incorrecto, lo que conlleva también a la figura contraria, en una demanda de acción

340 Para unos breves apuntes sobre las teorías de la simulación aplicables al Código Civil: PASCO ARAUCO, Alan. "La inoponibilidad del contrato nulo frente a los terceros contratantes a título oneroso y de buena fe, ¿norma especial o excepcional? Análisis del artículo 194 del Código Civil". En: *Actualidad Jurídica*. N° 210, Gaceta Jurídica, Lima, mayo, 2011, pp. 95-104.

pauliana ni el juez ni la parte pueden dejar de lado el petitorio aduciendo que el acto objeto de impugnación es simulado y que por ello tenga que derrumbarse el proceso, y dirigirlo en un proceso de acción pauliana (¡pudiendo descaradamente el deudor volver a cambiar la ruta y alegar en el proceso de simulación que se engaña al acreedor teniendo que llevarse el proceso en la acción pauliana, y así ¡hasta el fin de los días!).

Sin embargo, no se coincide con la autora y con un sector de la doctrina que piensan que “cuando con la finalidad de evitar el cobro de los acreedores, el deudor celebra una compraventa verdadera, que surte efectos en la realidad tanto para las partes como para terceros, el remedio o instrumento que tienen los acreedores es la acción pauliana. Sin embargo, cuando se celebra una compraventa ficticia, aparente, falsa, que no surte efectos entre las partes, sino únicamente y de forma aparente tiene efectos frente a terceros, con la voluntad precisamente de engañar a los acreedores y hacerles creer que el bien salió del patrimonio de su deudor (cuando en realidad nunca salió) y de esta forma evitar la satisfacción de su crédito con dicho bien, estamos ante un evidente supuesto de simulación absoluta y el remedio para ello es la acción de nulidad del acto jurídico”³⁴¹.

En efecto, discrepamos en el sentido de que la falsedad o no de la celebración de un negocio jurídico no es algo que las partes o un tercero pueda determinar por sí mismo, por el contrario, se presume la validez del acto de autonomía privada hasta que se declare judicialmente lo contrario.

Si fuera así, todos los mecanismos de tutela tendrían que, previamente a su ejercicio demostrar que están ante actos válidos y no simulados, esto es, para resolver un contrato tendría que demostrarse que es un acto no simulado, y por otro lado, la parte en la cual recae los mecanismos de tutela, podría alegar siempre para defenderse que el acto no es real o que dar visos de simulado o pedir más pruebas de su existencia.

No se niega que cualquier actuación jurídica debe partir de hechos jurídicos reales, pero ello no debe llevarse a su comprobación *in*

341 MARILUZ LAGUNA, Lizeth Paola. Ob. cit., p. 106.

extremis, en el caso de la acción pauliana resulta obvio que debe aplicarse a actos verdaderos, verdaderos en el sentido de que al momento del ejercicio de la acción pauliana no se haya declarado nula por simulación; es decir, que se haya demostrado que el acto realizado no fue celebrado o no de esa manera y solo fue apariencia. O al menos que esté llevando un proceso de nulidad por simulación, ya que la parte que acciona con la acción pauliana, para que pueda ser tomada en cuenta, debe demostrar que el acto que impugna no está en debate a nivel judicial.

El argumento criticable se basa en estas supuestas diferencias: “la acción pauliana supone la realización de actos reales serios no aparentes; las partes desean la realización del acto de disposición y la producción de sus efectos. Sin embargo, la acción de simulación presupone un acto aparente que las partes no quieren que produzca efecto entre ellas. Los simulantes aparentan querer algo, cuando en realidad no quieren nada (simulación absoluta) o quieren algo diferente (simulación relativa). La acción pauliana se dirige contra un acto de disposición real del deudor; la de simulación se dirige contra un acto ficticio y tiende a comprobar que los bienes no han salido del poder del transferente. En resumen, en la acción pauliana el acto atacado existe realmente, mientras que en la acción de simulación el acto atacado existe solo aparentemente”³⁴².

Como se ha indicado, si no hay sentencia judicial que declare lo contrario, todos los negocios jurídicos son reales y válidos, por lo que son pasibles de ser objeto de acción pauliana, aunque sean simulados o no en el fondo, por tanto, ello no es una diferencia entre la acción de simulación y la acción pauliana, más bien la diferencia está en los efectos y no en qué negocios se aplican, es por ello que frente a un negocio jurídico el tercero perjudicado puede invocar, según las pruebas que tenga, cualquiera de los dos mecanismos.

Un caso interesante es cuando estamos ante la presencia de un garante personal del deudor y cuando este dispone de su patrimonio. Al respecto, veremos los siguientes casos:

342 *Ibíd.*, p. 104.

Dictamen N° 56-99 y Casación N° 3290-98-La Libertad

Nor Perú Motors S.A. es el acreedor ROED Service S.A quien tiene como aval a sus representantes legales mediante letras de cambio, los cuales, siendo cónyuges, dieron posteriormente un anticipo de legítima. Ante esta situación ROED Service S.A. ejerció la acción pauliana contra ellos, teniendo en cuenta de que el aval es una forma de garantía personal que al aceptar ser aval, se lo considera un deudor más del título valor, teniendo la calidad de deudor solidario, responsable de la obligación, lo mismo que el deudor principal, por ello le es aplicable la acción pauliana, descartándose la objeción de los garantes que indicaban que no son deudores sino garantes, aduciendo por ello que no se les aplica el artículo 195 del Código Civil sobre la acción pauliana.

En efecto, de acuerdo al artículo 59 de la Ley N° 27287 - Ley de Títulos Valores, (y la anterior Ley N° 16587), el avalista queda obligado de igual modo que aquel por quien prestó el aval y su responsabilidad subsiste, aunque la obligación causal del título valor avalado fuere nula (Es decir que si se avalara a un incapaz, la obligación del avalista no desaparece, siendo su obligación idéntica a la del obligado que avala, el cual "no puede exigir ser ejecutado después de su avalado o de otro obligado cambiario, el acreedor puede dirigirse contra él, incluso por supuesto, con antelación al avalado"³⁴³).

En por ello, que, en su considerando octavo, la Sala Suprema señala que la acción de ineficacia del negocio jurídico no solo puede ejercitarse contra el deudor principal, sino también contra los avalistas o garantes de la obligación.

Con participación del aval tenemos otro caso, consistente en el **Expediente N° 15676-98 en la Sala de Procesos Sumarísimos, del 19 de noviembre de 1998**, en la cual Próspero Fernández Sobrino interpone demanda contra los cónyuges Nicolás Fernando Chávez Trigoso y Rosa Cecilia Corbacho Orosco de Chávez, a fin de que se declare ineficaz la escritura pública de anticipo de legítima otorgado a favor de sus dos hijos, debido a que el marido se ha constituido en aval de Miguel Ángel

343 BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. *Comentarios a la Ley de Títulos Valores*. 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 318.

Corbacho Orozco en letras de cambio, por el cual el señor Nicolás tiene la calidad de deudor frente a Próspero Fernández (acreedor).

La Sala Superior ha indicado que el bien pertenece a la sociedad conyugal y como su esposa no ha suscrito las letras de cambio, que de acuerdo al Código Civil no responde por las deudas personales de uno de los cónyuges.

Analizamos ese caso, con lo anteriormente señalado en el comentario de las jurisprudencias anteriores, respecto a la participación de la sociedad de gananciales en las deudas personales de uno de los cónyuges, señalando que como tiene la condición de aval, su patrimonio personal está sujeto a que el acreedor le declare ineficaz los actos que efectúe y que ocasione detrimento de su patrimonio que afecte la satisfacción del interés crediticio en una posible ejecución forzada.

En este contexto, siendo que el patrimonio de la sociedad de gananciales está compuesto por una parte del patrimonio del deudor-cónyuge que le pudiera corresponder, resulta factible que al ejercer la acción pauliana traiga como resultado dejar sin efecto el acto de disposición (anticipo de legítima), reintegrando el patrimonio de la sociedad de gananciales, para que en una ocasional ejecución forzada embargue dicho patrimonio y rematar los bienes del deudor después de su liquidación, y si es que fue un crédito en provecho de la familia remataría también los bienes de su cónyuge.

Por lo que resulta totalmente incorrecto que la Sala Superior, en este caso, haya revocado la sentencia apelada y declarado infundada la demanda, aduciendo que no procede la acción pauliana sobre el acto de disposición del bien que pertenece a la sociedad conyugal, debido a que la letra de cambio no fue suscrita también por la cónyuge, invocando el artículo 315 sobre disposición de bienes sociales, el inciso 1 del artículo 311 sobre presunción de los bienes sociales y 303 del Código Civil sobre la administración de los bienes propios.

En efecto, si bien es cierto que para la disposición de bienes sociales se requiere de la participación de los dos cónyuges, no significa que el otorgamiento del aval se haya garantizado con los bienes de la sociedad de gananciales (lo que hubiera requerido la suscripción de la otra cónyuge, implicando que el aval recaería en la sociedad de gananciales y no

en los dos cónyuges) o que para afectar los bienes del cónyuge-deudor era necesario la intervención de los dos cónyuges en la letra de cambio, debido a que con la acción pauliana no se está intentado atribuirse los bienes sociales por parte del acreedor, sino asegurar atribuirse los bienes propios del cónyuge-deudor en una futura ejecución forzada, y cuando se disuelva la sociedad de gananciales; por tanto, siendo el aval un cónyuge, cuando se ejerció la acción pauliana se hizo para reintegrar los bienes sociales, con el fin último de reintegrar el patrimonio expectatio del deudor-cónyuge, y no para adjudicarse bienes sociales o los bienes del otro cónyuge, que por ley no responden por las deudas personales de uno de los cónyuges.

Con participación de un fiador solidario, tenemos el caso recaído en el **Expediente N° 1086-98 en la Sala de Procesos Sumarísimos, con Resolución de fecha 21 de octubre de 1998**, en la cual Vesna Lecic Balarin interpone demanda contra Luis Lazo Avilés, su cónyuge Ruth Bedoya Cárdenas de Lazo, sus hijos Marianela Olinda y Beatriz Marlene, a fin de que se declare la ineficacia de los anticipos de legítima otorgados a favor de las dos últimas nombradas, así como el levantamiento de las inscripciones registrales de los actos jurídicos cuya ineficacia se pretende, fundamentando su pedido en el hecho de que Luis Lazo Avilés se ha constituido en fiador solidario de la empresa Inversiones Lazo SRL, por cualquier obligación que pudiera surgir del contrato de arrendamiento celebrado entre la demandante con la citada empresa.

Los bienes que han sido materia de disposición en los anticipos de legítima sobre bienes que pertenecen a la sociedad conyugal formada por los cónyuges Luis Lazo y Ruth Bedoya.

La Sala Superior indicada señala, como el caso anteriormente analizado, que en aplicación de lo dispuesto por los artículos 315 concordado con el inciso 1 de los artículos 311 y 313 del Código Civil, los cónyuges no responden por las deudas personales de uno de los cónyuges, declarando infundada la demanda.

Respecto al fiador, el artículo 1868 del Código Civil señala que:

“Por la fianza, el fiador se obliga frente al acreedor a cumplir determinada prestación, en garantía de una obligación ajena, si esta no es cumplida por el deudor.

La fianza puede constituirse no solo en favor del deudor sino de otro fiador”.

En este sentido, estamos ante una garantía personal que afecta un patrimonio en su integridad y no determinados bienes.

La fianza en este caso es un contrato por el cual el fiador se compromete a garantizar obligaciones futuras determinadas o indeterminadas, satisfaciendo plenamente las exigencias del acreedor; es decir “garantizar el riesgo de incumplimiento de una obligación imprecisa, cuyo montante desconoce al tiempo de celebrar el contrato de fianza”³⁴⁴.

Estando ante un fiador solidario, nos encontramos ante una fianza que contiene un supuesto de solidaridad pasiva, que refuerza la posición del acreedor frente a los riesgos de insolvencia de su deudor³⁴⁵, y también sirve para ejercer los mismos actos de control de sus intereses crediticios al fiador, como si se tratara del mismo deudor.

Siendo así el caso, estamos en la hipótesis del caso del aval, por lo que se aplicaría en ese caso jurisprudencial los mismos argumentos antes acotados.

Casación N° 1763-2009-La Libertad³⁴⁶: De acuerdo a lo señalado en la referida Casación se puede señalar lo siguiente:

El Sr. Moreno celebró un contrato de arrendamiento de un cargador frontal con la Sra. Claudet, el cual fue resuelto el 01/11/1997, por decisión de esta, razón por la cual la referida señora tenía la obligación de devolver las sumas de dinero entregadas.

Al no hacerlo, el Sr. Moreno promovió un proceso de devolución de precio, el cual culminó con sentencia firme que ordenaba a la Sra. Claudet devolver la suma de \$ 7,000 más intereses.

344 GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. “Comentario al artículo 1868”. En: AA.VV. *Código Civil comentado*. Tomo IX, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 386.

345 CASTRO TRIGOSO, Nelwin. Ob. cit., p. 463.

346 Dicha Casación fue materia de comentario en: ROCA MENDOZA, Oreste Gherson. “Conocimiento del perjuicio pauliano por parte del tercero adquirente”. En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 121, Gaceta Jurídica, Lima, marzo de 2011, pp. 295-315.

Posteriormente, con fecha 20/06/1998, la Sra. Claudet y su cónyuge el Sr. Alfaro vendieron un inmueble a la Sra. Fernández por un precio menor al de su adquisición; luego, con fecha 01/08/2000 (cabe resaltar ¡dos años después!), la misma Sra. Fernández dona dicho inmueble al Sr. Alfaro (uno de los vendedores).

Teniendo conocimiento de ello, el Sr. Moreno interpone una demanda para que se aplique la ineficacia pauliana tanto al contrato de compraventa como al de donación, emitiendo la sentencia en primera instancia declarando infundada la demanda con fecha 24/06/2008 debido a que si bien se ha acreditado el “acto de disminución patrimonial inmobiliaria” que perjudica el cobro del crédito del demandante, no se ha acreditado que el tercero (Sra. Fernández) haya tenido conocimiento de los perjuicios al derecho del acreedor o que haya estado en situación razonable de conocerlos.

En segunda instancia, se revocó la sentencia, declarando fundada la demanda, en consecuencia ineficaces los contratos de compraventa y donación ya que se advierte que los demandados han actuado de mala fe al celebrar los dos contratos a sabiendas del perjuicio que causaban al demandante, ya que es inverosímil que se celebren de esa manera los dos contratos, por lo que el tercero no tiene buena fe, además que la demandada no ha acreditado la ausencia de fraude.

En Casación, interpuesta por la Sra. Fernández, aduce que se ha interpretado erróneamente el artículo 195 del Código Civil, pues se había establecido que la carga de la prueba, en cuanto a la ausencia del fraude recae en el demandado, siendo lo correcto que el demandante pruebe la existencia del perjuicio y la mala fe del tercero.

La Sala Suprema razona estableciendo que se ha comprobado que la Sra. Fernández conocía la preexistencia del crédito y ha actuado de mala fe al celebrar los contratos a sabiendas del perjuicio que causaba al demandante, sin que haya sido determinante la supuesta inversión de la carga de la prueba para amparar la acción pauliana.

Para un mejor entendimiento de la figura, a propósito que la casación desarrolla los antecedentes, se propone la estructura antes desarrollada que muestra los componentes que tienen que estar presentes para

ejercitar la acción pauliana, abandonando la noción clásica de los elementos de la acción pauliana³⁴⁷.

Al estar ante una obligación sostenida por una sentencia judicial firme que impone la entrega de \$ 7,000, la prueba de la existencia de la obligación o su validez está plenamente satisfecha, debido a las cualidades de la sentencia judicial firme, que no permite al deudor siquiera intentar objetar dicho sustento de existencia.

En el presente caso, estamos ante dos actos de disposición materia de impugnación: la compraventa de deudor con un tercero y la donación hecha por este al cónyuge del deudor. Como se podrá observar, teniendo en cuenta lo señalado líneas atrás, la donación no es un acto que provenga del deudor sino del tercero, por lo que no podría estar sujeto a la acción pauliana y aplicarse a ese acto el perjuicio pauliano, la disminución patrimonial, etc.

Entonces, ¿por qué la Corte Suprema no ha hecho dicha observación descartándolo del análisis y lo ha incluido en los efectos? Entendemos que se ha tomado en cuenta la donación para dar una mayor perspectiva a la hora del análisis del conocimiento del tercero; pero en ningún caso se puede tomar en cuenta para determinar el perjuicio pauliano, por lo que somos de la opinión que la Corte Suprema, para evitar interpretaciones erróneas, tenía que precisar que el objeto de la acción pauliana solo lo es el contrato de compraventa que conllevaría, en caso de que se declare la ineficacia pauliana y se demuestre que el tercero subadquirente actuó de mala fe, que la extensión de la ineficacia pauliana también alcanzara al contrato de donación, en aplicación del artículo 197 del Código Civil.

Teniendo en cuenta solo el contrato de compraventa efectuado por el deudor y su cónyuge, estamos ante un acto de disposición a título oneroso posterior al crédito mencionado.

Se desprende de lo señalado por la Casación que el inmueble, objeto de la compraventa, pertenece a la sociedad de gananciales entre el

347 Dicha estructura ha sido planteada en otra sede: ROCA MENDOZA, Oreste Gherson. "Fraude a la ley, fraude a los acreedores y la acción pauliana". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 169, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre, 2007, pp. 59-64.

deudor y su cónyuge siendo este el único patrimonio “en potencia” del deudor que es pasible de ejecución forzada una vez liquidada la sociedad de gananciales, lo que conlleva a suponer que al vender su único patrimonio (a un precio menor) llevaría a un posible perjuicio a su acreedor.

En el presente caso jurisprudencial, las instancias judiciales hacen referencia que se ha acreditado el “acto de disminución patrimonial inmobiliaria”; sin embargo, cabe precisar que el requisito que exige la acción pauliana no se circunscribe al detrimento patrimonial referente a bienes inmuebles, sino a todo tipo de bienes, por lo que aunque exista una disminución del patrimonio inmobiliario no implica per se que se ha cumplido con el requisito del perjuicio pauliano, como lo hemos desarrollado líneas atrás, pudiendo encontrarse patrimonio mobiliario suficiente para satisfacer los intereses del acreedor.

Por otro lado, estamos ante una compraventa dada a un precio menor al valor del bien vendido, que implica una disminución en la esfera patrimonial aunque no podemos afirmar con certeza si dicha disminución es tal que afecte la satisfacción del crédito, ya que no se menciona el valor del bien ni el valor de la venta. Por lo que, no podríamos hacer un análisis cuantitativo que nos lleve a concluir una disminución patrimonial, al menos con los datos que nos brinda la jurisprudencia.

No obstante, planteándolo como un segundo supuesto, al egresar un bien inmueble e ingresar un bien fácilmente ocultable, conforme lo analizado precedentemente, estaríamos ante una disminución patrimonial de carácter cualitativo, si es que el deudor no demuestra la certeza de la existencia del dinero y su permanencia en su poder hasta el momento de la satisfacción del interés crediticio.

La Corte Suprema se inclina por la presencia del primer supuesto, pero, aunque no fuera así, incurriría en el segundo supuesto por lo que la disminución patrimonial que perjudica los intereses crediticios estaría comprobada, teniendo en cuenta la manera como se ha tomado los hechos y los datos revelados por la jurisprudencia.

En el presente caso, se tiene que analizar si el tercero ha tenido conocimiento del perjuicio a los derechos del acreedor o que, según las

circunstancias, haya estado en razonable situación de conocer o de no ignorarlos y el perjuicio eventual de estos.

Aquí tendremos que realizar un estudio de conductas tomando en cuenta las actuaciones que socialmente tendrían que llevarse a cabo para determinar el conocimiento del tercer adquirente.

Si un tercero compra un bien lo hace con la finalidad de ejercer el derecho de propiedad sobre ese bien, por lo que resulta extraño que luego lo done, y más extraño aún a uno de sus vendedores. Se desprende de inmediato que dichos contratos responden a una finalidad distinta por el que fueron celebrados, que solo lo conocerían los contratantes.

La finalidad puede ser esta: si la sociedad conyugal transfiere su único bien preciable a un tercero, iniciada la ejecución y la separación judicial de bienes, se encontrará que no habrá un bien del cónyuge deudor con que el acreedor pueda satisfacer su crédito. Por otro lado, dicho bien al ser propiedad del otro cónyuge puede declararlo como bien propio (conforme el inciso 3 del artículo 302 del Código Civil), para así ampararse en el artículo 308 del Código Civil donde señala que los bienes propios de uno de los cónyuges no responden de la deuda personal del otro, a menos que se pruebe que la deuda se contrajo en provecho de la familia, que no ha pasado en el presente caso porque la deuda no se originó para beneficio de la familia sino por temas de negocios de uno de los cónyuges.

Teniendo en cuenta las conductas realizadas se podría inferir que no solo el tercero haya tenido conocimiento del perjuicio a los derechos del acreedor sino que sea participe de un plan para defraudar al acreedor de la cónyuge deudora, por lo que demostraría con suficiencia que el adquirente conocía de la deuda y que perjudicaba la compraventa al cobro de la misma, por lo que sería pasible de la acción pauliana.

Sin embargo, se anota que nuestro código exige solo el conocimiento del perjuicio por parte del adquirente y no que se pruebe su ánimo fraudulento, por lo que es incorrecto que la Sala Suprema exija al tercero adquirente que pruebe la ausencia del fraude, ya que en ningún momento se ha pretendido que el tercero adquirente haya actuado con fraude siendo lo correcto que no desvirtuó las pruebas que indicaban que conocía o tenía la posibilidad de conocer el perjuicio.

Dichos fundamentos tuvieron que ser planteados por el tercero adquirente demandado, en vez de señalar que la carga de la prueba respecto a la presencia del fraude le corresponde al demandante, probando más bien que no conocía del crédito ni el perjuicio que ocasionaría los contratos celebrados. Ello no implica que tenga la carga de la prueba de probar su desconocimiento, ya que según el último párrafo del Código Civil es el acreedor quien tiene que probar la existencia del crédito y el conocimiento del tercero, pero ello no obsta a que el tercero adquirente por su derecho de contradicción pueda aportar pruebas que desvirtúe lo señalado por el demandante.

Esta confusión que conllevó al tercero adquirente al planteamiento del recurso de casación se originó por el error de la segunda instancia de señalar que la carga de la prueba de la ausencia de fraude recae en la parte demandada, error que no fue corregido directamente por la Corte Suprema para enmendar lo dicho por la Corte Superior, sino que dejó de lado analizar dicha situación y solo dirigirse a que se cumplió los componentes de la acción pauliana, estableciendo que no fue determinante la inversión de la carga de la prueba alegada.

Hubiera sido preferible que la Corte Suprema efectuara el análisis de por qué no cabe la prueba del fraude en este supuesto sino el conocimiento del perjuicio, y señalar que si bien no le corresponde probar la ausencia de conocimiento del perjuicio al tercero adquirente, tiene el derecho de aportar pruebas que apoyen su posición, aunque no logre desvirtuar lo demostrado por el demandante, como ha ocurrido en el presente caso³⁴⁸.

Ello es importante ya que en casos en que el acreedor no demuestre fehacientemente el conocimiento del perjuicio por parte del tercero adquirente las instancias judiciales aun así podrían declarar fundada la pretensión al no probar el tercero la ausencia de conocimiento y peor aún, no haya probado la ausencia de fraude.

348 Por lo que no estamos de acuerdo con lo señalado por nuestro amigo Miguel Espichán, cuando analiza la misma jurisprudencia, en estar conformes con el razonamiento de la Sala Casatoria solo porque no se apartó de la ratio decidendi del caso. (ESPICHÁN MARINÁS, Miguel. "Acción Revocatoria. Precisiones en torno al conocimiento del perjuicio por parte del tercer adquirente". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 147, Año 16, Gaceta Jurídica, diciembre, 2010, p. 125).

La presente jurisprudencia nos ha dado la ocasión de poder analizarla teniendo en cuenta la estructura de la acción pauliana, dando un nuevo planteamiento sobre sus componentes.

Demostrar el conocimiento del perjuicio o que se haya estado en posición de conocerlo por parte del tercer adquirente, implica que conozca o tenga la posibilidad de conocer el crédito preexistente y que su actuación implique perjudicar la satisfacción de los intereses crediticios.

Dicha demostración conlleva necesariamente a un análisis de las conductas y actuaciones de los demandados en manera conjunta, aspecto que se tiene que analizar caso por caso, teniendo como punto de referencia las conductas sociales.

Como en otras oportunidades, estamos de acuerdo con la decisión de la Sala Suprema, mas no en sus fundamentos, habiendo sido preferible corregir lo dicho por la Sala Superior para evitar futuros recursos de casaciones respecto al mismo problema.

Por otra parte, tenemos la **Casación N° 782-2002-El Santa**, publicada el 1 de junio de 2004, en el diario oficial *El Peruano*, que consiste en un recurso de casación interpuesto por el Banco Continental, sucursal Chimbote, contra la resolución de la Sala Superior que revocando la sentencia apelada, declara improcedente la demanda, por tanto no se ampara la demanda de declarar ineficaz la compraventa contenida en la escritura pública celebrada por los demandados, aduciendo que se encuentra acreditada la existencia del crédito y que este es anterior al acto de disminución del patrimonio, además que sus deudores no tendrían bienes libres de gravámenes.

Sin embargo, como consta en la compraventa, se hace presente que pesa una hipoteca a favor del Banco Continental, en garantía de obligaciones asumidas por la Distribuidora Ávila Crivillero, declarando la compradora aceptar la carga hipotecaria, por lo que el Banco tendría la seguridad que la garantía hipotecaria acotada puede responder por su crédito insatisfecho, además que los demandados acreditan tener bienes libres para responder por su crédito insatisfecho, por lo que existe perjuicio ya acaecido, o incluso futuro o potencial. Siendo ello así, declararon infundado el recurso de casación.

De ello, se puede anotar ciertas precisiones: es la garantía hipotecaria la que evita que la compraventa realizada haya ocasionado algún perjuicio al interés crediticio, y no por el hecho que ello haya sido asumido por las partes, ya que siendo hipoteca, con su inscripción correspondiente, por el principio de persecución, sigue garantizando la satisfacción del crédito.

Al estar garantizado el crédito, no se elimina el perjuicio, sino comprobándose que el límite de la garantía cubre todo el crédito, aunque precisándose que existan más bienes libres, entonces se eliminaría el perjuicio pauliano, y por tanto no sería necesario su ejercicio.

Por último, la jurisprudencia peruana está siendo referencia a la existencia de un perjuicio ya acaecido, o futuro o potencial, lo que llama la atención dicho pronunciamiento, ya que inmediatamente se relaciona con la definición de “peligro de daño” que hemos esbozado líneas atrás, en el sentido de que el *eventus damnis* que se exige, según dicha teoría, es que el acto pueda perjudicar la posible ejecución forzada, entonces existe un peligro, la concentración de riesgo en un determinado tiempo y espacio, no un daño concreto. Desde mi perspectiva, el perjuicio pauliano, tiene que tener dicho enfoque.

XII. LA ACCIÓN PAULIANA EN LA EXPERIENCIA COMPARADA, VISTOS DE UNA MALA IMPORTACIÓN

Citando al profesor Monateri, “dominar el campo de las ciencias comparadas es hoy en día imposible. Sin embargo, es posible reconstruir ciertos fundamentos, analizar sus orígenes para comprender su evolución”³⁴⁹. La cual debe realizarse a través de la clasificación de los sistemas jurídicos, propuesta en términos de una identidad y de una diferencia³⁵⁰, que se intenta en el presente trabajo tomando como punto de partida al *Civil law*, y dentro de ella a los ordenamientos modelos de la acción pauliana.

349 MONATERI, Pier Giuseppe. “Comparando las comparaciones. El problema de legitimidad cultural y el nomos del Derecho”. En: *Los límites de la interpretación jurídica y el Derecho Comparado*. Ara Editores, Lima, 2009, p. 87.

350 *Ibidem*, p. 115.

Si bien la acción pauliana es en principio una institución esencialmente histórica de bases en el Derecho Romano clásico, la regulación y aplicación no es uniforme en la tradición romano-germánica, que como efecto del desarrollo jurisprudencial, legislativo y doctrinario en los últimos 50 años, ha llevado a un cambio de orientación tanto en la naturaleza, estructura y efectos de la acción pauliana, pudiendo encontrarse tanto semejanzas como importantes diferencias con nuestro sistema jurídico nacional.

Para ello se utilizará el método comparativo que apunta al conocimiento crítico de nuestro propio sistema jurídico con base en la enseñanza que se puede extraer de la mirada dirigida sobre el sistema jurídico italiano, llegando a la indefectible conclusión que nada tiene valor universal, porque una transferencia de modelos jurídicos, con el tiempo van tomando distancia de su punto de origen sobre la base de una determinada sociedad y cultura, sea evolucionado o involucionando la institución importada.

Previamente se requiere apuntes respecto al derecho comparado que “es un tipo de análisis jurídico cuyas finalidades se han ido alternando en la historia. Si dicho análisis es una disciplina autónoma o si se trata de un método de investigación aplicable a otras disciplinas consolidadas es un debate que ha acompañado al Derecho comparado desde su nacimiento”³⁵¹ postulando varias maneras de concebirla y aplicarla.

Al hablar de derecho comparado no puede ceñirse a la comparación de leyes (que son solo una apreciación abstracta de un fenómeno jurídico en un tiempo y espacio determinado), sino abarcar el desarrollo de las instituciones jurídicas tanto a nivel doctrinario, jurisprudencial, normativo, y de apreciación y realización en una sociedad determinada con el transcurrir del tiempo.

A este conjunto es llamado “familia jurídica”³⁵² o “tradición jurídica”³⁵³ que se presenta como “un conjunto de comportamientos profundamente enraizados, históricamente condicionados, sobre la

351 DE LA SIERRA, Susana. *Una metodología para el Derecho Comparado Europeo. Derecho Público Comparado y Derecho Administrativo Europeo*. Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 25.

352 DAVID, René. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Editorial Aguilar, Madrid, 1973, p. 10.

353 MERRYMAN, Jhon Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1971, p. 15.

naturaleza del derecho, sobre el rol del derecho en la sociedad y en la estructura política, sobre la organización y el funcionamiento de un sistema jurídico y sobre el modo en el cual el derecho es (o debe ser) creado, aplicado, estudiado, perfeccionado y enseñado”³⁵⁴. Que difiere de la noción de sistema jurídico, si se le define “como un conjunto operativo de instituciones, procedimientos y normas jurídicas”³⁵⁵ y no como “algo real e históricamente presente”, expresión última que redefine la concepción de “sistema jurídico”³⁵⁶.

Se ha advertido en doctrina que la expresión más idónea no es “derecho comparado” sino “comparación jurídica” porque “no hay, evidentemente ningún área del ordenamiento jurídico susceptible de ser catalogada como derecho comparado, en el sentido en que se utilizan las expresiones derecho civil, derecho administrativo o derecho de seguros. No existe, en sentido jurídico, ningún derecho comparado”³⁵⁷. Es por esta razón, probablemente, que los juristas alemanes usaron el término (*die*) *Rechtsvergleichung*, el cual connota un proceso de comparación (la acción de comparar derecho)³⁵⁸.

Cumpliendo con el requisito de la comparación próxima (clasificación desarrollada por Duverger³⁵⁹) se han escogido sistemas jurídicos que pertenecen a la misma tradición jurídica romano-germánica, y que la acción pauliana pertenece al campo del derecho civil tanto en el sistema italiano como el peruano, reconociéndose como fuentes importantes la legislación (fuente jurídica privilegiada), apoyado en su interpretación por la jurisprudencia, doctrina y demás rasgos propios de la tradición jurídica, respetando la terminología jurídica de los dos sistemas, que se acentúa por la diferencia de idiomas, teniendo por ello cuidado en la traducción de las fuentes italianas consultadas, y que no se centrará solo en el estudio del derecho extranjero porque ello no es realizar

354 SOMMA, Alessandro. *Introducción crítica al Derecho Comparado*. Ara Editores, Lima, 2006, p. 200.

355 Ídem.

356 GAMBARO, Antonio y SACCO, Rodolfo. “Sistemi giuridici comparati”. En: *Trattato di diritto comparato*. Diretto da Rodolfo Sacco, UTET, Turín, 1996, p. 22. Citado por SOMMA, Alessandro. *Ibidem*, p. 205.

357 OSUNA PATIÑO, Néstor Iván. “Utilidad de la comparación jurídica en el desarrollo del Derecho Público en América Latina”. En: *Externado Revista Jurídica*. Volumen 6, N° 2, Bogotá, julio/diciembre, 1992, p. 107.

358 Conforme: TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. “El ‘Derecho comparado’, técnica jurídica dogmática o historia jurídica comparada”. En: *Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Fix Zamudio, en sus 30 años como investigador de las ciencias jurídicas*. Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM, México D.F, 1988, p. 1356.

359 Ver: DUVERGER, Maurice. *Los métodos de las ciencias sociales*. Ariel, México, 1974.

comparación jurídica³⁶⁰. Ello “permite conocer y desarrollar los diversos estilos de realización jurídica del fenómeno humano”³⁶¹.

1. *L'action paulienne*

Si bien no ha sido mencionado expresamente por el artículo 1167 del *Code Civil* francés (que exclusivamente se refiere al fraude), el *eventus damni* ha sido y es considerado presupuesto esencial de la acción pauliana³⁶².

El artículo 1167 del Código Napoleónico es la única norma que hace referencia a este mecanismo de defensa, siendo la jurisprudencia francesa la que ha asumido el desarrollo del régimen jurídico del fraude a los acreedores³⁶³.

Dicho artículo se ubica legislativamente entre los efectos del contrato (efectos respecto a terceros), siendo criticada por la doctrina francesa, debido a que la considera efecto de todas las obligaciones y no solo las nacidas del contrato.

Según la doctrina francesa, que ha desarrollado el tema a falta de mayor regulación del *Code Civil*, señala que la acción va dirigida contra el tercero adquirente, y contra los eventuales subadquirentes, pero no contra el deudor porque resultaría inútil, pues es insolvente, aunque se da potestad al tercero para pedir su participación³⁶⁴.

Como presupuestos para el ejercicio de la acción pauliana, están que exista un derecho de crédito (el cual debe ser cierto, líquido, exigible y anterior al acto impugnado, no incluyendo por ello a los acreedores con crédito condicional, a diferencia de nuestro Código Civil), que el mismo

360 Conforme TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. Ob. cit., p. 1363.

361 CIURO CALDANI, Miguel Ángel. “Filosofía y método del derecho comparado”. En: *Revista Jurídica Argentina, “la Ley”*. Tomo 1989-C, Buenos Aires, p. 1086.

362 LUCCHINI GUASTALLA, Emanuele. Ob. cit., p. 333.

363 JEREZ DELGADO, Carmen. Ob. cit., p. 63, que a la letra dice: “los acreedores pueden también, en su propio nombre, atacar los actos realizados por su deudor en fraude de sus derechos”.

364 DE PAGE, PLANIOL/RIPERT, según cita FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan. “Estudio comparado de la impugnación de actos jurídicos realizados en fraude de acreedores”. En: *Anales de Derecho*. N° 13, Universidad de Murcia, 1995, p. 42.

haya sufrido un perjuicio como consecuencia de la realización del acto impugnado³⁶⁵.

Excepcionalmente, también se acepta, según el desarrollo de la jurisprudencia, impugnar actos anteriores al crédito pero se exige probar la voluntad del deudor de defraudar a sus acreedores³⁶⁶.

La doctrina francesa (Mazeaud, Chabas, Ghestin), distingue dos hipótesis: empobrecimiento real (*appauvrissement réel*), que se requiere el empobrecimiento del deudor por efecto del acto impugnado; y, empobrecimiento aparente (*appauvrissement apparent*), considerando la disminuida posibilidad de satisfacción del crédito, sea por una sustitución de bienes fácilmente atacables por el acreedor con bienes fácilmente ocultables por el deudor.

Respecto al aspecto subjetivo, aún el fraude es un requisito esencial para el ejercicio de *l'action paulienne*, pero no existe en el *Code Civil* presunciones de fraude, es la jurisprudencia la que ha diseñado el régimen según se trate de actos a título oneroso o gratuito, siguiendo el sistema italiano.

No hay consenso en doctrina y jurisprudencia francesa respecto al contenido del fraude, si basta con el conocimiento o hace falta la intención de perjudicar, optándose alternativamente por ambas fórmulas: el primero para actos gratuitos y el segundo para actos onerosos.

“Si el acto impugnado se realizó a título oneroso, su revocación exige que el acreedor pruebe que el deudor obró con voluntad de defraudar y en colaboración con el tercero; mientras que si se trata de un acto gratuito es suficiente la prueba de que el deudor tuvo conocimiento del daño”³⁶⁷.

Fernández Campos advierte que en el terreno de la prueba, la intención de dañar será necesaria, pero no se exigirá la prueba directa, sino

365 Conforme SINAY, GHESTIN, LOUSSOURAN, MAZEUD, MARTY, RAYNAUD, JESTAZ, MESTRE, según indica JEREZ DELGADO, Carmen. Ob. cit., pp. 64 y 65.

366 En ese sentido, AUBRY y RAU, según indica JEREZ DELGADO, Carmen. Ob. cit., p. 65.

367 *Ibidem*, p. 65.

que se deducirá dicho propósito del simple conocimiento de un perjuicio causado a un acreedor³⁶⁸.

Como se aprecia, al tener un modelo francés como referencia para aplicar la *action paulienne*, también guarda semejanza al actual sistema peruano.

Como tema especial, la doctrina francesa duda respecto a impugnar los pagos, excluyendo de la acción el pago de deudas vencidas y exigibles, aunque Ghestin, con razón, observa que el pago de uno de los acreedores en estado de insolvencia supone para los demás un daño si la disminución patrimonial imposibilita que cobren la totalidad de su crédito, admitiendo por tanto la impugnación de pagos, pero deberá probarse que fueron hechos y aceptados con intención de dañar a los restantes acreedores³⁶⁹.

Sobre su naturaleza la doctrina después de mucho debate ha optado por una línea ecléctica atribuyendo a la acción pauliana un carácter de nulidad pero con finalidad de reparar un perjuicio.

Respecto a sus efectos, la doctrina francesa hace referencia, en relación a sus efectos, como una *action en inopposabilité*, teniendo un efecto de ineficacia solo frente al acreedor impugnante, como en Italia, partiendo de la evolución de la teoría de la nulidad.

Por último, de acuerdo al Anteproyecto de Reforma del Código Civil francés de 2005 se tipifica legalmente lo desarrollado por la jurisprudencia bajo los siguientes textos:

“Artículo 1167. Los acreedores también pueden impugnar en su propio nombre los actos de su deudor celebrados en fraude a sus derechos, con cargo de establecer que el tercero co-contratante tuvo conocimiento del fraude, en tratándose de un acto a título oneroso.

368 FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan. Ob. cit., p. 43. De manera personal, de acuerdo a este trabajo, resulta innecesario e ilógico equiparar la intención con el conocimiento, creando una ficción innecesaria, realizado por aferrarse desesperadamente a las figuras antiguas, con un pavor a la evolución, recordando a la fase histórica de responsabilidad subjetiva a objetiva, creando inconsistencias como “culpa objetiva”.

369 *Ibidem*, p. 67.

El acto declarado fraudulento es inoponible a los acreedores, de suerte que ellos no tienen por qué sufrir ninguno de sus efectos. Llegado el caso, el tercero adquirente será obligado a restituir lo que recibió fraudulentamente.

La acción no puede ser ejercida sino dentro los tres años siguientes al conocimiento que los acreedores tuvieron del fraude.

Artículo 1167-1. Los acreedores que ejercen la acción contemplada en el artículo 1166 serán pagados con prelación con las sumas que, por efecto de sus acciones, entren al patrimonio del deudor negligente.

La acción prevista en el artículo 1167 aprovecha prioritariamente a los acreedores que la intentaron y a aquellos que la coadyuvaron en el proceso”.

2. *La Gläubigeranfechtung*

A diferencia de la *L'action paulienne* con la *azione pauliana*, dicho instituto presenta analogías disimiles.

Fue tratada primeramente en una ley específica (*Gesetz, betreffend die Anfechtung von Rechtshand-Lungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens*, traducida como la ley para la impugnación de los actos jurídicos del deudor fuera del procedimiento concursal, del 21 de julio de 1879).

Cabe precisar que en el modelo alemán se distinguen dos acciones de impugnación (*Anfechtung*): la *Konkursanfechtung* (impugnación concursal) y la *Gläubigeranfechtung* (impugnación por el acreedor).

Una característica sustancial en este último instituto, que es el que nos interesa, es que está estrechamente ligada al proceso ejecutivo, debido a que no basta que el derecho sea exigible, sino también que tenga título ejecutivo, constituyendo un “presupuesto esencial para la procedibilidad de la acción”³⁷⁰. Dicha regla debe estar en relación al

370 LUCCHINI GUASTALLA, Emanuele. Ob. cit., p. 347.

presupuesto objetivo del instituto (*objektive Benachteiligung*), que consiste en la insuficiencia del patrimonio del deudor (*Unzulänglichkeit des Schulnervermögens*) a la satisfacción de los intereses crediticios, que coincide con el hecho que la ejecución forzada contra el deudor no haya conducido a la total satisfacción de los intereses crediticios o es previsible que a eso no conduciría.

Eso conlleva a señalar que en el derecho alemán la acción pauliana se aplica ante la infructuosidad de la ejecución forzada (proceso ejecutivo) o la prueba que tal proceso no conduciría a la satisfacción del derecho del acreedor.

Se precisa que aquí también se requiere una relación de causalidad entre el acto impugnado y perjuicio a los intereses crediticios.

Respecto al presupuesto subjetivo, se distingue entre *Absichtsanfechtung* y *Schenkungsanfechtung*, el primero es cuando son impugnables los actos (dañosos) hechos por el deudor con la intención de perjudicar a sus acreedores y es conocido por el tercero, mientras que el segundo es cuando son impugnables los actos dispositivos a título gratuito aun cuando no haya tenido la intención de perjudicar los intereses de sus acreedores.

Además el legislador alemán introduce la inversión de la carga de la prueba del conocimiento de la “intención de dañar” (*Benachteiligungsabsicht*) por el tercer adquirente, en el caso de que tenga un vínculo de familia con el deudor³⁷¹, configurándose por tanto una presunción, que tendrá que romper.

Dicha intención de dañar no es tomada como único fin del acto a impugnar, ya que más a menudo se presenta actos dispositivos que favorecen a algunos acreedores “favoritos”, o a uno mismo, sin importar lo demás. Entonces, la *Absicht* (literalmente daño), requiere simplemente que sea una voluntad determinada dirigida a obtener el resultado del perjuicio de los intereses crediticios³⁷², siendo por ello suficiente el “dolo eventual”: que el deudor conciente del hecho que su conducta podría causar un perjuicio a los acreedores, tenga en cuenta tal evento.

371 *Ibidem*, p. 357.

372 *Ibidem*, p. 359.

Aunque el dolo eventual, a nuestro sentido de ver, no enmarca dentro del concepto en esencia de tener conocimiento del perjuicio, aunque sí estamos de acuerdo que el “fraude” no juega ya ningún papel en la configuración de la acción pauliana.

Respecto a la participación del tercero, no es necesario que conozca que el acto hecho por el deudor dañe objetivamente a los intereses crediticios, sino solamente de saber la intención del deudor de perjudicar dichos intereses (intención que incluye también al conocimiento, lo que conlleva a concluir que se requiere solo que el deudor tenga intención de perjudicar y que el tercero conozca que el deudor tiene esa intención).

En conclusión en Alemania “la acción pauliana es un instrumento dirigido a reprimir un comportamiento deshonesto del deudor”³⁷³.

Actualmente, la ley mencionada, que es de hace más de un siglo, ha sido reemplazada por la ley introductoria de la ley de la insolvencia (*Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung*, del 5 de octubre de 1994), que junto a esta, entró en vigencia el 1 de enero de 1999. Dicha ley legitima a todo acreedor para el ejercicio de la impugnación en caso de deudas vencidas, pero solo una vez que la ejecución forzosa ha resultado infructuosa o es previsible que lo sea (también lo era así en la ley anterior)³⁷⁴.

Se distinguen diversos supuestos de impugnación:

- Actos jurídicos a título oneroso que causan un perjuicio intencionalmente, si la otra parte (tercero) conocía al momento del acto la intención del deudor, el cual se presume si sabía que el deudor era insolvente; también son impugnables los actos del deudor con una persona cercana, si la otra parte conocía la intención que tenía el deudor de perjudicar a sus acreedores (el primer supuesto tiene un plazo de prescripción de 10 años y el segundo de 2 años).
- Actos jurídicos a título gratuito, salvo que se trate de regalos que no son de excesivo valor (**lo que parece incorrecto a mi**

373 *Ibidem*, p. 367.

374 Tomado de JEREZ DELGADO, Carmen. *Ob. cit.*, pp. 78-79.

parecer, ya que si no tiene valor pues no habría perjuicio pauliano, además “excesivo valor” guarda relación del nivel de patrimonio del deudor).

- Actos jurídicos de los herederos, esto es que el acreedor de la herencia tiene preferencia o al menos igualdad en relación con los derechos de los destinatarios de los legados o fideicomisos, de modo que puede impugnar las atribuciones que traigan su causa de la herencia del mismo modo que si se tratara de una prestación gratuita del heredero.
- Determinados préstamos que sustituyen al capital social, esto es, si el deudor es insolvente, tiene el acreedor preferencia sobre el derecho de los socios a las restituciones de determinadas aportaciones.

Respecto a los efectos, son los mismos que el sistema francés e italiano, siendo más benevolente a los terceros adquirentes de buena que tendrá que devolver en la medida que se haya enriquecido.

Cabe anotar que en el año 2002 se llevó a cabo la mayor reforma del Código Civil alemán en sus más de cien años de vigencia, mediante la Ley de modernización del Derecho de Obligaciones (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*)³⁷⁵.

3. *Azione pauliana* o revocatoria ordinaria³⁷⁶

El Codice Civile de 1942 presentó una novedad, comparado con la parca y confusa regulación de su ex artículo 1235 de su anterior Código de 1865, que tomó como modelo al Code Civil francés, con una regulación más detallada, alimentándose por una parte del viejo código (Code Civile de tradición justiniana) y por otra parte de la *Anfechtungsgesetz*

375 Ver al respecto. EBERS, Martín. “Principales instituciones en el Derecho Civil de las Obligaciones en Alemania tras la Reforma del BGB”. En: *Observatorio de Derecho Civil, Las Obligaciones*. Volumen VII, Motivensa, Lima, 2010. LAMARCA I MARQUÉS, Albert. “La Modernización del derecho alemán de obligaciones”. En: *Indret*. N° 1, Barcelona, 2002. (<http://www.indret.com/pdf/078_es.pdf>).

376 Ver más detallado: ROCA MENDOZA, Oreste Gherson. “La acción pauliana: la influencia italiana en el sistema jurídico peruano”. En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 141, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre, 2012, pp. 189-207.

alemana (de tradición de Derecho Romano clásico), que hicieron más objetivos sus elementos.

Se trata de la revocatoria ordinaria consagrada en los artículos 2901 a 2904 del Codice Civile, localizada entre los medios de conservación de la garantía patrimonial, en el Título de responsabilidad patrimonial, en el Libro de la tutela de los derechos, basado en el Derecho Romano como fuente de inspiración, que cumple la función de tutela del derecho del crédito conservativa del patrimonio del deudor y sancionadora de un acto ilícito, basada expresamente en el principio de responsabilidad patrimonial, a diferencia de nuestro sistema jurídico en que no se establece expresamente en nuestro Código Civil.

Respecto a sus límites, el Codice Italiano establece en su segundo párrafo del artículo 2740, que “las limitaciones de la responsabilidad no son admitidas sino en los casos establecidos por la ley”, siendo estas objetivas y absolutas, aunque actualmente hay una multiplicación de las limitaciones de responsabilidad.

Los denominados presupuestos de la acción pauliana son la existencia de un derecho de crédito (de la cual jurisprudencialmente no se requiere su exigibilidad³⁷⁷). Una vez probada la existencia, podrá ejercer la acción pauliana, y de paso ahorrar al juez el análisis de su existencia, ya que ha quedado demostrada esta con la sentencia favorable, conforme lo señala las Casaciones italianas N° 1716 del 27 de febrero de 1985 y N° 1220 del 26 de febrero de 1986³⁷⁸.

Un perjuicio pauliano derivado del acto de disposición del deudor (*eventus damni*), utilizando la expresión de *pregiudizio alle ragioni del creditore* (perjuicio a las razones del acreedor), para dar una idea de proteger las legítimas expectativas del acreedor a la realización de su crédito

377 Sobre el contraste jurisprudencial italiano ver: VOZZA, Donato. *Il creditore può proseguire l'azione revocatoria ordinaria dopo il sopravvenuto fallimento del debitore, in caso di inerzia del curatore*. Nota a Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, Sentenza, 17 dicembre 2008, p. 4. (<<http://www.filodiritto.com/index.php?azione=visualizza&iddoc=1348>>). De igual modo, COSTANTINI, Cristina. “La tutela del crédito: i recenti percorsi dell'azione revocatoria ordinaria”. p. 2. En: <<http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/2004/REVOCATORIA.pdf>>, quien señala que basta la existencia de una mera razón de crédito o en otros términos un crédito meramente eventual.

378 Tomado de: *Rassegna di giurisprudenza sul Codice Civile*, diretta da Rosario Nicolo - Mario Stella Richter, Tomo V, Dott. A. Giuffré, Milano, 1990, p. 4137.

y el ánimo de defraudar del deudor (*consilium fraudis*) y del tercero adquirente (*scientia fraudis* o *partecipatio fraudis*).

Su legislación no contempla presunciones de fraude, no existiendo revocación del cumplimiento de una deuda vencida, no alcanzando a la *datio in solutum* (pago anticipado).

Por otro lado, los ordenamientos jurídicos italianos³⁷⁹ y peruanos³⁸⁰ hacen una distinción en la regulación cuando se trata de actos a título gratuito u oneroso.

En nuestro sistema jurídico, respecto a los actos a título gratuito, a nivel legislativo no se distingue para su regulación que el acto sea anterior o posterior al crédito. De manera diferente, en el sistema italiano sí se hace dicha distinción en los actos gratuitos cuando el acto de disposición es antes o después del surgimiento del crédito. En efecto, el numeral 1 del artículo 2901 del *Codice Civile* establece que se requiere que fuera dolosamente predispuesto por el deudor el acto de disposición cuando este es anterior al surgimiento del crédito, con el fin de

379 **Artículo 2901 del Codice Civile:** Condiciones.- El acreedor, incluso si el crédito está sujeto a condición o a plazo, puede demandar que sean declarados ineficaces frente a él los actos de disposición del patrimonio con los cuales el deudor ocasione perjuicio a sus intereses, cuando concurren las siguientes condiciones:

1) Que el deudor haya conocido el perjuicio que el acto ocasionaba a los intereses del acreedor o que, tratándose de un acto anterior al surgimiento del crédito, el acto fuera dolosamente predispuesto con el fin de perjudicar la satisfacción del mismo.

2) Que, además, tratándose de acto a título oneroso, el tercero haya sido consciente del perjuicio, y en el caso de un acto anterior al surgimiento del crédito, que haya sido partícipe de la predisposición dolosa.

Para efecto de la presente norma, las prestaciones de garantías, incluso por otras deudas, se consideran actos a título oneroso, cuando fueran simultáneas al crédito garantizado.

380 **Código Civil peruano**

Artículo 195.- El acreedor, aunque el crédito esté sujeto a condición o a plazo, puede pedir que se declaren ineficaces respecto de él los actos gratuitos del deudor por los que renuncie a derechos o con los que disminuya su patrimonio conocido y perjudiquen el cobro del crédito. Se presume la existencia de perjuicio cuando del acto del deudor resulta la imposibilidad de pagar íntegramente la prestación debida, o se dificulta la posibilidad de cobro.

Tratándose de acto a título oneroso deben concurrir, además, los siguientes requisitos:

1.- Si el crédito es anterior al acto de disminución patrimonial, que el tercero haya tenido conocimiento del perjuicio a los derechos del acreedor o que, según las circunstancias, haya estado en razonable situación de conocer o de no ignorarlos y el perjuicio eventual de los mismos.

2.- Si el acto cuya ineficacia se solicita fuera anterior al surgimiento del crédito, que el deudor y el tercero lo hubiesen celebrado con el propósito de perjudicar la satisfacción del crédito del futuro acreedor. Se presume dicha intención en el deudor cuando ha dispuesto de bienes de cuya existencia había informado por escrito al futuro acreedor. Se presume la intención del tercero cuando conocía o estaba en aptitud de conocer el futuro crédito y que el deudor carece de otros bienes registrados (...).

perjudicar la satisfacción, mientras que si es después del crédito solo se requiere el conocimiento del perjuicio por parte del deudor.

Considero mejor la regulación peruana por cuanto otorga una mejor protección a los acreedores, no requiriendo que el deudor tenga que actuar dolosamente, lo que disminuye el esfuerzo del acreedor en el proceso, ya que no tendrá que probar ese actuar. Sobre este punto se desarrollará más detenidamente en el requisito subjetivo.

El sistema jurídico italiano ha depurado del requisito subjetivo de la acción pauliana las indagaciones sobre los motivos que hayan inducido al deudor al realizar el acto de disposición reduciéndola sobre al simple conocimiento de disminuir la garantía patrimonial en el sentido que perjudique a sus acreedores³⁸¹, teniendo por ello una noción clara respecto a este punto.

En negocios que conllevan a actos de disposición a título oneroso posteriores al surgimiento del crédito, en nuestro sistema jurídico no importa si el deudor actuó o no con propósito fraudulento, siendo suficiente la disminución patrimonial que ponga en riesgo la satisfacción del crédito del acreedor, no se exige que el deudor tenga en mente la determinación resuelta y de mala fe (intención de dañar) mediante la ocultación de su patrimonio, escondiéndolo y poniéndolo fuera del alcance del acreedor. No se requiere que el acto se haga *ex profeso* para perjudicar, inclusive, puede haber procedido el deudor de buena fe, pero es necesario que el adquirente haya tenido conocimiento del perjuicio o hubiera estado en la posibilidad de conocerlo, por lo que el acreedor debe probarlo para que proceda la acción pauliana.

Por otro lado, en el sistema jurídico italiano se requiere el conocimiento del perjuicio por parte del tercero, así tenemos la Casación italiana N° 909 del año 1971 donde indica que: “no es necesario que el tercero haya concertado junto con el deudor la transferencia del bien, es suficiente que tuviese conocimiento de la situación” y también resulta necesario que el deudor tenga conocimiento del perjuicio.

381 LUCHINI GUASTALLA, Enmanuelle. Ob. cit., pp. 263-267, señalando la siguiente jurisprudencia: App. Milano, 15 de enero de 1993, Casación N° 1007, del 12 de febrero de 1990, App. Milano, del 30 de junio de 1989, Trib. Pavia, del 12 de octubre de 1988, entre otras.

En negocios que conllevan a actos de disposición a título oneroso anteriores al surgimiento del crédito, en nuestro sistema jurídico es necesaria la existencia del *consilium fraudis* expresado en un acuerdo fraudulento entre el deudor y el adquirente con la intención de perjudicar al futuro acreedor. Este perjuicio no se debe entender como la intención pura de dañar al acreedor, sino de evitar que los bienes sirvan de satisfacción a los acreedores. Este propósito fraudulento se puede presumir cuando el deudor ha dispuesto bienes de cuya existencia se habría informado por escrito al futuro acreedor. También se presumiría la intención fraudulenta en el adquirente cuando conocía o estaba en aptitud de conocer el futuro crédito y el deudor no tenía bienes registrados.

Mientras que en el sistema jurídico italiano en la hipótesis de acción pauliana de un acto de disposición efectuado antes del surgir del crédito prevista en el numeral 1 del artículo 2901 se requiere la afirmación de la dolosa preordenación del deudor y el tercero adquirente existente al tiempo de la asunción de la obligación, conforme también a nivel jurisprudencial (Casación N° 1716 del 27 de febrero de 1985).

No obstante, el concepto de fraude impone establecer el carácter malintencionado de dañar por parte del sujeto comprometido contractualmente. En la actualidad, en el sistema jurídico italiano, debido a su jurisprudencia, el elemento subjetivo se transforma en un conocimiento del perjuicio (*scientia fraudis*) que con el acto se ocasionaría a los intereses de la parte beneficiada.

En efecto, la jurisprudencia italiana ha afirmado en modo constante y unívoco que, para los fines de la acción pauliana, el conocimiento del evento dañoso por parte del tercero consiste en la genérica conciencia del perjuicio que el acto realizado por el deudor pueda perjudicar a los intereses del acreedor, con la consecuencia que para su configurabilidad no es necesaria la colusión entre tercero y deudor (*animus nocendi*), siendo suficiente que el primero tenga el conocimiento (Casaciones italianas N° 402 del 17 de enero de 1984, N° 5451 del 8 de noviembre de 1985, N° 5824 del 23 de noviembre de 1985, N° 8930 del 1 de diciembre de 1987).

El efecto pauliano es declarar la ineficacia del acto de disposición en la medida necesaria para eliminar el perjuicio ocasionado, para que el acreedor pueda ejercitar las acciones conservativas o ejecutivas sobre el

bien objeto de la revocatoria, quedando el excedente a disposición del tercero, compartiendo dicha idea sobre la base de los autores italianos citados líneas atrás.

En opinión de Fernández Campos al concebir una parte de la doctrina el perjuicio como peligro de daño, en el sentido de hacer más difícil la ejecución por parte del acreedor del patrimonio del deudor ha significado también la reducción del alcance del elemento de nexo de causalidad, que para él sigue siendo un criterio válido³⁸².

Valiéndonos de la comparación jurídica, se puede apreciar que el sistema jurídico italiano ha servido de inspiración (léase imitación a mezcla) para el Código Civil peruano respecto a la acción pauliana, pero que ha llevado también a trasladar sus deficiencias e inexactitudes en mayor parte, por lo que será conveniente hacer una reevaluación de la institución de la acción pauliana conforme a la sociedad en que vivimos, aun cuando se trate de una figura histórica.

Con el tiempo las deficiencias e inexactitudes se han ido superando en el sistema jurídico italiano respecto a los actos objeto de acción pauliana y el requisito del conocimiento del perjuicio dejando de lado el requisito de fraude que aun en nuestro sistema jurídico conservamos innecesariamente, restringiendo la protección a los acreedores perjudicados por el detrimento patrimonial del deudor.

4. Los proyectos de codificación del Derecho Privado europeo - Proyecto de Pavía

En las últimas décadas se han elaborado en Europa diversos proyectos normativos que pretenden establecer reglas uniformes sobre las operaciones económicas.

Al respecto, tenemos los Principios de los contratos comerciales internacionales elaborados por Unidroit, los Principles of European Contract Law de la Comisión Lando, el Code européen des contracts

382 FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan. "Líneas maestras de la regulación italiana de la acción revocatoria". En: *Anales de Derecho*. N° 12, Universidad de Murcia, 1994, p. 68. Sobre esto, ya se ha emitido opinión respecto a los avances y retrocesos respecto al perjuicio pauliano y también a la relación de causalidad.

elaborado por la Academia de Jusprivatistas europeos de Pavía cuyo coordinador es Giuseppe Gandolfi (que curiosamente ninguno de estos proyectos no contienen una parte dedicada a la obligación, aunque los textos tienen como objeto de regulación relaciones obligatorias, ya que los efectos del contrato son comprendidos como efectos obligatorios y regulados como tales³⁸³).

Respecto este último proyecto citamos la regulación que se pretende realizar respecto a la acción pauliana:

Artículo 154³⁸⁴

Inoponibilidad

1. Son inoponibles a los terceros o a algunos terceros:

c) el contrato celebrado conscientemente por las dos partes en fraude del acreedor de una de ellas; en este caso, el acreedor puede hacer valer con efecto retroactivo la inoponibilidad mediante la emisión de una declaración de voluntad dirigida a las dos partes antes de que transcurra el plazo de prescripción de tres años;

Se aprecia de dicha norma que para ejercitar la ineficacia pauliana no se requiere intervención jurisdiccional siendo suficiente la comunicación del acreedor a su deudor y el tercero que se ha coludido con él (sea a título gratuito u oneroso). En mi opinión ello no resultaría en nuestro país debido a que para hacer valer una tutela y que sea respetada se requiere el apoyo de la judicatura necesariamente, además que dicha resolución se puede inscribir en registros públicos dando publicidad a los demás terceros, lo que no puede hacerse con la sola declaración del acreedor.

Referente al requisito subjetivo se aprecia que requiere una colaboración entre tercero y deudor, lo que a mi parecer reduce el campo de

383 BIANCA, Cesare Massimo. “La obligación en las perspectivas de la codificación europea y de reforma del Código Civil”. En: *Observatorio de Derecho Civil, Las Obligaciones*. Volumen VII, Motivensa, Lima, 2010, p. 209.

384 Tomado de: <<http://www.unizar.es/derecho/nulidad/textos%20legales/TR-PAVIA.DOC>>.

aplicación además de que aumenta el grado de prueba como se ha comentado en el presente trabajo.

Sobre el efecto retroactivo de la inoponibilidad advierto que no indica hasta donde se retrotrae. Estimo que debería ser desde producido el *eventus damnis*.

Artículo 155.-

Simulación y reserva mental

1. Es ineficaz el contrato simulado, es decir, celebrado únicamente en apariencia, salvo que resulte otra cosa conforme a una norma comunitaria o a una norma en vigor en los Estados miembros de la Unión Europea; y si además las partes pretenden celebrar un contrato diferente, disimulado, es este último el que produce efectos, siempre que esté dotado de los elementos necesarios de fondo y de forma y siempre que la simulación no haya sido realizada en fraude de acreedores o de ley; en este caso, son nulos tanto el contrato simulado como el disimulado.
2. Los terceros, además de la facultad de alegar la excepción de inoponibilidad del contrato disimulado, pueden igualmente declarar su voluntad de hacer valer la inoponibilidad y hacerlo conforme a sus legítimos intereses; no hay límite en cuanto a la prueba que se pretenda realizar con este propósito.

Respecto a este punto, mostramos nuestra extrañeza que frente al acto disimulado en "fraude a los acreedores" sea castigado con la nulidad, ya que como cualquier acto tendría que ser objeto de ineficacia pauliana, que es luego corregido por el numeral 2, bajo un texto concordante con el artículo anterior. Por otra parte, cabe tener en cuenta que para atacar el acto disimulado se debe demostrar la simulación previamente.

XIII. LA ACCIÓN PAULIANA CONCURSAL. UNA DERIVACIÓN O DESVIACIÓN DE LA ACCIÓN PAULIANA

1. Aplicación en el Sistema Civil

Como ya se había desarrollado en los fundamentos anteriores, la acción pauliana, teniendo en cuenta el sistema concursal, guarda estrecha

relación más histórica que teórica, debido a que en el Derecho Romano tuvieron un tronco en común que luego con el transcurrir el tiempo se fue dividiendo en dos, formando características propias, es por eso que algunas doctrinas o legislación parten definiéndolas como revocatoria ordinaria y concursal, o acción pauliana ordinaria y especial.

El primer punto de convergencia surgido es cuál es el interés protegido: por un lado la acción pauliana “ordinaria” protege el interés del acreedor (también parte contractual) que la ha ejercido, mientras que la acción pauliana “concursal” protege a la Junta de Acreedores, por igual, además de regirse por un conjunto de supuestos de ineficacia, que excluyen totalmente el fraude expresamente en la legislación.

Pero al momento de la prueba del perjuicio la acción pauliana ordinaria tiene mayores dificultades que la acción pauliana especial, debido a que esta última tiene una gama de supuestos concretos para salir victorioso, aunque a falta de encajar en estos supuestos resulta oportuna la acción pauliana ordinaria³⁸⁵.

2. Aplicación en el Sistema Concursal

El objetivo del Sistema Concursal peruano es la permanencia de la unidad productiva, la protección del crédito y el patrimonio de la empresa. Los agentes del mercado procurarán una asignación eficiente de sus recursos durante los procedimientos concursales orientando sus esfuerzos a conseguir el máximo valor del patrimonio en crisis.

En ese sentido, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 19 de la Ley General del Sistema Concursal, resulta posible efectuar la ineficacia pauliana frente a los acreedores del concurso, de los gravámenes, transferencias, contratos y demás actos jurídicos, ya sean a título gratuito u oneroso, que no se refieran al desarrollo normal de la actividad del deudor, para tales efectos, dichos actos deberán generar un perjuicio, debiendo haber sido realizados o celebrados dentro del año anterior a la fecha en la que el deudor presenta su solicitud de acogimiento a algún

385 Conforme, UBERTO TEDESCHI, Guido. “Incontri su il diritto fallimentare: le revocatorie, revocatoria ordinaria e fallimentare”, Fondazione dottori commercialisti, Parma, 2003. <<http://www.odcepr.it/app/prvt/VediArea.d/Area-124>>.

procedimiento concursal, o es notificado de la resolución de emplazamiento o del inicio de la disolución y liquidación y hasta a aquellos actos celebrados con posterioridad a las fechas señaladas hasta el momento en que la Junta nombre o ratifique a la administración del deudor o se apruebe y suscriba el respectivo convenio de liquidación, estipulando la norma una serie de actos cuestionables³⁸⁶, al puro estilo alemán, que puede ser usado de manera ejemplificativa para casos de acción pauliana³⁸⁷.

386 En ese sentido, ABANTO BOSSIO, Renzo. “La quiebra remota frente a los periodos de sospecha: desincentivo a la inversión privada”. En: *Ius et Veritas*. N° 35, PUCP, diciembre, 2007, p. 296.

387 **La Ley N° 27809**, Ley General del Sistema Concursal señala lo siguiente:

Artículo 19.- Ineficacia de actos del deudor

19.1. El juez declarará ineficaces y, en consecuencia, inoponibles frente a los acreedores del concurso, los gravámenes, transferencias, contratos y demás actos jurídicos, sean a título gratuito u oneroso, que no se refieran al **desarrollo normal de la actividad del deudor**, que perjudiquen su patrimonio y que hayan sido realizados o celebrados por este dentro del año anterior a la fecha en que presentó su solicitud para acogerse a alguno de los procedimientos concursales, fue notificado de la resolución de emplazamiento o fue notificado del inicio de la disolución y liquidación (nótese que no se hace mención a actos de disposición, teniendo como límite al desarrollo normal de la actividad del deudor, por lo que cabe también aplicar a los actos de administración extraordinarios).

19.2. Los actos de disposición que se realicen en virtud a cualquier cambio o modificación del objeto social del deudor, efectuado en el periodo anterior, serán evaluados por el juez en función de la naturaleza de la respectiva operación comercial.

19.3. El juez declarará ineficaces y, en consecuencia, inoponibles frente a los acreedores, los actos jurídicos celebrados entre la fecha que presentó su solicitud para acogerse a alguno de los procedimientos concursales, fue notificado de la resolución de emplazamiento o fue notificado del inicio de la disolución y liquidación hasta el momento en que la Junta nombre o ratifique a la administración del deudor o se apruebe y suscriba el respectivo Convenio de Liquidación, según sea el caso, que se detallan a continuación:

- a) Todo pago anticipado por obligaciones no vencidas, cualquiera sea la forma en que se realice;
- b) Todo pago por obligaciones vencidas que no se realice de acuerdo a la forma pactada o establecida en el contrato o en el título respectivo;
- c) Los actos y contratos a título oneroso, realizados o celebrados por el insolvente que no se refieran al desarrollo normal de su actividad;
- d) Las compensaciones efectuadas entre obligaciones recíprocas entre el deudor y sus acreedores;
- e) Los gravámenes constituidos y las transferencias realizadas por el deudor con cargo a bienes de su propiedad, sea a título oneroso o a título gratuito;
- f) Las garantías constituidas sobre bienes del deudor, dentro del plazo referido, para asegurar el pago de obligaciones contraídas con fecha anterior a este;
- g) Las ejecuciones judiciales o extrajudiciales de su patrimonio, desde la difusión del concurso; y
- h) Las fusiones, absorciones o escisiones que impliquen un detrimento patrimonial.

19.4. El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho del deudor que en el Registro pertinente aparece con facultades para otorgarlo, no resultará afectado con la ineficacia a que se refiere el presente artículo, una vez inscrito su derecho.

Artículo 20.- Pretensión de ineficacia y reintegro de bienes a la masa Concursal

20.1. La declaración de ineficacia, y su consecuente inoponibilidad a los acreedores del concurso, se tramitará en la vía del proceso sumarísimo. La persona o entidad que ejerza la administración del deudor o el liquidador, o uno o más acreedores reconocidos se encuentran legitimados para interponer dicha demanda.

20.2. El juez que declara la ineficacia de los actos del deudor ordenará el reintegro de los bienes a la masa Concursal o el levantamiento de los gravámenes constituidos, según corresponda.

Sin embargo, estando a que la protección es al conjunto de acreedores partícipes del proceso concursal, la ineficacia beneficiará a todos en la proporción que afecte sus créditos, a diferencia de la acción pauliana.

Cabe anotar que es preciso que la inoponibilidad es para indicar el límite del perjuicio, o de lo contrario, bien podría indicarse como mecanismo la nulidad (como lo hace la legislación penal, que debido a no desviarme del punto de análisis del presente trabajo), y tendría en la realidad los mismos efectos.

XIV. LA “NULIDAD” DE LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN DEL PROCESADO REGULADA EN EL ARTÍCULO 97 DEL CÓDIGO PENAL (PRESENCIA ESPIRITUAL DE LA ACCIÓN PAULIANA)

El artículo 97 del Código Penal señala que: “Los actos practicados o las obligaciones adquiridas con posterioridad al hecho punible son nulos en cuanto disminuyan el patrimonio del condenado y lo hagan insuficiente para la reparación, sin perjuicio de los actos jurídicos celebrados de buena fe por terceros”.

Se indica que ello se basa en que “mientras se sustancia el proceso penal (en donde se inserta la acción civil resarcitoria), el imputado demandado, en fraude a los eventuales y futuros acreedores, puede intentar insolventarse; efectuando desplazamientos de su patrimonio a terceros”³⁸⁸. “En tal sentido, de la misma forma que se prevé en el ordenamiento civil, la legislación procesal penal resguarda los legítimos intereses reparatorios de las víctimas, sancionando con “nulidad” la transferencia de bienes que vienen revestidos por un manto de sospecha y de colusión”³⁸⁹.

Se indica asimismo que se trata de un negocio jurídico ilícito que “se expresa con la intención del agente de burlar las legítimas acreencias que tiene con la víctima”³⁹⁰.

388 CESANO, José Daniel. “Comentarios a la Lección III/Acción Civil”. En: *Comentarios al nuevo Código Procesal Penal*. 1ª edición, Ara Editores, Lima, 2009, p. 126.

389 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Exégesis: Nuevo Código Procesal Penal*. Tomo I, 2ª edición, Editorial Rodhas, Lima, 2009, p. 317.

390 *Ibidem*, p. 318.

De lo señalado se puede opinar que dicha legislación se ha desarrollado con base en nociones actualmente superadas como es el requisito de fraude y el remedio de nulidad, además que se aprecia que existe una confusión entre ilicitud y fraude, nociones distintas que se ha desarrollado líneas atrás.

En efecto, a diferencia del procedimiento concursal que con su nueva normativa adecuaron el remedio a ineficacia dejando la nulidad de lado, en la normativa penal no se evolucionó y se regula con la nulidad, no dándose cuenta que no se está ante un acto ilícito.

Se aprecia que de acuerdo al artículo 97 solo basta que los actos de disposición (que incluye asumir obligaciones, otorgar garantías o asumir gravámenes) causen disminución patrimonial en la medida que afecten una posible imposición de una reparación civil, lo que a mi concepción esta norma iba mucho más allá de la regulación civil o concursal porque prescindía del requisito subjetivo de fraude o siquiera conocimiento del tercero, y que era aplicable tanto a los actos gratuitos u onerosos indistintamente y no necesitaba probar ser acreedor sino una expectativa de alcanzar un resarcimiento.

Sin embargo, con la promulgación del nuevo Código Procesal Penal (numeral 1 del artículo 15), se introduce desafortunadamente el requisito subjetivo de fraude en el acto de disposición, sea gratuito u oneroso, convirtiéndola, ¡en un giro de 180 grados!, en la norma menos protectora al lado de los remedios civil y concursal.

Cabe anotar que aquí no existe periodo de sospecha como en el procedimiento concursal en el cual pueden ser afectados dichos actos realizados entre la comisión del delito y los actos propios de la persecución penal que es la iniciación formal de una investigación (artículo 329 y ss. del NCPP), por lo que se reputarán válidos y eficaces.

Asimismo, aquí existe un tema interesante que no se aprecia en el remedio civil de la acción pauliana: la ineficacia pauliana (relativa y limitada) se efectúa hasta cubrir el monto que puede exigirse en la ejecución forzada que se basa en un crédito previo existente determinado o determinable, pero eso no existe en un proceso penal, solo existe la acusación de un delito con consecuencias de responsabilidad civil, entonces ¿hasta dónde llegaría la ineficacia pauliana si la hubieran consagrado

aquí? Intuyo que quizás esa sea la razón por la cual para ahorrarse problemas decidieron los penalistas “matar todo” con la nulidad, que conlleva, por cierto, a una obligación de reintegración del bien objeto de acto de disposición por parte del tercero, y en caso de que no lo hiciera o lo perdiera a su culpa, cabría que responda ese tercero por la vía de responsabilidad civil extracontractual.

Sin embargo, considero que es posible tomar como límite de la inoponibilidad en función a la pretensión del monto resarcitorio pedido por el agraviado o el Ministerio Público o el Procurador Público si el agraviado es el Estado, por lo que reafirmo la idea de que también en sede penal se debería aplicar como remedio la ineficacia pauliana y no la nulidad; incluso siendo un remedio civil aun cuando esté en la legislación penal, no pierde la conexión con la legislación civil, teniendo que ser su fuente para aplicar dicho remedio hasta el punto de leer el artículo 97 en clave civil, como corresponde.

Por último, sobre el procedimiento para declarar la “nulidad” de dichas transferencias se encuentra regulada en el artículo 15 del nuevo Código Procesal Penal³⁹¹.

391 **1.** El Ministerio Público o el actor civil, según los casos, cuando corresponda aplicar lo dispuesto en el artículo 97 del Código Penal o cuando se trate de bienes sujetos a decomiso de conformidad con el artículo 102 del citado Código, que hubieran sido transferidos o gravados fraudulentamente, sin perjuicio de la anotación preventiva y/o de otra medida que corresponda, solicitarán en el mismo proceso penal la nulidad de dicha transferencia o gravamen recaído sobre el bien.

2. El procedimiento se sujetará a las siguientes reglas:

a) Una vez identificada una transferencia de un bien sujeto a decomiso o que puede responder a la reparación civil y que se considere incurso en lo dispuesto en el primer numeral del presente artículo, el Ministerio Público o el actor civil, introducirán motivadamente la pretensión anulatoria correspondiente e instará al Juez de la Investigación Preparatoria que disponga al fiscal la formación del cuaderno de nulidad de transferencia. En ese mismo escrito ofrecerá la prueba pertinente.

b) El juez correrá traslado del requerimiento de nulidad al imputado, al adquirente y/o poseedor del bien cuestionado o a aquel en cuyo favor se gravó el bien, para que dentro del quinto día de notificados se pronuncien acerca del petitorio de nulidad. Los emplazados, conjuntamente con su contestación, ofrecerán la prueba que consideren conveniente.

c) El juez, absuelto el trámite o transcurrido el plazo respectivo, de ser el caso, citará a una audiencia dentro del quinto día para la actuación de las pruebas ofrecidas y escuchar los alegatos de los participantes. A su culminación, con las conclusiones escritas de las partes, el juez dictará resolución dando por concluido el procedimiento incidental. Están legitimados a intervenir en la actuación probatoria las partes y las personas indicadas en el numeral anterior.

d) El órgano jurisdiccional competente para dictar sentencia se pronunciará sobre la nulidad demandada. Todos los legitimados para intervenir en este incidente pueden participar en todas las actuaciones procesales que puedan afectar su derecho y, especialmente, en el juicio oral, en que podrán formular alegatos escritos y orales. En este último caso intervendrán luego del tercero civil.

e) Esta pretensión también puede interponerse durante la Etapa Intermedia, en el momento fijado por la Ley.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

Como resultado de este trabajo, se ha de realizar ciertas conclusiones que condensen adecuadamente las ideas expuestas sobre la acción pauliana. En este sentido considero como importantes conclusiones:

1. La acción pauliana es una figura eminentemente relacionada con la tutela de derechos, que debería obrar en un título aparte, o al menos como efectos de las obligaciones; sin embargo, lo colocaron en la supuesta “parte general del Código Civil”, siendo una *fattispecie* muy específica y que no tiene un alcance general, sino todo lo contrario, restrictivo aplicable solo en una vulneración o posible lesión de los derechos, de un sujeto dentro de una relación jurídica patrimonial.
2. La acción pauliana se invoca cuando ha ocurrido un detrimento patrimonial por parte del deudor (no necesariamente disminución patrimonial, término ligado al carácter cuantitativo) que conlleve a que el acreedor o la parte contractual perjudicada no pueda realizar su crédito o ser satisfecho su interés, por lo que la acción pauliana elimina el impedimento o dificultad de satisfacción de la parte perjudicada declarando ineficacia relativa y limitada.
3. Como componentes necesarios para ejercer la acción pauliana teniendo como punto de eje el acto de disposición, lo podemos establecer en presupuestos, elementos y requisitos.
4. Respecto a la comparación jurídica, se puede apreciar que ha servido de inspiración (léase imitación a mezcla) de los grandes formantes jurídicos, pero que ha llevado también a trasladar sus deficiencias e inexactitudes en mayor parte, por lo que será conveniente hacer una reevaluación de la institución de la acción pauliana conforme la sociedad en que vivimos, aun cuando se trate de una figura histórica.
5. La reforma del Código Civil es una buena oportunidad para poder abordar estos puntos y establecer pautas de regulación en el fraude

a la ley, el fraude a los acreedores que dejaría ser tal por la ampliación de supuestos en que se aplica la acción pauliana, de acuerdo a la tesis planteada.

Aunque tampoco se busca que el Código regule todo, las reglas pueden provenir de argumentos legislativos, así como doctrinales y jurisprudenciales, a través de un análisis dogmático funcional que les he presentado. En fin, el instituto de la acción pauliana podrá ser mejor entendido si se estudian los sistemas jurídicos alemán, italiano y francés; la ausencia de estudios doctrinarios sobre el tema en nuestro país, invita a reflexionar e investigar sobre el tema, y la parca normativa específica invita aún más a plantear críticas y nuevas luces, como se ha hecho el esfuerzo de plantearlo en la presente investigación.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

Diccionarios, libros, materiales de enseñanza y enciclopedias

- 1) ABAD YUPANQUI, Samuel. *El proceso constitucional de amparo, su aporte a la tutela de los derechos fundamentales*. 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2004.
- 2) ACERRA, Ilaria. *Il principio della responsabilità patrimoniale del debitore. Sue deroghe legislative. Il problema dei negozi atipici di destinazione*. Capítulo I, Patrimonio de Destinación, de su tesis de doctorado: Patrimoni destinati, tutela dei creditori ed insolvenza, Università degli studi di Napoli "Federico II", Facoltà di Economia, Dipartimento di Diritto dell'Economia, Napoles, Año Académico 2005/2006. Disponible en web: <<http://www.fedoa.unina.it/803/>>.
- 3) ALPA, Guido. *Manuale di Diritto Privato*. Quarta Edizione, CEDAM, Padova, 2005.
- 4) ALPA, Guido y BESSONE, Mario. *Elementi di Diritto Civile*. Giuffrè, Milano, 1990.
- 5) ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto M. *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.
- 6) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Luces y Sombras del Código Civil*. Tomo I, Librería Studium, Lima, 1991.
- 7) BARBIERA, Lelio. "Responsabilità Patrimoniale, Disposizioni generali". In *Commentario del Codice Civile*. A cura di Pietro Schlesinger (Artt. 2740-2744), Giuffrè, Milano, 1991.
- 8) BARASSI, Lodovico. *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. II, Traducción de Ramón García de Haro de Goytisolo, Editorial Bosch, Barcelona, 1955.
- 9) BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. *Comentarios a la Ley de Títulos Valores*. 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2002.
- 10) BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. *Obligaciones Civiles*. 3ª edición, Editorial HARLA, México, 1984.
- 11) BELLOMO, Manlio. *La Europa del Derecho Común*. Traducción castellana, Il cigno Galileo Galilei, Roma, 1996.
- 12) BELVEDERE, Andrea. "Il linguaggio del Codice Civile: Alcune osservazioni". En: *Trattato di diritto privato*, diretto da Pietro Rescigno, Saggi, aggiornamenti, indici, UTET, Turín, 1987.

- 13) BETANCOURT, Fernando. *Derecho Romano Clásico*. 3ª edición, revisada y aumentada, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2007. Disponible en Web: <http://books.google.com.pe/books?id=XdRcfpIbOMC&printsec=frontcover&dq=BETANCOURT,+Fernando.+Derecho+Romano+Cl%C3%A1sico&hl=es&ei=NjicTuPyJYLr0gGendDSBA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CDQQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false>.
- 14) BETTI, Emilio. *Teoría General de las Obligaciones*. Tomo II, traducción de José Luis de los Mozos, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970.
- 15) BETTI, Emilio. *Teoría Generale del Negozio Giurídico*. Edizione UTET, Torino, 1943.
- 16) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile, La Responsabilità*. Vol V, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1994.
- 17) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. Il Contratto*, nuova ristampa con aggiornamento, Vol III, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1998.
- 18) BIGLIAZZI-GERI, Lina. "Revocatoria (azione)". En: *Enciclopedia giuridica*. XXVII, Instituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1991.
- 19) BIGLIAZZI, Lina; BRECCIA, Umberto; NATOLI, Ugo; BUSNELLI, Francesco. *Derecho Civil*. Tomo I, Volumen I. Normas, sujetos y relación jurídica. Traducción de Fernando Hinestrosa de la obra colectiva *Diritto Civile*, 1987, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1995.
- 20) BIGLIAZZI, Lina; BRECCIA, Humberto; NATOLI, Ugo; BUSNELLI, Francesco. *Derecho Civil*. Hechos y Actos Jurídicos; Tomo I, Volumen 2, Traducción de Fernando Hinestrosa de la obra colectiva *Diritto Civile*, 1987, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1995.
- 21) BIGLIAZZI GERI, Lina. *Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*. Giuffrè, Milano, 1974.
- 22) BREBBIA, Roberto. *Hechos y Actos Jurídicos*. Tomo II, Astrea, Buenos Aires, 1995.
- 23) BRECCIA, Umberto. *Le Obligazioni*. Trattato di Diritto Privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Giuffrè Editore, Milano, 1991.
- 24) BUSNELLI, Francesco Donato. *La Lesione del crédito da parte di terzi*. Giuffrè Editore, Milano, 1964.
- 25) CARIOTA FERRARA, Luigi. *El Negocio Jurídico*. Traducción de Manuel Albaladejo García, Editorial Aguilar, Madrid, 1956.
- 26) CASTRONOVO, Carlo. *La Nuova Responsabilità Civile*. Terza Edizione, Dott. A. Giuffrè, Milano, 2006.

- 27) CARNEVALI, Ugo. *Lineamenti di Diritto Privato*. Terza Edizione, G.Giappichelli Editore, Torino, 2002.
- 28) CARPINO, Brunetto. "Diritti Potestativi". En: *Enciclopedia Giuridica*. Vol. VIII, Istituto della Enciclopedia Italiana, Treccani, Roma, 1989.
- 29) CASTILLO CÓRDOVA, Luis. "El contenido constitucional de los derechos como objeto de protección del proceso de amparo". En: AA.VV. *Derecho de acceso a la información pública*. Defensoría del Pueblo, Piura, 2005.
- 30) CASTILLO FREYRE, Mario. "Ni urgente, ni necesario; más bien: defectuoso. Comentarios muy críticos al Anteproyecto Oficial de reforma del Código Civil de 1984". 1ª edición, Palestra, Lima, 2005.
- 31) CARBONNIER, Jean. *Derecho Civil*. Tomo II, volumen II, editorial Bosch, Barcelona, 1960.
- 32) CATAUDELLA, Antonino. *I Contratti*. Parte Generale, Seconda Edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 2000.
- 33) CIFUENTES, Santos. *Negocio Jurídico. Estructura, vicios y nulidades*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986.
- 34) Codice Civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza, a cura di Pietro Perlingieri, Libro Sesto, UTET, Torino, 1980.
- 35) COLIN, Ambrose y CAPITANT, Henri. *Curso de Derecho Civil francés*. Tomo III, Madrid, 1941.
- 36) COSATTINI, Luigi. *La revoca degli atti fraudolenti*. Seconda Edizione aggiornata da Carraro, Cedam, Padua, 1950.
- 37) COSTAGLIOLA, Ana y NACCIARONE, Lucía. "Compendio di Diritto Civile (Istituzioni di diritto privato)". Maggioli Editores, República de San Marino, 2009. Disponible en Web: <http://books.google.com.pe/books?id=vH44NWSUyAoC&printsec=frontcover&dq=COSTAGLIOLA,+Ana+y+NACCIARONE,+Luc%C3%ADa.+Compendio+di+Diritto+Civile&hl=es&ei=_TmcTq_2NYru0gHoyZihCg&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCwQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false>.
- 38) COVIELLO, Nicola. *Doctrina General del Derecho Civil*. Traducción de la cuarta edición italiana, Unión Tipográfica Editorial Hispano - Americana, México, 1938.
- 39) DAVID, René. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Editorial Aguilar, Madrid, 1973.
- 40) D'AMICO, Giovanni. *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*. Dott A. Giuffrè Editore, Milano, 1993.

- 41) DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El Negocio Jurídico*. INEJ, Madrid, 1971, reproducido fascimularmente en 1985 por CIVITAS.
- 42) DE MARTINI, Angelo. "Voce Azione Revocatoria (diritto privato)". En: *No-
vissimo Digesto Italiano*. Tomo II, Torino, 1958.
- 43) D'ERCOLE, Stefano. "L' Azione Revocatoria". En: AA.VV. *Trattato di Diritto
Privato-Tutela dei Diritti, a cura di Pietro Rescigno*. Tomo II, UTET, Torino, 1985.
- 44) DE RUGGIERO, Roberto y MAROI, Fulvio. *Istituzioni di Diritto Privato*. Volu-
men II, Casa Editrice Giuseppe Principato, Milano, 1947.
- 45) DE LA SIERRA, Susana. *Una metodología para el Derecho Comparado Europeo*.
Derecho Público Comparado y Derecho Administrativo Europeo, Editorial
Thomson-Civitas, Madrid, 2004.
- 46) Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, 22ª edi-
ción, Espasa y Q.W. Editores S.A.C, Lima, 2005.
- 47) DI MAJO, Adolfo. Voce: *Obbligazione I) teoría generale*. Enciclopedia del Di-
ritto, Vol. XXVII, Giuffrè Editore, Milano, 1977.
- 48) DI MAJO, Adolfo. *La Tutela Civile dei Diritti*. 3za. Edizione, Giuffrè Editore,
Milano, 2001.
- 49) DI MARZIO, Fabrizio. *La nullità del contratto*. Cedam, Padova, 1999.
- 50) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial. Las relaciones
obligatorias*. Tomo II, 5ª edición, Civitas, Madrid, 1996.
- 51) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen
II, 7ª edición, Editorial Tecnos, 2002.
- 52) D'ORS, Álvaro; HERNÁNDEZ-TEJERO, Francisco; FUENTESECA, Pablo,
GARCÍA GARRIDO, Manuel y BURILLO, Jesús. *El Digesto de Justiniano*.
Tomo I, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1968.
- 53) DUVERGER, Maurice. *Los métodos de las ciencias sociales*. Ariel, México, 1974.
- 54) ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. *Tratado de Derecho
Civil, Derecho de Obligaciones*. Traducido y anotado por Blas Pérez González y
José Alguer, volumen II, segunda parte, 3ª edición, Editorial Bosch, Barcelo-
na, 1966.
- 55) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Los principios contenidos en el Título Preliminar
del Código Civil de 1984, análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. 1ª edi-
ción, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima,
2003.
- 56) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la Responsabilidad Civil*. 4ª edición,
Gaceta Jurídica, Lima, 2006.

- 57) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Comentarios al artículo II del Título Preliminar". En: AA.VV. *Código Civil comentado*. Tomo I, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007.
- 58) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *El Acto Jurídico Negocial*. 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2008.
- 59) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *La invalidez e ineficacia del acto jurídico en la jurisprudencia*. 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2008.
- 60) FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio. *El fraude a los acreedores: La acción pauliana*. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998.
- 61) FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio. "Actuación de la acción pauliana". En: AA.VV. *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*. Thomson-Civitas, Madrid, 2003.
- 62) FERRARA, Francesco. *La simulación de los negocios jurídicos (actos y contratos)*. 2ª edición, traducida por Rafael Atard y Juan A de la Puente, Editorial Revista de Derecho Privado, 1931.
- 63) FERRI, Giovanni Battista. *El Negocio Jurídico. AAVV. Teoría General del Negocio Jurídico. 4 estudios fundamentales*. Traducción y edición al cuidado de Leysser León Hilario, Ara Editores, Lima, 2001.
- 64) FERRI, Luigi. *Lecciones sobre el contrato. Curso de Derecho Civil*. Presentaciones, notas y edición al cuidado de Rómulo Morales Hervías y Leysser León Hilario. Traducción de Nelvar Carreteros Torres. 1ª edición al castellano, Grijley, Lima, 2004.
- 65) FERRUCCI, Romeo. "Della tutela dei diritti (Art. 2900-2969)". En: *Commentario del Codice Civile*. Libro VI, Tomo IV, UTET, Torino, 1964.
- 66) FLUME, Werner. *El Negocio Jurídico*. Traducción de José María Miguel González y Esther Gómez Calle, 4ª edición, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.
- 67) FREZZA, Paolo. *Le garanzie delle obbligazioni, corso di diritto romano, Vol. Primo: le garanzie personali*. CEDAM, Padova, 1962.
- 68) GALGANO, Francesco. *Istituzioni di Diritto Privato, con tavole di comparazione giuridica*. Seconda edizione, Cedam, Padova, 2002.
- 69) GALLO, Paolo. *Diritto Privato*. 4ª edición, Turín, Giappichelli, 2006, P. 869. Traducido y compilado por LEON HILARIO, Leysser. *Derecho de las relaciones obligatorias*. 1ª edición, Jurista Editores, Lima, 2007.
- 70) GAMBARO, Antonio y SACCO, Rodolfo. "Sistemi giuridici comparati". En: *Trattato di diritto comparato*. Diretto da Rodolfo Sacco, UTET, Turín, 1996.

- 71) GAZZONI, Francesco. *Manuale di Diritto Privato*. Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1999.
- 72) GETE ALONSO Y ACLERA, Maria del Carmen. *Estructura y función del tipo contractual*. Editorial Bosch, Barcelona, 1979.
- 73) GIORGI, GIORGO. *Teoría delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*. Vol. II, Firenze, 1891.
- 74) GIORGIANNI, Michele. *La obligación*. Traducción de Evelio Verdera y Tuells, Editorial Bosch, Barcelona, 1958.
- 75) GIORGIANNI, Michele. "Obbligazione (diritto privato)". En: *Novissimo Digesto Italiano*. Vol. XI, UTET, Turín, 1965. Traducido y compilado por LEÓN HILARIO, Leysser. *Derecho de las relaciones obligatorias*. Jurista Editores, Lima, 2007.
- 76) GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. "Negocios a título gratuito y fraude de acreedores". En: AA.VV. *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*. Thomson-Civitas, Madrid, 2003.
- 77) GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. "Comentario al artículo 1868". En: AA.VV. *Código Civil comentado*. Tomo IX, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007.
- 78) HATTENHANER, Hans. "La Relación Obligatoria". En: AA.VV. *Conceptos Fundamentales del Derecho Civil*. Ariel, Barcelona, 1987.
- 79) INZITARI, Bruno. *Autonomia privata e controllo pubblico nel rapporto di locazione*. Linee di una vicenda. E. Jovene, Napoli, 1979.
- 80) INZITARI, Bruno. "La responsabilità patrimoniale del debitore". En: AA.VV. *Casi e questioni di diritto privato, a cura de Mario Bessone*. Vol. *Obbligazioni e contratti*, Settima Edizione, Giuffrè, Milano, 1993.
- 81) JEREZ DELGADO, Carmen. *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos (la acción de rescisión por fraude de acreedores)*. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999.
- 82) JORDANO FRAGA, Francisco. *La Acción Revocatoria o Pauliana. Algunos aspectos de su régimen en el Derecho Vigente*. Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, 2001.
- 83) JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Tomo II, Volumen I, reimpresión, E.J.E.A., Buenos Aires, 1993.
- 84) LABAURE CASARAVILLA, Luciano. *Acción Pauliana o revocatoria*. Obra póstuma, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 1997.
- 85) LANDA ARROYO, César. *Material de enseñanza del Curso de Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*. Lima, 2006.

- 86) LARENZ, Karl. *Derecho Civil. Parte General*. Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, de la tercera edición original alemana de 1975, Revista de Derecho Privado/Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1978.
- 87) LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I, traducción de Jaime Santos Briz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.
- 88) LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisprudencia Actual III*. Gaceta Jurídica, Lima, 2000.
- 89) LEÓN BARANDIARÁN, Jose León. *Tratado de Derecho Civil peruano*. Tomo II, Acto Jurídico, WGEitor, Lima, 1991.
- 90) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El Negocio Jurídico*. 2ª edición, Grijley, Lima, 1994.
- 91) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. "Fraude del acto jurídico, Comentarios a los artículos 195-200 del Código Civil". En: AA.VV. *Código Civil Comentado*. Tomo I, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007.
- 92) LUCCHINI GUASTALLA, Emanuele. *Danno e frode nella revocatoria ordinaria*. Giuffré Editore, Milano, 1995.
- 93) LUCCHINI GUASTALLA, Emanuele. "Revocatoria ordinaria (azione)". En: AA.VV. *Il Diritto*, Enciclopedia giurídica, Volume 13, diretta da Salvatore Patti, Del Sole 24 ore, Milano, 2007.
- 94) MAFFEI ALBERTI, Alberto. *Il danno nella revocatoria*. CEDAM, Padova, 1970.
- 95) MAIERINI, Angelo. *Della revoca degli atti fraudolenti*. 4ª edición, Fratelli Cembali, Firenze, 1912.
- 96) MAZEUD, Henri y MAZEUD, León. *Lecciones de Derecho Civil*. E.J.E.A, Buenos Aires, 1960.
- 97) MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Volumen I, traducción de Ángel Martínez Sarrión, Editorial Bosch, Barcelona, 1995.
- 98) MERRYMAN, Jhon Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1971.
- 99) MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. Traducción de R.O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra, Ara Editores, Lima, 2007.
- 100) MIRABELLI, Giuseppe. "Autonomía, Autonomía Privada y Autonomía Contractual". Tomado de: *Commentario Del Codice Civile "Delle Obbligazioni- Dei Contratti In Generale"*, Libro IV, Tomo Secondo, Unione Tipográfico-Editrice Torinese Torino, 1980. En: *Contratos en General*. Material de Lectura del Prof. Hugo Forno Florez.

- 101) MOLITOR-SCHLOSSER. *Perfiles de la nueva historia del Derecho Privado*. Bosch, Barcelona, 1980.
- 102) MONATERI, Pier Giuseppe. "Comparando las comparaciones. El problema de legitimidad cultural y el nomos del Derecho". En: *Los límites de la interpretación jurídica y el Derecho Comparado*. Ara Editores, Lima, 2009.
- 103) MONROY GÁLVEZ, Juan. "Comentarios al inciso 3 del artículo 139". En: AA.VV. *La Constitución comentada*. 1ª edición, Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.
- 104) MORALES HERVIAS, Rómulo. "Comentario al artículo 190". En: AA.VV. *Código Civil comentado*. Tomo I, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007.
- 105) MORALES HERVIAS, Rómulo. *Patologías y remedios del contrato*. Jurista Editores, Lima, 2011.
- 106) MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos simulados y fraudulentos*. Tomo II, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001.
- 107) MORTARI, Piano. *L'azione revocatoria nella giurisprudenza medievale*. Giuffrè, Milano, 1962.
- 108) MOSCATI, Enrico. *La Disciplina Generale delle Obligazioni*. Corso di Diritto Civile, Appunti dalle lezioni, G. Giappichelli Editore, Torino, 2007.
- 109) MOSCATI, Enrico. *Fonti legali e fonti 'private' delle obbligazioni*. Cedam, Padova, 1999.
- 110) NARDI, Enzo. *Codice Civile e Diritto Romano, gli articoli del vigente Codice Civile nei loro precedenti romanistici*. Giuffrè Editore, 1997.
- 111) NATOLI, Ugo. *L'attuazione del rapporto obbligatorio*. Tomo I: Il comportamiento del creditore, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1974.
- 112) NATOLI, Ugo. "Azione Revocatoria". En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo IV, Giuffrè, Milano, 1959.
- 113) NICOLO, Rosario. *Comentario al Codice Civile*. Libro Sesto, sub art. 2901-2904, a cura di Scialoja y Branca, Zanichelli-Foro Italiano, Bologna-Roma, 1953.
- 114) NICOLAU, Noemí Lidia. "Negocios indirectos y contratos indirectos en garantía". En: *Libro homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe*. 1ª edición, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2005.
- 115) NICOLO, Rosario. "Las situaciones jurídicas subjetivas". Traducción de Carlos Zamudio Espinal. Tomado de: *Lecture di Diritto Civile* recopilados por Guido Alpa e Paolo Zatti, CEDAM, Padova, 1990.
- 116) OERTMANN, Paul. *Introducción al Derecho Civil*. Traducción de la 3ª edición Alemana por Luis Sancho Seral, Editorial labor S.A., Barcelona, 1933.

- 117) OSTI, Giuseppe. "Contratto". En: *Novísimo Digesto Italiano*. Directo da Antonio Azara e Ernesto Eula, Tomo IV, UTET, Torino, 1959.
- 118) OSTI, Giuseppe. "Scritti Giuridici". Tomo II, Giuffré, Milano, 1973, pp. 626-629. En: *Contratos en General-Material de Lectura del Prof. Hugo Forno Florez*.
- 119) PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *La conversión y la nulidad del negocio jurídico*. ARA Editores, Lima, 2002.
- 120) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Exegesis: Nuevo Código Procesal Penal*. Tomo I, 2ª edición, Editorial Rodhas, Lima, 2009.
- 121) PÉREZ GARCÍA, Máximo Juan. *La protección aquiliana de crédito*. Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2005.
- 122) PETIT, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Editora Nacional, México, 1961.
- 123) RESCIGNO, Pietro. *Manuale di Diritto Privato. Manuale del Diritto Privato*. 11ª Edizione, Terza Ristampa, Casa Editrice Dott: Eugenio Jovene, Napoli, 1997.
- 124) PINAGLIA - VILLALÓN y GAVIRA, Juan Ignacio. "Perfiles de la acción de rescisión por fraude a los acreedores en el Código Civil español". Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001. Disponible en web: <<http://books.google.com.pe/booksid=eVAVDwI2ZngC&pg=PA85&dq=garanzia+patrimoniale&cd=4#v=onepage&q=garanzia%20patrimoniale&f=false>>.
- 125) PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Tratado Elemental de Derecho Civil*. Tomo IV-Las Obligaciones, 2ª edición, traducido por Jose m. Cajica Jr, Cardenas Editor y Distribuidor, México, 1991.
- 126) PETRELLI, Gaetano. *La condizione 'elemento essenziale' del negozio giuridico. Teoría generale e profili applicativi*. Giuffrè Editore, Milano, 2000.
- 127) PRIORI POSADA, Giovanni. "Comentario al artículo 155". En: AA.VV. *Código Civil comentado*. Tomo I, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007.
- 128) PROTO PISANI, Andrea. *Le tutele giurisdizionali dei diritti*. Studi Jovene, Nápoles, 2003.
- 129) Rassegna di giurisprudenza sul Codice Civile, diretta da Rosario Nicolo - Mario Stella Richter, Tomo V, Dott. A. Giuffré, Milano, 1990.
- 130) RICCIUTO, Vincenzo. "La formazione progressiva del contratto". En: AA.VV. *I Contratti in Generale*, Tomo I, a cura di Enrico Gabrielli, UTET, Torino, 1999.
- 131) RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo V, Traducción de García Daireaux, Buenos Aires, 1963-1965.

- 132) ROCA MENDOZA, Oreste Gherson. "Acción oblicua (subrogatoria)". En: AA.VV. *Diccionario Civil*. 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2013.
- 133) ROITMAN, Ezequiel. "Acción revocatoria o pauliana ordinaria". En: AA.VV. *Instituciones de Derecho Privado Moderno/problemas y propuestas*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.
- 134) ROMERO MONTES, Francisco Javier. *Curso del Acto Jurídico*. Editorial y Librería Portocarrero, Lima, 2003.
- 135) ROPPO, Enzo. "Responsabilità Patrimoniale". En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo N° XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988.
- 136) ROPPO, Vincenzo. *El Contrato*. Traducción de Nélvor Carreteros Torres, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.
- 137) ROPPO, Vincenzo. *Istituzioni di Diritto Privato*. 4ª Edizione, Monduzzi, Bologna, 2001. Traducido y compilado por LEON HILARIO, Leysser. *Derecho de las relaciones obligatorias*. Jurista Editores, Lima, 2007.
- 138) ROSELLI, Federico. *Responsabilità Patrimoniale. I mezzi de conservazione*. Giapichelli Editore, Torino, 2005. Disponible en web: <[http://www.ambienteditto.it/Dottrina_2005/Azione_revocatoria_Roselli .htm](http://www.ambienteditto.it/Dottrina_2005/Azione_revocatoria_Roselli.htm)>.
- 139) RUBINO, Doménico. *El Negocio Jurídico Indirecto*. Serie B. Monografías Fundamentales de Derecho Privado y Público, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953.
- 140) RUBIO CORREA, Marcial. *Título Preliminar [Biblioteca para leer el Código Civil, Volumen III]*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001.
- 141) SANTARELLI, Umberto. Voce: "Azione revocatoria nel diritto medievale e moderno". En: *Digesto IV, Discipline civilistiche*. Vol. II, Torino, 1988.
- 142) SANTORO PASSARELLI, Francesco. *Doctrinas Generales de Derecho Civil*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964.
- 143) SCALISI, Vincenzo. *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*. Giuffrè Editore, Milano, 1998.
- 144) SOLAZZI, Siro. *La revoca degli atti fraudolenti nel Diritto Romano*. 3ª Edizione Jovene, Napolés, 1945.
- 145) SOMMA, Alessandro. *Introducción Crítica al Derecho Comparado*. Ara Editores, Lima, 2006.
- 146) TALAMANCA, Mario. *Istituzioni dei Diritto Romano*. Giuffrè, Milan, 1990.
- 147) TORRENTE, Andrea y SCHLESINGER, Piero. *Manuale di Diritto Privato*. Diciannovesima edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2009.

- 148) TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico*. 2ª edición, IDEMSA, Lima, 2001.
- 149) TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato*. Octava Edizione, Giuffrè Editore, Milano, 1989.
- 150) VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El Acto Jurídico*. 6ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.
- 151) VON THUR, Andreas. *Derecho Civil, Teoría General del Derecho Civil alemán*. Volumen 1: Los derechos subjetivos y el patrimonio, traducción directa del alemán por Tito Ravá, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1998.
- 152) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. "Libertad personal" (Comentarios al literal a) del numeral 24 del artículo 2 de la Constitución). En: *La Constitución comentada*. Tomo I, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2013.

Revistas, suplementos y colecciones

- 1) ABANTO BOSSIO, Renzo. "La quiebra remota frente a los periodos de sospecha: desincentivo a la inversión privada". En: *Ius et Veritas*. N° 35, diciembre, PUCP, 2007.
- 2) ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. "Ineficacia e invalidez del negocio jurídico". En: *Revista de Derecho Privado*. Madrid, julio-agosto de 1958.
- 3) ARAGÓN REYES, Manuel. "Problemas del recurso de amparo". En: *Anales de la Academia Matritense del Notariado*. Tomo 42, 2004.
- 4) ARIANO DEHO, Eugenia. "Desvaríos judiciales sobre la 'legitimación' para pretender la declaración de nulidad por simulación". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 105, Año 12, Gaceta Jurídica, Lima, junio de 2007.
- 5) ARIANO DEHO, Eugenia. "Sobre la prescripción de la revocatoria ex artículo 195 del CC". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 103, Año 12, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 2007.
- 6) ARIANO DEHO, Eugenia. "Notas a primera lectura sobre la reforma del recurso de casación civil (y sobre la reducción de las competencias de la Corte Suprema)". En: *Actualidad Jurídica*. N° 187, Gaceta Jurídica, Lima, julio, 2009.
- 7) BIANCA, Cesare Massimo. "La obligación en las perspectivas de la codificación europea y de reforma del Código Civil". En: *Observatorio de Derecho Civil, Las Obligaciones*. Volumen VII, Motivensa, Lima, 2010.
- 8) BIANCA, Mirzia. "El principio de la responsabilidad patrimonial y sus limitaciones". En: *Revista Derecho*. N° 58, PUCP, Lima, 2000.
- 9) CANNATA, Carlo Augusto. "Le Obbligazioni in Generale". En: *Trattato di Diritto Privato*. Obbligazioni I, Volumen 9, diretto da Pietro Rescigno, UTET, Torino, 1990.

- 10) CÁRDENAS QUIROZ, Carlos. "Registros Públicos, clasificación de los bienes y transferencia de la propiedad (del Código Civil de 1852 a la reforma del Código Civil del Perú de 1984)". En: *Anales de la Academia Nacional del Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*. Tomo XXXIX, Año Académico 2000-I, Córdoba, 2000.
- 11) CARNELUTTI, Francisco. "Documento y negocio jurídico". En: *JUS, Revista de Derecho y Ciencias Sociales*. Tomo XIII, N° 76, México, noviembre de 1944.
- 12) CARREÓN ROMERO, Francisco. "Crisis patrimonial del régimen de la responsabilidad patrimonial de la sociedad de gananciales". En: *Actualidad Jurídica*. N° 139, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.
- 13) CASTRO TRIGOSO, Nelwin. "Breves apuntes sobre la anulabilidad del contrato oculto y el perjuicio a terceros en la simulación relativa". En: *Cuadernos Jurisprudenciales*. N° 45, Gaceta Jurídica, Lima, marzo de 2005.
- 14) CASTRO TRIGOSO, Nelwin. "¿El contrato solo crea obligaciones? A propósito de los trabajos de reforma del Código Civil". En: *Cathedra. Discere Iure et Facto*, Año V, N° 8-9, Lima, 2002.
- 15) CESANO, José Daniel. "Comentarios a la Lección III/Acción Civil". En: *Comentarios al nuevo Código Procesal Penal*. 1ª edición, Ara Editores, Lima, 2009.
- 16) CHINCHAY TUESTA, Ady. "El contrato de opción de compra. Soluciones prácticas a los problemas más frecuentes, la posibilidad de resolver y de desistirse a contratar". En: *Actualidad Jurídica*. N° 180, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre, 2008.
- 17) CIURO CALDANI, Miguel Ángel. "Filosofía y método del derecho comparado". En: *Revista Jurídica Argentina, "La Ley"*. Tomo 1989-C, Buenos Aires.
- 18) COSTANTINI, Cristina. "Gli effetti dell'azione revocatoria". En: *The Cardozo Electronic Law Bulletin*. Vol. 12, 2006 (<<http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/home.html>>).
- 19) COSTANTINI, Cristina. *La tutela del crédito: i recenti percorsi dell'azione revocatoria ordinaria* (<http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/_2004/REVOCATORIA.pdf>).
- 20) CRISTÓBAL MONTES, Ángel. "Fundamento y naturaleza jurídica de la acción pauliana". En: *Revista de Derecho Privado*. Madrid, octubre, 2001.
- 21) CRISTÓBAL MONTES, Ángel. "Efectos de la acción pauliana". En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Año LXXVII, Julio-Agosto, N° 666, Colegio de Registradores de la Propiedad Madrid, 2001.
- 22) DE CASTRO y BRAVO, Federico. "La Acción Pauliana y la Responsabilidad Patrimonial". En: *Revista de Derecho Privado*. Año XIX, N° 226-227, Madrid, 1932.

- 23) DÍEZ-PICAZO, Luis y PONCE DE LEÓN. "Eficacia e ineficacia del negocio jurídico". En: *Anuario de Derecho Civil*. Tomo XIV, Fascículo II, Abril-Junio, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, MCMLXI (1961).
- 24) DÍEZ-PICAZO, Luis y PONCE DE LEÓN, Luis. "Contrato y libertad contractual". En: *Themis*. N° 49, PUCP, 2004.
- 25) DÍEZ-PICAZO, Luis. "El contenido de la relación obligatoria". En: *Anuario de Derecho Civil*. Tomo XVII, Madrid, 1964.
- 26) EBERS, Martín. "Principales instituciones en el Derecho Civil de las Obligaciones en Alemania tras la Reforma del BGB". En: *Observatorio de Derecho Civil, Las Obligaciones*. Volumen VII, Motivensa, Lima, 2010.
- 27) ESCOBAR ROZAS, Freddy. "El débito y la responsabilidad en la estructura de la obligación: historia de una confusión". En: *Cathedra*. Espíritu del Derecho, N° 8, UNMSM, Lima, 2001.
- 28) ESCOBAR ROZAS, Freddy. "El contrato y los efectos reales. Análisis del sistema de transferencia de propiedad adoptado por el Código Civil peruano". En: *Ius et Veritas*. N° 25, PUCP, Lima, 2002.
- 29) ESPICHÁN MARIÑAS, Miguel. "Acción revocatoria y tratamiento de los actos de disposición a título gratuito anteriores al crédito". En: *Revista Jurídica del Perú*. Tomo 84, Gaceta Jurídica, Lima, febrero, 2008.
- 30) ESPICHÁN MARIÑAS, Miguel. "Acción Revocatoria. Precisiones en torno al conocimiento del perjuicio por parte del tercer adquirente". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 147, Año 16, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre, 2010.
- 31) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Naturaleza jurídica del legítimo interés: Hacia el rescate de su autonomía conceptual". En: *Advocatus*. Nueva Época, Tercera entrega, Universidad de Lima, 2000.
- 32) FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan. "Estudio comparado de la impugnación de actos jurídicos realizados en fraude de acreedores". En: *Anales de Derecho*. N° 13, Universidad de Murcia, 1995.
- 33) FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan. "Líneas maestras de la regulación italiana de la acción revocatoria". En: *Anales de Derecho*. N° 12, Universidad de Murcia, 1994.
- 34) FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. "La obligación: apuntes para una dogmática jurídica del concepto". En: *Themis*. N° 27-28, PUCP, Lima, 1994.
- 35) FERRI, Giovanni Batista. "Antiformalismo, democracia, código civile". En: *Rivista di Diritto Commerciale*. Vol I, 1968.

- 36) FORMIGGINI, Aldo. "Rivoluzione nella revocatoria, evoluzione nei contratti preliminari?". En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Anno LV, N° 4, Dicembre, Giuffré, Milano, 2001.
- 37) FORNER DELAYAGUA, Joaquin J. *La acción pauliana ante el TCJE (Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la C.E. de 10 de enero de 1990, as. C115/88, Reichert)* (<<http://www.cepc.es/eS/.Publicaciones/revistas/revistas.aspx?IDR=5&IDN=744&IDA=28291>>).
- 38) FORNO FLÓREZ, Hugo. "El contrato con efectos reales". En: *Ius et Veritas*. Año IV, N° 7, PUCP, Lima, 1993.
- 39) GALLO, Paolo. "Las Obligaciones". En: *Observatorio de Derecho Civil, Las Obligaciones*. Volumen VII, Motivensa, Lima, 2010.
- 40) GÓMEZ POMAR, Fernando. "Fraude de ley, teoría de la interpretación y regulación de precios mínimos". En: *Indret*. N° 230, Barcelona, julio, 2004 (<http://www.indret.com/pdf/230_es.pdf>).
- 41) IRTI, Natalino. "La nulidad como sanción civil". En: *Cathedra*. Espíritu del Derecho. Revista de los Estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Año VII, N° 11, Lima, 2004.
- 42) KIPP, Theodor. "Impugnación de los actos *in fraudem creditorum* en Derecho Romano y en el moderno Derecho alemán con referencia al derecho español". En: *Revista de Derecho Privado*. Año XI, N° 124, enero, 1924.
- 43) LAMARCA I MARQUÉS, Albert. "La Modernización del Derecho alemán de obligaciones". En: *Indret*. N° 1, Barcelona, 2002 (<http://www.indret.com/pdf/078_es.pdf>).
- 44) LEÓN HILARIO, Leysser. "Las malas lecturas y el proceso de codificación civil en el Perú". En: *Proceso & Justicia*. N° 2, PUCP, Lima, 2002, pp. 121-132.
- 45) LEÓN HILARIO, Leysser. "Vigencia y papel del Negocio Jurídico en la Parte General del Derecho Civil". En: *Advocatus*. N° 9, Universidad de Lima, 2003 II.
- 46) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. "Apuntes para una distinta aproximación a la acción pauliana". En: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Mayo, 1984.
- 47) LORDI, Antonio. "Seminario sobre el concepto de Derecho, las fuentes del derecho y las situaciones jurídicas. Traducción libre de Carlos Zamudio Espinal". En: <<http://www.diritto.oit/articoli/civile/lordi4.html>>.
- 48) LORENZETTI, Ricardo. "El tipo contractual". En: *Jurídica*. Suplemento de *El Peruano*. N° 100, junio, 2006.
- 49) MARILUZ LAGUNA, Lizeth Paola. "Cuando se confunde la nulidad del acto jurídico por simulación absoluta con el denominado fraude a los acreedores".

- En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 134, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre, 2009.
- 50) MERINO ACUÑA, Roger. "La acción revocatoria ordinaria o pauliana. Lineamientos fundamentales". En: *Actualidad Jurídica*. N° 156, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre, 2006.
- 51) MESINAS MONTERO, Federico. "La acción Pauliana frente a los actos de disposición anteriores al crédito". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 96, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre, 2001.
- 52) MOISSET DE ESPANÉS, Luis. "La tradición traslativa del dominio: El Código Civil español y el sistema iberoamericano". En: *Ius et Veritas*. N° 4, PUCP, Lima, 1992.
- 53) MORALES HERVIAS, Rómulo. "Negocio Jurídico y tutela jurídica sustancial". En: *Revista de Derecho*. N° 5, Universidad de Piura, 2004, pp. 94-115.
- 54) MORALES HERVIAS, Rómulo. "¿Existen intercambios económicos sin acuerdo contractual? A propósito de las teorías del contrato y del negocio jurídico". En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 54, Gaceta Jurídica, Lima, enero, 2004, pp. 34-94.
- 55) MORALES HERVIAS, Rómulo. "Código Civil de 1936 y la doctrina peruana: recepción de la Teoría General del Negocio Jurídico". En: *Proceso & Justicia*. N° 5, PUCP, Lima, 2005, pp. 131-149.
- 56) MORALES HERVIAS, Rómulo. "Contratos simulados y contratos en fraude a la ley. A propósito de la teoría de la causa del contrato". En: *Cátedra*. Espíritu del Derecho, Año VII, N° 11, Lima, 2004.
- 57) MORALES HERVIAS, Rómulo. "Contrato inválido". En: *Derecho*. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 58, Lima, 2006.
- 58) MORALES HERVIAS, Rómulo. "Imperfecciones normativas de la nulidad del contrato en el Código Civil". En: *Jurídica*. Suplemento de *El Peruano*, Lima, 8 de mayo, 2007.
- 59) MORALES HERVIAS, Rómulo. "Contrato simulado: Historia de una confusión entre su nulidad y su ineficacia. La vinculación con el contrato en fraude a la ley". En: AA.VV. *XXV Años*, Facultad de Derecho, Universidad de Lima, 2006.
- 60) MORALES HERVIAS, Rómulo. "Fraude contra los acreedores como remedio de invalidez o de ineficacia". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 100, Año 12, Gaceta Jurídica, Lima, enero, 2007.
- 61) MORALES HERVIAS, Rómulo. "Contribución a la teoría de los contratos conexos". En: *Derecho & Sociedad*. N° 19, PUCP, 2002.

- 62) NATOLI, Ugo. "Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano". En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Año III, Giuffré, Milano, 1958.
- 63) NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort. "Resucitaciones, fantasmas y 'apariciones'. Reflexiones críticas en torno a la transferencia de la propiedad inmueble en el Perú. A propósito de un reciente proyecto de ley". En: *Revista Peruana de Jurisprudencia*. Año 8, N° 67, Editorial Normas Legales, Lima, setiembre, 2006.
- 64) OERTMANN, Paul. "Invalidez e Ineficacia de los negocios jurídicos". En: *Revista de Derecho Privado*. Año XVI, N° 186, Madrid, marzo, 1929.
- 65) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. "Efectos del incumplimiento". En: *Lumen*. N° 5, UNIFE, enero-diciembre, 2004.
- 66) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. "La transferencia de propiedad en el Perú". En: *Ius et praxis*. N° 30, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, Lima, 1999 (publicado en el 2000).
- 67) OSUNA PATIÑO, Néstor Iván. "Utilidad de la comparación jurídica en el desarrollo del Derecho Público en América Latina". En: *Externado Revista Jurídica*. Volumen 6, N° 2, Bogotá, julio/diciembre, 1992.
- 68) PACIA, Romana. "La pubblicità degli atti simulati nei rapporti fra simulato alienante e creditori o aventi causa dal titolare apparente". En: *Rivista di Diritto Civile*. Noviembre - Dicembre, Anno LVII, N° 6, Cedam, Padova, 2011, pp. 818-837.
- 69) PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. "Unas reflexiones en torno a la ineficacia proveniente de la acción revocatoria". En: *Ius et Veritas*. N° 8, Año V, 1994.
- 70) PALMERO, Juan C. "Negocio jurídico indirecto, simulación de la sociedad anónima". En: *La Ley*. Año LXIX, N° 174, Tomo 2005-E, Buenos Aires, setiembre, 2005.
- 71) PAPANTI PELLETIER, Paolo. "Sull'efficacia del contratto traslativo negli ordinamenti europei continentali e latino - americani". En: *Roma e America. Diritto Romano comune*. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina, N° 12, Mucchi Editore, Roma, 2001.
- 72) PATTI, Salvatore. "Sulla funzione dell'azione surrogatoria". En: *Rivista di Diritto Civile*. Maggio - Giugno, N° 3, Cedam, Padova, 2010.
- 73) PASCO ARAUCO, Alan. "La inoponibilidad del contrato nulo frente a los terceros contratantes a título oneroso y de buena fe, ¿norma especial o excepcional? Análisis del artículo 194 del Código Civil". En: *Actualidad Jurídica*. N° 210, mayo, Gaceta Jurídica, Lima, 2011.

- 74) PERALTA REYES, Víctor. "Fraude a la ley y fraude a los acreedores, la acción revocatoria ordinaria o pauliana". En: *La Ley*. Revista de Derecho, Tomo 2006-D, Año LXX, N° 121.
- 75) ROCA MENDOZA, Oreste Gherson. "La enajenación del bien recibido como pago indebido de mala fe". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 164, Gaceta Jurídica, Lima, julio, 2007.
- 76) ROCA MENDOZA, Oreste Gherson. "Fraude a la ley, fraude a los acreedores y la acción pauliana". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 169, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre, 2007.
- 77) ROCA MENDOZA, Oreste Gherson. "¡Ojos bien abiertos! Los negocios indirectos en fraude a la ley y, por qué no, a los acreedores". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 172, Gaceta Jurídica, Lima, marzo, 2008.
- 78) ROCA MENDOZA, Oreste Gherson. "Nulidad del negocio jurídico, simulación absoluta y tutela procesal efectiva en el escenario constitucional. A propósito de una sentencia del Tribunal Constitucional". En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 19, Gaceta Jurídica, Lima, julio, 2009.
- 79) ROCA MENDOZA, Oreste Gherson. "Crítica al principio de responsabilidad (o garantía) patrimonial como fundamento de la acción pauliana". En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 112, Gaceta Jurídica, Lima, junio, 2010.
- 80) ROCA MENDOZA, Oreste Gherson. "Conocimiento del perjuicio pauliano por parte del tercero adquirente". En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 121, Gaceta Jurídica, Lima, marzo, 2011.
- 81) ROCA MENDOZA, Oreste Gherson. "La acción pauliana: la influencia italiana en el sistema jurídico peruano". En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 141, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre, 2012.
- 82) SALVADOR CODERCH, Pablo; AZAGRA MALO, Albert; FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio. "Autonomía privada, fraude de ley e interpretación de los negocios jurídicos". En: *Indret*. N° 229, Barcelona, julio, 2004. <http://www.indret.com/pdf/229_es.pdf>.
- 83) SANTI DI PAOLA, Nunzio. *La revocatoria ordinaria e fallimentare nel decreto sulla competitività*. Aggiornato alla riforma del diritto fallimentare 2006, Haller Editrice SRL, 2006. <http://books.google.com.pe/books?id=6vQ7kQMIClgC&printsec=frontcover&source=gbs_v2_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=true>.
- 84) SCALISI, Vincenzo. "Invalidéz e ineficacia. Modalidades axiológicas de la negociabilidad". Traducción, con autorización del autor, de Carlos Zamudio Espinal. Revisión y notas por Rómulo Morales Hervías. Tomado de: *Rivista di Diritto Civile*. N° 2, Año XLIX, CEDAM, Padua, marzo-aprile, 2003.

- 85) SCHLESINGER, Piero. "La autonomía privada". En: *Proceso & Justicia*. N° 3, PUCP, Lima, 2002.
- 86) Separata Especial: "Facilitando el Acceso al crédito mediante un Sistema Eficaz de Garantías Reales". Documento de Trabajo. Ministerio de Economía y Finanzas. Publicada en el diario oficial *El Peruano*. Lima, 16 de julio de 2001.
- 87) SOTO COAGUILA, Carlos. "La contratación contemporánea y el respeto a la autonomía privada". En: *Cathedra, Espíritu del Derecho*. Año VI, N° 9, Lima, 2002.
- 88) TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. "El 'Derecho comparado', técnica jurídica dogmática o historia jurídica comparada". En: *Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Fix Zamudio, en sus 30 años como investigador de las ciencias jurídicas*. Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM, México D.F, 1988.
- 89) TERRANOVA, Giuseppe. "La estructura de las situaciones subjetivas: contribución a una semántica de la obligación". En: *Revista de Derecho*. Volumen 5, Universidad de Piura, 2004.
- 90) TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. "Fraude en el acto jurídico". En: *Revista Bibliotecal*. Año 3, N° 4, Colegio de Abogados de Lima, Lima, marzo, 2002.
- 91) UBERTO TEDESCHI, Guido. *Incontri su il diritto fallimentare: le revocatorie, revocatoria ordinaria e fallimentare*, Fondazione dottori commercialisti, Parma, 2003. <<http://www.odcecpr.it/app/prvt/VediArea.d/Area-124>>.
- 92) VALLET DE GOYTISOLO, Juan. "Negocios en fraude de ley simulados, fidejuciaros e indirectos". En: *Revista Jurídica del Notariado*. N° 14, abril-junio, Madrid, 1995.
- 93) VÁSQUEZ REBAZA, Walter. "La (visible) presencia de los contratos coligados en el sistema jurídico peruano". En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 140, Gaceta Jurídica, Lima, octubre, 2012.
- 94) VÁSQUEZ VIDAL, Jesús David. "La acción revocatoria o pauliana versus los actos de disposición sobre bienes sociales". En: *Actualidad Jurídica*. N° 186, Gaceta Jurídica, Lima, mayo, 2009.
- 95) VERDERA y TUELLS, Evelio. "Algunos aspectos de la simulación". En: *Anuario de Derecho Civil*. Tomo III, Fascículo I, Enero-Marzo, Madrid, MCML (1950).
- 96) VOZZA, Donato. *Il creditore può proseguire l'azione revocatoria ordinaria dopo il sopravvenuto fallimento del debitore, in caso di inerzia del curatore*. Nota a Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, Sentenza, 17 dicembre 2008. <<http://www.filodiritto.com/index.php?azione=visualizza&idoc=1348>>.

ÍNDICE GENERAL

ÍNDICE GENERAL

PRÓLOGO.....	5
I. Introducción.....	6
II. Fraude a los acreedores: entre la nulidad y la ineficacia en sentido estricto (o inoponibilidad) en el Código Penal	9
III. Conclusiones.....	18
INTRODUCCIÓN.....	21

CAPÍTULO I CONSIDERACIONES GENERALES Fraude en general

I. Concepto genérico de fraude	27
II. Comparación con otros institutos	27
1. Fraude y dolo.....	27
2. Fraude y simulación	28
3. Fraude y abuso del Derecho.....	29

CAPÍTULO II LOS NEGOCIOS JURÍDICOS EN FRAUDE A LA LEY (Una clase de fraude en especial)

I. Evolución histórica	35
II. Naturaleza jurídica	36
1. Teorías.....	36
III. Definición.....	37
IV. Modos de usar al negocio jurídico para eludir una ley.....	38

1.	Negocios jurídicos simulados (entre su nulidad e ineficacia)	38
1.1.	Teorías sobre la esencia de la simulación.....	44
	Teoría italiana	44
	Teoría alemana.....	45
2.	Negocios jurídicos conexos o coligados.....	50
3.	Negocios jurídicos indirectos	51
3.1.	Cuando los negocios indirectos se usan para defraudar a la ley	55
3.2.	Cuando los negocios indirectos se usan para defraudar a los acreedores	57
V.	¿Fraude a la ley en nuestro ordenamiento jurídico? Necesidad de su regulación	64
VI.	Sobre la aplicación en la experiencia jurídica nacional del fraude a la ley. Un vistazo a la jurisprudencia.....	65

CAPÍTULO III
FRAUDE A LOS ACREEDORES

I.	Su relación con el fraude a la ley ¿género y especie?	73
II.	Definición.....	74
III.	Mecanismos de tutela que tiene el acreedor para proteger su situación jurídica dentro de una obligación	75

CAPÍTULO IV
LA DENOMINADA ACCIÓN PAULIANA O
REVOCATORIA ORDINARIA

I.	Antecedentes históricos	81
II.	Fundamento: La responsabilidad patrimonial y/o la garantía patrimonial	90
1.	Tesis unitaria.....	93
2.	Tesis diferenciadora.....	93

3.	Deslindando conceptos erróneos respecto al presente principio.....	94
4.	Crítica a la acción pauliana como medio de conservación de la garantía patrimonial.....	97
III.	Naturaleza jurídica: ¿sustancial o procesal?	100
IV.	Definición y características	105
1.	Acción de ineficacia	105
2.	Acción personal	109
3.	Acción conservativa	110
4.	¿Acción subsidiaria?.....	112
V.	Estructura (componentes necesarios para ejercer la acción pauliana).....	115
1.	Presupuesto	115
2.	Elemento (un acto que beneficia a un tercero).....	123
2.1.	Actos a favor de terceros realizados a título gratuito.....	127
2.2.	Actos a favor de terceros realizados a título oneroso.....	129
3.	Requisitos.....	134
3.1.	Requisito objetivo: Perjuicio pauliano (<i>Eventus damnis</i>) (del daño al peligro del daño).....	134
3.2.	Requisito subjetivo (del fraude al conocimiento del perjuicio)	153
VI.	Las situaciones jurídicas protegidas por la acción pauliana y actos susceptibles de ser impugnados.....	160
1.	Características de los actos protegidos por la acción pauliana (¿de la relación jurídica obligatoria a la relación jurídica patrimonial?)..	162
VII.	Efectos de la acción pauliana	170
1.	Respecto a los acreedores del deudor	171
2.	Respecto del deudor	175
3.	Respecto del tercer adquirente.....	176
4.	Respecto del tercer adquirente mediato o subadquiriente	179
5.	En relación con los acreedores del tercero.....	180
6.	Relaciones entre el deudor y el tercero después de la impugnación ...	180
VIII.	Tutela aquiliana del derecho del acreedor frente al tercero adquirente	181
IX.	Fraude y apariencia a la vista: ¿la invalidez o ineficacia?	184
X.	Aspectos procesales de la acción pauliana.....	185

Índice general

XI.	La experiencia en el ordenamiento jurídico peruano: Examen de algunos supuestos particulares de actos impugnables	187
XII.	La acción pauliana en la experiencia comparada, vistos de una mala importación.....	203
	1. <i>L'action paulienne</i>	206
	2. <i>La Gläubigeranfechtung</i>	209
	3. <i>Azione pauliana</i> o revocatoria ordinaria.....	212
	4. Los proyectos de codificación del Derecho Privado europeo - Proyecto de Pavía.....	217
XIII.	La acción pauliana concursal. Una derivación o desviación de la acción pauliana.....	219
	1. Aplicación en el Sistema Civil.....	219
	2. Aplicación en el Sistema Concursal	220
XIV.	La “nulidad” de los actos de disposición del procesado regulada en el artículo 97 del Código Penal (presencia espiritual de la acción pauliana)	222

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES	227
--------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA.....	231
Diccionarios, libros, materiales de enseñanza y enciclopedias.....	231
Revistas, suplementos y colecciones.....	241

ÍNDICE GENERAL

ÍNDICE GENERAL.....	251
---------------------	-----

