

## EL FRAUDE A LOS ACREEDORES: LA ACCIÓN REVOCATORIA O TAMBIÉN DENOMINADA PAULIANA (RECTIUS PRETENSIÓN PROCESAL DE INEFICACIA)

JUAN ESPINOZA ESPINOZA

Abogado y Magister por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.  
Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú.  
Profesor de Derecho Civil en las Facultades de Derecho de la Universidad de Lima, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

*"La acción pauliana no podía morir con el imperio romano. Era una institución jurídica fundada, no en necesidades propias y transitorias de la civilización antigua, sino en consideraciones de natural equidad, que se manifiestan igualmente en cualquier época y en cualquier país. Consiguientemente, la acción revocatoria permaneció donde imperaba el derecho común".*  
Giorgio GIORGI, en *Teoría delle obbligazioni nel Diritto Moderno italiano (1876)*.

### SUMARIO:

I. Introducción. - II. Requisitos y caracteres de la pretensión procesal de ineficacia. - III. Efectos de la acción pauliana o revocatoria. - IV. Tipología de los actos materia de revocación. - V. La desaparición del elemento "fraude" y la ampliación del "dato" dentro de los presupuestos de la acción pauliana. - VI. La acción revocatoria y la subrogatoria. - VII. La acción revocatoria y la simulación.

### I. INTRODUCCIÓN

Autorizadamente se afirma que:

*"el vínculo de destino a la satisfacción, por equivalencia, del interés del acreedor (...) no se traduce, como es notorio, en una suerte de vínculo real, es decir en aquella "prenda general" que pesa sobre el patrimonio del obligado, al cual hacía referencia la más antigua doctrina y no vale, para garantizar, de por sí (a falta de una garantía específica, real o personal), los intereses del acreedor. El deudor es libre de disponer de los propios bienes y los actos de disposición realizados por él (si no están atacados, se entiende, por una precisa causa de invalidez o de ineficacia) son plenamente válidos y eficaces y, por ello, son tendencialmente (...) idóneos para sustraer tales bienes a aquel vínculo y a la acción ejecutiva del acreedor".<sup>1</sup>*

La acción pauliana o revocatoria (antigua acción *per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt revocatur*)<sup>2</sup>, como ha sido perspicazmente observado, constituye una manifestación del "control" que ejerce el acreedor sobre el deudor.<sup>3</sup> Por ello, "no debe ser contemplada como una sanción al deudor fraudulento".<sup>4</sup> Otro sector de la doctrina prefiere hablar de "facultad de control que el Derecho

<sup>1</sup> BIGLIAZZI GERI, Una Revocazione (Anno). En: *Rapporti giuridici e dinamiche sociali. Principi, norme, interessi emergenti. Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 1024-1025.

<sup>2</sup> Esta frase se encuentra en fr. 38, § 4, D. De iuris et factis, XXI, 1. El nombre *actio Pauliana*, en el Corpus iuris, aparece en el párrafo completo: "De furtis quaeque occidit et Pauliana, per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt revocantur, fructus quoque restituantur: nam praeter id agi, ut perinde sit omnia, atque si nihil alienatum esset: quod non est iniquum (fructus et rebum restituitur)", *quod in hoc et praeter debet, plerum habet significaverunt* ut fructus quoque restituantur". Se observa que "resulta evidente, refiriéndose a la restitución de frutos, se encuentra fuera de la *actio restitutio*, colocada en el título VII del libro XXII del Digesto, titulado: *Quae in fraudem creditorum factae aut ut restituantur* - por añadidura, tal denominación se encuentra (aunque no frecuentemente) también en las sucesivas fuentes bizantinas" (LUCCHINI GUASTALLA, Emanuele, *Donna e finis nella revocatio in ordine*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 1 y 2).

<sup>3</sup> IMBRIENDA, Mariassunta, *Controllo e rescissione nelle situazioni patrimoniali*, ESJ, Napoli, 2001, p. 25.

<sup>4</sup> FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, *El fraude a los acreedores. La acción pauliana*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Zaragoza, 1998, p. 19.

atribuye a los acreedores sobre la actividad patrimonial de su deudor—conductas de este tanto positivas (de disposición, de endeudamiento incluso (...) de rechazo de ciertas ofertas adquisitivas), como omisivas— en la medida en que dicha actividad repercute negativamente en la solvencia del deudor y, por tanto, en las posibilidades de cobro de sus acreedores”.<sup>3</sup> De esta manera, no solo está comprendida la acción revocatoria, sino la subrogatoria, de la cual me ocuparé líneas abajo. En este orden de ideas, no se ha vacilado en afirmar—en posición que comparto— que la acción revocatoria es un “instrumento jurídico de control creditorio sobre la actividad lato sensu dispositiva del deudor”.<sup>4</sup>

En efecto:

*“si se quiere proteger de verdad, efectivamente el derecho al cobro (coactivo) de los acreedores, no basta con sancionar legalmente la responsabilidad patrimonial universal del deudor (con todos los bienes embargables de que sea titular al tiempo de la ejecución/ embargo), sino que, además, la ley tiene que arbitrar, por lo que concierne a la actividad lato sensu dispositiva del deudor, un sistema de control a favor de los acreedores, que consienta a estos, en determinadas condiciones, impugnar los actos del deudor (de disposición, de endeudamiento) que resulten perjudiciales a la garantía patrimonial”.*<sup>5</sup>

Se advierte que:

*“con la acción revocatoria (llamada también pauliana) los acreedores pueden hacer declarar ineficaces con respecto a ellos, los actos de disposición realizados por el deudor para defraudar sus derechos. Nos referimos a enajenaciones efectivas y no simplemente disimuladas. Piénsese en la hipótesis que un deudor se despoje de sus bienes, donándolos a sus familiares, con el fin de sustraerlos a la ejecución forzada, o en la hipótesis que el deudor insolvente haya vendido un bien por un precio, del cual no se encuentre rastro”.<sup>6</sup> También se sostiene que “la acción revocatoria se produce por existir una disminución de la garantía, merma que, al suponer un daño injusto para el acreedor, en cuanto queda insatisfecha su causa credendi, le permite pedir la declaración de ineficacia de ciertos actos jurídicos que, además de serles perjudiciales, son inferiores, en valor jurídico, a su derecho. La revocación colabora, desde afuera, a la efectividad de la responsabilidad, pero no surge, ex substantia, de esta”.<sup>7</sup>*

Sobre la relación del fraude a la ley con respecto al fraude a los acreedores, nos encontramos en la situación del género frente a la de la especie. Así, “el fraude es, probablemente, un fenómeno unitario, que consiste en eludir la aplicación de una regla general obligatoria o de un deber jurídico mediante un camino indirecto que constituye grosso modo un subterfugio. El fraude es, por tanto, siempre fraude a la ley”.<sup>8</sup> ambos tienen en común la *circumventio legis*.<sup>9</sup>

Es evidente que el deudor tiene el derecho de disponer de su patrimonio; pero lo debe hacer de tal forma que no lesione el legítimo interés del acreedor a que no se disminuya (el patrimonio del deudor) al punto de comprometer, o hacer difícil, el pago. Por ello, el ordenamiento jurídico facilita al acreedor a atacar, con la declaración judicial de la ineficacia, una relación jurídica de la cual no es

<sup>3</sup> JORDANO FRAGA, Francisco, *La acción revocatoria o pauliana: algunos aspectos esenciales de su régimen en el derecho vigente*, Editorial Comares, Granada, 2001, p. 6.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 10.

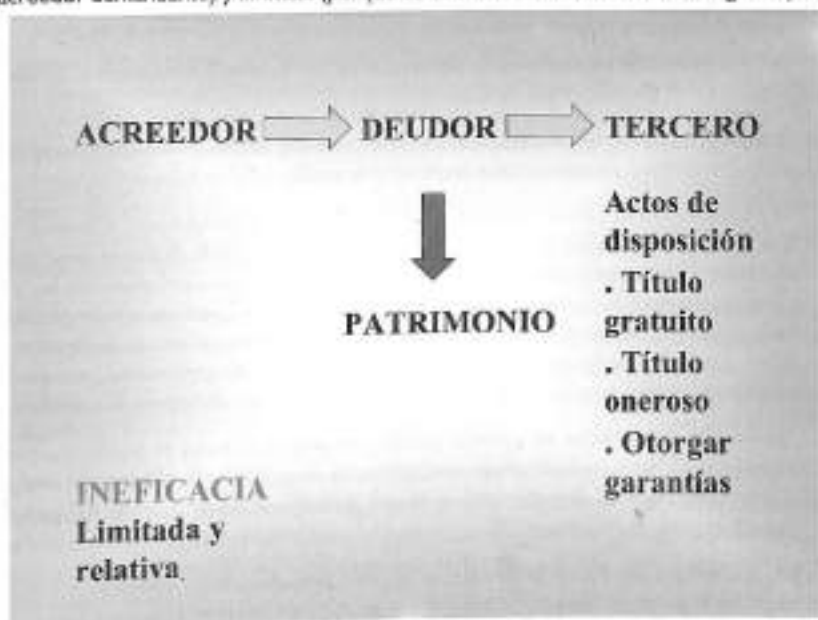
<sup>6</sup> TRIMARCHI, Piero, *Istituzioni di Diritto Privato*, décimo quinta edición, Giuffrè, Milano, 2003, p. 531.

<sup>7</sup> DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial*, *Estudio de las artículos 1.911 y 1.911 del Código civil*. En: *Revista de Derecho Privado*, Tomo XIX, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, enero-diciembre, 1932, p. 193.

<sup>8</sup> DIEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Las relaciones obligatorias*, II, Civitas, quinta edición, Madrid, 1996, p. 732.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 733.

parte: la de su deudor y un tercero. La pretensión procesal de ineficacia es relativa (porque favorece solo al acreedor demandante) y limitada (porque se circunscribe al monto de la obligación).<sup>12</sup>



## II. REQUISITOS Y CARACTERES DE LA PRETENSIÓN PROCESAL DE INEFICACIA

Tradicionalmente la doctrina ha individualizado dos requisitos para que proceda la pretensión procesal de ineficacia del acto jurídico: el perjuicio económico del acreedor y la mala fe, fraude o preordenación dolosa (si se trata de actos anteriores al crédito afectado) del deudor y terceros.<sup>13</sup> Por eso se sostiene que entre los requisitos subjetivos para la admisibilidad de la acción revocatoria, se debe configurar "que el deudor sea conciente del perjuicio que ocasiona al acreedor o que, tratándose de un acto anterior al nacimiento del crédito, el acto mismo sea dolosamente realizado con el fin específico de defraudar".

*Para el problema no se agota ahí: es necesario considerar también los intereses del tercero adquirente, que puede haber confiado en la estabilidad de la adquisición y que sería dañado si, como consecuencia del acogimiento de la acción revocatoria, el bien fuese sometido a la ejecución forzada por parte del acreedor impugnante. Aquí prevalece la tutela de la confianza solo si se trata de una adquisición a título oneroso; en tal caso, el acto será revocado solo si concurre la mala fe del tercero adquirente".<sup>14</sup>*

Se observa que "el término fraude tenía originalmente (en los textos del derecho romano) un significado objetivo, referido al daño (solo posteriormente vino también a denominar al acto o actos que ocasionan ese daño); en este caso, el daño consistió en la frustración del derecho de crédito. El término

<sup>12</sup> JORDANO FRAGA, Francisco, Op. Cit., p. 16. En este sentido, también Roger MERINO ACUÑA, *La acción revocatoria ordinaria a posteriori. Un caso de nulidad fundamental*. En: Actualidad Jurídica, Tomo 156, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre 2006, 34. Osmar ROCA HENDEZZA, Gherion, *El fraude a la ley, el fraude a los acreedores y la acción pauliana*. En: Actualidad Jurídica, Tomo 149, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre 2007, p. 62, entre otras.

<sup>13</sup> JORDANO FRAGA, Francisco, Op. Cit., pp. 15 y 16.

<sup>14</sup> TRIMARCHI, Pietro, Op. Cit.

"fraude" fue adquiriendo un significado con connotaciones subjetivas en el derecho postclásico y justiniano; prevaleció este significado subjetivo durante el derecho común, y con esta connotación fue recogida en las codificaciones".<sup>15</sup>

Sobre el **perjuicio económico**, se afirma que es "el elemento fundamental en la estructura de la acción pauliana".<sup>16</sup> En este orden de ideas,

*"posible objeto de la acción revocatoria es el acto de disposición patrimonial, con el cual el deudor ocasione conscientemente perjuicio al acreedor.*

*Tal perjuicio se tiene cuando haya sido puesta en peligro la posibilidad para el acreedor de obtener lo que se le debe a través de la ejecución forzada. Ello puede derivar de un acto que disminuya la consistencia del patrimonio del deudor (donación, renuncia, alienación por una contraprestación insuficiente); pero puede derivar también de una venta a justo precio, si tiene por objeto un bien fácilmente ubicable por los acreedores, el cual sea sustituido con dinero, que es fácilmente ocultable. En todo caso, se requiere que el patrimonio remanente del deudor no ofrezca suficiente garantía: de otra forma no hay daño para el acreedor.*

*También las prestaciones de garantía pueden ser perjudiciales en el sentido ilustrado anteriormente, porque en el caso de incumplimiento de la obligación garantizada se llega al mismo resultado de una alienación o de una asunción de deuda: por ello, también se sujetan a la acción revocatoria".<sup>17</sup>*

En posición que comparto, se afirma que "el perjuicio económico del acreedor actor—causado, en su momento, por el concreto acto deudor que se impugna, y subsistente en el momento en que la acción revocatoria se ejercita y en aquel otro en que la ineficacia revocatoria se decreta judicialmente— es tanto el fundamento de la acción revocatoria (que es un medio de reparar ese perjuicio) y, por tanto, causa de legitimación activa, como la medida que señala el alcance/límite de sus efectos".<sup>18</sup> No se debe identificar el perjuicio económico con la insolvencia. En efecto, no se necesita de declaración administrativa de concurso o judicial de quiebra. Así, "la insolvencia relativa significa que pueden existir otros bienes pero no cuentan para impedir hablar de perjuicio porque su ejecución resulta difícil o imposible para el acreedor (los primeros ejemplos de esta concepción los encontramos en la doctrina italiana de finales del siglo XIX). Pero, como pusieron de manifiesto otros autores contemporáneos, no toda dificultad es suficiente para justificar el recurso a la impugnación".<sup>19</sup> Para que la insolvencia sea presupuesto de la pretensión procesal de ineficacia, se requiere de dos notas fundamentales: "por una parte, el patrimonio del deudor que funciona como garantía patrimonial del acreedor debe ser valorado en función del importe del crédito del actor (pues el acreedor individualmente está legitimado para el ejercicio de la acción pauliana); por otra parte, la insolvencia no ha de ser cuantificada por el valor contable del patrimonio del deudor, sino en atención al previsible valor ejecutivo de los bienes embargables".<sup>20</sup> A nivel de la carga probatoria, de acuerdo al artículo 195 del Código Civil, el acreedor deberá probar el crédito y el perjuicio, mientras que el deudor y el tercero la inexistencia del perjuicio o la existencia de bienes libres que garantizarán la satisfacción del crédito.

<sup>15</sup> FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, *Op. Cit.*, p. 9.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>17</sup> TRIMARCHI, Pietro, *Op. Cit.*

<sup>18</sup> JORDANO FRAGA, Francisco, *Op. Cit.*, p. 30.

<sup>19</sup> FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, *Op. Cit.*, p. 27.

<sup>20</sup> *Ibid.*, pp. 33 y 34. El autor entiende que "el evento danño como contenido de la acción pauliana es un elemento de contenido complejo, que conjuga dos aspectos: de una parte, la insolvencia del deudor (entendida como ausencia de bienes libres ejecutables bastantes a disposición del acreedor como para cubrir con su valor ejecutivo el importe del crédito); y por otra parte, la subsistencia del (en el sentido de que el acreedor carece de otro medio para cubrir lo que se le debe)". (*Cit.*, p. 41).

**¿Qué se debe entender por fraude a los terceros?** Una clásica doctrina explica que consiste "en la conciencia de dañar a los acreedores; y descomponiendo esta definición en sus elementos, encontramos dos condiciones. La primera, es el conocimiento de los deudoras; la segunda el conocimiento de ser insolvente, o de devenir en tal si se cumple dicho acto. Ahora bien, el fraude al tercero no consiste en otra cosa, que en haber conocido todo esto. Fraudis non ignorantia ex parte tertii. El se hace cómplice del consilium fraudis, cuando sepa que el deudor tiene conocimiento o la ignorancia culpable—el haber conocido o haber podido diligentemente conocer—, en el momento de realizarlo, del perjuicio causado al acreedor con el concreto acto dispositivo que se trate de impugnar con la revocatoria (que este causaba o agravaba la insolvencia del deudor). No es aquí necesario (aunque, evidentemente, de darse, también entraña mala fe/fraude) la voluntad/intención de perjudicar al acreedor".<sup>21</sup>

Con razón se sostiene que la acción pauliana o revocatoria es un "instrumento procesal de mera constatación de una ineficacia originaria y doblemente relativa (...) del acto mismo, que tiene una función eminentemente cautelar, aunque esté predispuesto en vista de una eventual acción ejecutiva (o de conservación) y carece totalmente de efectos restitutivos".<sup>22</sup> Entre sus caracteres encontramos los siguientes:<sup>23</sup>

- Es una pretensión de ineficacia (eventualmente, indemnizatoria):** en efecto, es una pretensión de "impugnación/ineficacia—como efecto principal suyo—, pero con fundamento o finalidad reparatorios/indemnizatorios (del perjuicio económico que el acto deudor impugñado causa al acreedor impugnante)".<sup>24</sup> Incluso, no se ha vacilado en decir que se trata de una reparación in natura.<sup>25</sup>
- Es una pretensión personal (no real),** por cuanto el acreedor impugnante con la revocatoria "no ejercita un derecho/acción real sobre los bienes enajenados por su deudor, sino una acción (personal) impugnatoria contra el acto de enajenación realizado por su deudor (y, en su caso, además, contra el de subenajenación realizado por el adquirente inmediato del deudor enajenante), acción que, caso de prosperar, le permite eludir el efecto perjudicial para él del acto impugñado (o, en su caso, de los actos impugnados)".<sup>26</sup> La acción revocatoria "no solo se dirige contra actos de enajenación (perjudiciales) del deudor, y que, concebida como acción real, nunca podrían explicarse los efectos de la revocatoria dirigida contra actos de endeudamiento (perjudiciales) del deudor".<sup>27</sup> Debemos recordar que el plazo prescriptivo de la acción revocatoria es de dos años (artículo 2001.4 del Código Civil).
- Es una pretensión conservativa o cautelar; así,**

"en el caso concreto de la acción revocatoria, si el acreedor impugnante obtiene la ineficacia—relativa y limitada— de un acto de enajenación o de endeudamiento—económicamente perjudiciales— de su deudor, es para, así—reintegrada la garantía patrimonial lesionada por el acto perjudicial impugnado— cobrar su crédito (o cobrarlo mejor): pudiendo ahora (tras la impugnación exitosa/ineficacia judicialmente declarada), a perseguir ejecutivamente, en la

<sup>21</sup> GIORGI, Giorgio, *Teoria delle obbligazioni* (in) *Diritto Moderno Italiano*, Il. Eugenio e Filippo Cattolici Editori—Ultras, Firenze, 1876, p. 344.

<sup>22</sup> JORDANO FRAGA, Francisco, *Op. Cit.*, p. 16.

<sup>23</sup> BIGLIAZZI GERI, Lina, *Op. Cit.*, pp. 1026-1027.

<sup>24</sup> JORDANO FRAGA, Francisco, *Op. Cit.*, pp. 27-28.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>26</sup> JORDANO FRAGA, Francisco, *Op. Cit.* En este sentido, quien sostiene que "se trata de una materia dentro la tutela adquisitiva del crédito parece querer dar un paso más en su resolución hacia la reparación in natura del daño como consecuencia principal, mediante la posesión de efectos del acto que ocasiona el daño a su insolvencia al acreedor, dejada como sustitución, también aquí, la indemnización pecuniaria" (FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, *Op. Cit.*, p. 23).

<sup>27</sup> JORDANO FRAGA, Francisco, *Op. Cit.*, p. 33.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 34.

medida precisa para evitar su perjuicio, el bien objeto de la enajenación deuditoria impugnada, o eliminar, también aquí en la medida precisa para evitar su perjuicio, la concurrencia del crédito resultante del acto deudor de endeudamiento impugnado, o a la hora de actuar ejecutivamente sobre el activo del deudor común”.<sup>29</sup>

Por ello, “la sentencia firme revocatoria favorable amplía, para el acreedor impugnante, el ámbito objetivo de su garantía patrimonial (que incluye, ahora, también al bien objeto de la enajenación impugnada), pero no altera, para nada, el funcionamiento normal, los requisitos exigidos para ponerlos en marcha, de los mecanismos conservativos o ejecutivos o aplicar en ese ámbito ampliado de responsabilidad patrimonial, que siguen siendo los mismos que cuando se aplican en el ámbito ordinario de la responsabilidad patrimonial (no ampliado por la revocatoria exitosa: los bienes que pertenezcan al deudor al tiempo del cobro coactivo)”.<sup>30</sup>

- d) Otro sector de la doctrina individualiza el carácter de subsidiariedad, por cuanto “se trata de un remedio excepcional con el cual los acreedores pueden impugnar aquellos actos realizados por el deudor que perjudiquen sus legítimas expectativas de realización coactiva de su derecho de crédito, cuando de otro modo no puedan cobrar las que se les debe”.<sup>31</sup>

### III. EFECTOS DE LA ACCIÓN PAULIANA O REVOCATORIA

Se ha observado que “la acción revocatoria ordinaria no tiene como finalidad realizar la pondad de tratamiento de los acreedores (diversamente de la acción revocatoria concursal [...])”.<sup>32</sup> La acción pauliana o revocatoria tiene como efecto principal el que sean declarados judicialmente ineficaces los actos jurídicos realizados por el deudor conjuntamente con terceros en detrimento del legítimo interés que tiene el acreedor sobre la actividad dispositiva del deudor. Sin embargo, se advierte que también existe un efecto subsidiario indemnizatorio.<sup>33</sup> En efecto, si el tercero que participó en el acto de disposición que afectó el legítimo interés del acreedor, hubiere transmitido a otra persona (se entiende, de buena fe) el bien materia de este acto, no cabría la pretensión procesal de ineficacia; pero si la indemnizatoria, si se configura un supuesto de responsabilidad civil. Incluso, en el caso que si proceda la ineficacia, cabría una pretensión adicional indemnizatoria si se cumplen los requisitos del mencionado supuesto de responsabilidad civil.

El efecto de la acción revocatoria,

“se encuentra estrictamente limitado al interés del acreedor que la ha ejercitado; el bien no ingresa al patrimonio del deudor, sin embargo, el acreedor podrá accionar ejecutivamente sobre este, porque la enajenación no le es oponible. Se trata, por consiguiente, no de una invalidez, sino de una ineficacia relativa. Por ello, no habrá provecho de las partes, en el caso que el acreedor no logre la ejecución forzada y la uno o la otra tenga interés en desvincularse del contrato impugnado. Además, la eficacia del acto entre las partes implica que el adquirente conservará lo que quede después de la acción ejecutiva del acreedor; en fin, el adquirente que ha sido afectado con la acción revocatoria podrá interponer una acción contractual contra el deudor enajenante, justo porque el contrato se considera válido. El carácter relativo de la ineficacia se manifiesta también a favor del acreedor que ha actuado, el cual podrá proceder ejecutivamente sobre el bien sin ser afectado por el concurso con otros acreedores.

<sup>29</sup> JORDANO FRAGA, Francisco, Op. Cit., p. 35.

<sup>30</sup> Ibid., p. 39.

<sup>31</sup> FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, Op. Cit., p. 80.

<sup>32</sup> TRIMARCHI, Pietro, Op. Cit.

<sup>33</sup> JORDANO FRAGA, Francisco, Op. Cit., a propósito del artículo 1298 del Código Civil español, el cual establece que “el que hubiere adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de acreedores, deberá indemnizar o resarcir de los daños y perjuicios que la enajenación le hubiere ocasionado, siempre que por cualquier causa le fuere imposible devolverlas”.



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<sup>38</sup>.

Se observa que "si lo que se impugna con la revocación es un acto de enajenación realizado por el deudor a favor de un tercero, el efecto de la revocatoria exitosa —a través de la ineficacia, relativa y limitada, frente al acreedor actor de la enajenación impugnada— consentirá al acreedor impugnante, para el cobro coactivo de su crédito, dirigir su acción ejecutiva (además de, por supuesto, eventuales medidas conservativas en orden a preparar/asegurar esa ejecución) contra el bien objeto de la enajenación debitaria impugnada".<sup>39</sup> Ello, como se vio, no implica que el bien enajenado reintegrese al patrimonio del deudor. Lo que se configura es una situación en la cual el acreedor ataca una esfera jurídica ajena (la del patrimonio del tercero adquirente) para que se proteja su derecho de crédito.<sup>40</sup> En este orden de ideas, **la responsabilidad patrimonial** "no representa un elemento constitutivo de la estructura de la relación obligatoria"<sup>41</sup>; pero se encuentra "en relación de instrumentalidad necesaria con la obligación".<sup>42</sup> Se agrega que "la responsabilidad patrimonial del deudor sería, un elemento extraño a la estructura de la obligación: pero de importancia relevante instrumental en cuanto está en grado de garantizar el correcto funcionamiento de la relación obligatoria, incluso en el caso en el cual el deudor incumpla. Sería, solo en el caso de incumplimiento, que la responsabilidad patrimonial del deudor asumiría relevancia, garantizando al acreedor que las consecuencias negativas derivadas del incumplimiento imputable al deudor serán soportadas por el patrimonio de este último".<sup>43</sup>

Se advierte que,

"Lo que asume relevancia es que la disciplina propia de la denominada garantía patrimonial (como se considere) consiste en el poder, que es concedido al acreedor, de injerir en la actividad patrimonial del deudor con el fin de acrecentar el patrimonio de este último o de impedir que los bienes que lo componen se dilapiden. Se imponen límites (más o menos gravosos) a la libertad de actuar del deudor con el fin de tutelar en vía preventiva el derecho de crédito o el interés del acreedor a ver conservada intacta la (genérica) garantía patrimonial que el deudor está obligado a prestar; como ya la doctrina ha tenido ocasión de poner en relieve, al delinear la disciplina de los límites a la actividad patrimonial del deudor, el legislador debe siempre tener en cuenta el conflicto de intereses entre acreedor y deudor (representado por la contraposición entre tutela del crédito y tutela de la libertad de actuar) y, no de paso, también el conflicto entre acreedor y terceros (identificable en el

<sup>38</sup> JORDANO FRAGA, Francisco, *Op. Cit.*, p. 18.

<sup>39</sup> En este sentido Eugenia ARIANO DEHO, *Sobre la prescripción de la revocatoria en artículo 195 CC*. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, No. 103, Año 12, Gaceta Jurídica, Lima, abril 2007, p. 164.

<sup>40</sup> LUCCHINI GUASTALLA, Emanuele, *Op. Cit.*, p. 98.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 99.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 100.



contraste existente entre la tutela del crédito y la tutela de la confianza de las terceras y en definitiva, de la seguridad del tráfico jurídico”<sup>43</sup>.

Todo ello lleva inevitablemente a concluir que estamos frente a un legítimo interés del acreedor respecto de la actividad económica del deudor. Así, “para afirmar la revocabilidad del acto que ha sido impugnado con la acción revocatoria ordinaria es necesario que se verifique el *eventus damni*, y se debe diferenciar, como se ha señalado, el perjuicio al patrimonio del deudor, del perjuicio a los intereses del acreedor, distinción que parece, en definitiva, coincidir con el interés de hecho (o económico) del cual el acreedor es titular en mérito al mantenimiento de una cierta situación patrimonial del deudor y el interés jurídico (y, como tal, tutelable a través de la interposición de una acción judicial) a no ver perjudicado el propio crédito”.<sup>44</sup> Por ello, se sostiene que “el acreedor tiene derecho a la conservación de la garantía patrimonial”.<sup>45</sup>

El principio de la universalidad de la responsabilidad patrimonial del deudor consiste en que “el deudor responde de sus obligaciones con todos los bienes que forman parte de su patrimonio”.<sup>46</sup> Este es mitigado por el principio de la proporcionalidad de la responsabilidad patrimonial, “en el sentido que, si en abstracto todo bien que compone el patrimonio del deudor está destinado a la satisfacción coactiva del derecho del acreedor, en concreto, el acreedor tiene el derecho de agredir (...) los bienes del deudor solo en los límites en los cuales ella sea necesaria para obtener la realización de su interés”.<sup>47</sup> Este principio “prescribe que el acreedor, sea en la fase ejecutiva (que corresponde a la “responsabilidad patrimonial”) sea en la precedente fase cautelar (que interesa a la denominada garantía patrimonial, precisamente, su conservación), pueda en concreto pretender que solo una parte de los bienes del deudor, es decir, aquella correspondiente a cuanto sea necesario para la satisfacción de sus intereses, se emplee (con el proceso ejecutivo) o conserve (con la interposición de una medida conservativa de la garantía patrimonial) para la realización (concreta o potencial) de su interés”.<sup>48</sup>

Es importante evaluar tanto cuantitativa como cualitativamente el patrimonio materia del conflicto.<sup>49</sup> Por ello, “se permite al acreedor impugnar cualquiera de los actos realizados por el deudor (y no necesariamente el último en orden al tiempo o aquél entre los cuales haya determinado efectivamente el perjuicio) a condición, que la serie de actos realizados por el deudor se caracterice por la intención fraudulenta de este: los actos deben entrar en un “diseño” ejecutado por el deudor –y conocido por el tercero adquirente cuando se trate de actos a título oneroso– con el fin de erosionar (de manera gradual y, por consiguiente, poco evidente) la garantía patrimonial de sus acreedores”.<sup>50</sup>

Así, “el criterio de inmediatez temporal entre el acto y el *eventus damni* debería ser abandonado, cuando se logre demostrar que tanto el deudor como el tercero adquirente sabían, al momento de la realización del acto, que, si bien no inmediatamente, se habría verificado un perjuicio al interés del acreedor; en tal caso, la existencia de un plan fraudulento común al deudor y al tercer adquirente es considerado suficiente para justificar el recurso a un criterio más amplio del de la inmediatez temporal, con el fin de reprimir el fraude a los acreedores”.<sup>51</sup>

A propósito del conocimiento del perjuicio, se presentó el siguiente caso que mueve a comentario: el 26 de junio de 1996, una sociedad conyugal constituyó fianza solidaria e irrevocable, a fin de garantizar las obligaciones que Industrias Polaris S.A. tuviera en el presente o

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 117.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 119.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 122.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 125.

<sup>47</sup> *Ibid.*, pp. 125 y 126.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 127.

<sup>49</sup> *Ibid.*, pp. 128 y 129.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 276.

<sup>51</sup> *Ibid.*, pp. 277 y 278.

pudiera contraer en el futuro. En distintas fechas, dicha afianzada giró una serie de letras de cambio a la orden del Banco Continental. Vencidas estas, y ante el incumplimiento del pago, el Banco interpuso demanda ejecutiva con fecha 04 de agosto de 1,997 contra Industrias Polaris S.A. y otra con fecha 12 de agosto de 1,997, obteniendo los respectivos mandatos ejecutivos. Con fecha 29 de octubre de 1,997, demanda obligación de dar suma de dinero a la sociedad conyugal, sustentándose en la carta fianza, en 48 letras de cambio ascendentes a US\$ 72,720.00 y en 78 más por la suma de S/ 271,280.00. La sociedad conyugal demandada, con intención de imposibilitar el cobro de las obligaciones devengadas, lleva a cabo la venta de un inmueble suyo a favor de Inversiones MEM S.A. (de la cual el demandante sostiene que uno de los cónyuges ostenta el cargo de director-gerente), elevándola a escritura pública e inscribiéndola 14 de noviembre de 1,997 en registros públicos. Pequeño particular: ello sobre la base de una compraventa "hecha" con fecha 06 de agosto de 1,996. Es entonces, que con fecha 05 de abril de 1,998, que el Banco Continental mediante una pretensión procesal de ineficacia solicita cesen los efectos jurídicos de la supuesta compra-venta fraudulenta, argumentando que existe dolo de parte de los demandados ya que estuvieron en razonable situación de conocer las anotaciones de los embargos que aparecen en registro de propiedad inmueble. Se invocó el artículo 195 inciso 1, 1219 (no especificó el inciso), 1241 (que establece que los gastos que ocasione el pago son de cuenta del deudor) y 2013 del Código Civil (principio de legitimación). La sociedad conyugal e Inversiones MEM S.A. contradicen la demanda alegando que la compra-venta fue realizada el 25 de junio de 1,986 como consta en la escritura pública, es decir, más de 10 años antes de la exigibilidad de los créditos. El Vigésimo Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con resolución número veinticinco, del 27 de julio de 2,000, declara improcedente la demanda por cuanto:

*"[...] Se puede verificar del Testimonio de Escritura Pública de compra venta celebrado por los demandados, que el acto jurídico fue celebrado el veinticinco de junio de mil novecientos ochentiseis, el mismo que fuera formalizado ante Notario Público el seis de Agosto de mil novecientos noventa y siete;*

*"[...] Que, los requisitos para condicionar la acción revocatoria son: a) el eventus damni y el consilium fraudis. El primero es un requisito objetivo que consiste en el perjuicio al acreedor; el segundo es un requisito subjetivo que consiste en la intención por parte del deudor de causar perjuicio al acreedor o al menos tener conciencia del perjuicio que le causa. (...) Que, a estos requisitos puede agregárseles el conscius fraudes, es decir, el conocimiento que tiene el tercero que contrata con el fraudador en cuanto al perjuicio que se irroga al acreedor de este último; (...) Que, adicionalmente a los requisitos antes señalados, debe necesariamente establecerse la preexistencia del crédito, pues el perjuicio al acreedor sólo puede producirse cuando este ya tiene un crédito existente a la fecha en que se realiza el acto de disposición del deudor, porque antes de aquel acto, si el acreedor no era tal, el deudor no podría proponerse perjudicarlo o tener conciencia de ello;*

*"[...] Que, de las deudas afianzadas por los co demandados Miguel Forest Atala Herrera y María del Carmen Nemy Sayan y acreditadas por el Banco demandante con los pagarés de fojas quince, veinticuatro y cuarenta y siete se aprecian que fueron en un momento en que la sociedad ya no era propietaria del inmueble, siendo de otro modo se hubiera constituido garantía real a favor del Banco demandante;*

*"[...] Que, estando a que los demás acreencias posteriores a la celebración del acto jurídico en los demás procesos judiciales no ha encontrado sentencia judicial firme y no habiéndose acreditado que dichas créditos sean posteriores a la celebración de la compra venta del inmueble sub materia; y, no habiendo acreditado el Banco demandante existir garantía real a favor del Banco Continental, la demanda no resulta procedente".*

Apelada esta resolución, la Corte Superior de Lima, con resolución de fecha 14 de enero de 2000, revocó la decisión de primera instancia, declarando fundada la demanda y declarando inelícita la compra-venta. El fundamento fue el siguiente:

*"Que, en la ficha un millón seiscientos setenticinco mil seiscientos setenta y cinco del Registro de la Propiedad Inmueble de Lima aparecen los gravámenes constituidos, con fecha doce de abril de mil novecientos noventa y seis, nueve y diecisiete de julio de mil novecientos noventa y siete, sobre el inmueble sub-litis, los que resultan anteriores al título de dominio registrado con fecha catorce de noviembre de mil novecientos noventa y siete a favor de MEM Sociedad Anónima:*

*(...) Que, a efectos del Debido Proceso deben observarse escrupulosamente las disposiciones del Código Adjetivo, toda vez que sus disposiciones tienen carácter imperativo como así lo disciplina el artículo IX del Título Preliminar del mismo cuerpo de leyes lo que no ha ocurrido en autos, al otorgar validez a la fecha de la minuta que contiene la escritura pública a fojas sesenta y sesentitres, contraviniendo la disposición del artículo 245 inciso tercero del Código Adjetivo, máxime cuando la precitada minuta no ha sido sometida a ninguna determinación técnica de su fecha de celebración. (...) Que siendo esto así, la fecha cierta del acto jurídico que contiene la pre-citada escritura pública solo resulta oponible erga omnes desde su inscripción en los Registros Públicos:*

*(...) Que, así las cosas, la demandada Inversiones MEM Sociedad Anónima estaba en la posibilidad de conocer los gravámenes que afectaban el inmueble que adquiría, al actuar con la mínima diligencia ordinaria en la compra-venta a que se refiere la escritura pública pre-citada, desde que no ha demostrado inexistencia del perjuicio al Banco accionante o sobre la existencia de bienes libres suficientes para garantizar la satisfacción del crédito como así se lo impone el artículo ciento noventa y cinco, in fine, del Código Civil".*

Mediante resolución del 06 de junio de 2001 (Casación No. 952-2001), la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema declaró improcedente el recurso de casación interpuesto por Inversiones MEM S.A. Es importante tener en cuenta que todo hace suponer que, más que una transferencia efectiva, ha habido una simulación en la transmisión de la propiedad del inmueble de la sociedad conyugal a Inversiones MEM S.A. No obstante ello, se prefirió demandar por pretensión revocatoria. La decisión de segunda instancia se centra en el hecho que la fecha anterior de la minuta, en verdad, no genera convicción y si lo hace la fecha de la efectiva inscripción de la (para mí: aparente) venta y, al constar inscritos los gravámenes del inmueble materia de la litis con fecha anterior a la inscripción de esta "oportuna" venta, Inversiones MEM estaba en la posibilidad de conocerlos y, con ello, se acredita el perjuicio al acreedor. Sin embargo, los vocales superiores (y los supremos) olvidan que el artículo 198 del Código Civil establece que "No procede la declaración de ineficacia cuando se trata del cumplimiento de una deuda vencida, si esta consta en documento de fecha cierta". Si la venta fuera cierta, no se podría argumentar el conocimiento del perjuicio al acreedor, ya que sería un daño en el ejercicio regular de un derecho (artículo 1971, I del Código Civil). Los vocales superiores parten (aunque no lo dicen expresamente) del entendimiento que la transferencia no es real y esto se desenvuelve en el escenario de la simulación absoluta (que es sancionada con nulidad) y no el de la acción revocatoria (que genera la ineficacia del acto jurídico).

El artículo 196 del Código Civil prescribe que:

*"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".*

Forma parte de los actos jurídicos susceptibles de ser sometidos a la pretensión procesal de ineficacia, el otorgamiento de garantía que, si bien, no implica un desplazamiento patrimonial,

hace difícil el cobro del crédito. En este caso, "el acreedor octor, en orden al cobro coactivo de su crédito, elimina/excluye de la concurrencia sobre los bienes embargables del deudor común –en la medida cuantitativa precisa para evitar su perjuicio– al acreedor cuyo crédito contra el deudor común deriva de un título adquisitivo que ha sido impugnado victoriosamente con la revocatoria (y, por tanto, privado, relativa y limitadamente, de su eficacia frente al acreedor impugnante)".<sup>52</sup>

El artículo 197 del Código Civil norma que:

"La declaración de ineficacia del acto no perjudica los derechos adquiridos a título oneroso por los terceros subadquirientes de buena fe".

Al respecto, se afirma que "no son derechos adquiridos a estos fines aquellas que no otorgan titularidad directa sobre un bien. No es suficiente, en suma, haber adquirido un derecho a tener un derecho real. Por el contrario, se requiere un efectivo traslado patrimonial, esto es, que se haya consumado la adquisición del bien en la forma y con los requisitos que, dependiendo de la naturaleza de cada bien y especie negocial, resulten necesarias".<sup>53</sup> **¿Se puede impugnar el derecho del tercero subadquirente de mala fe?** La respuesta correcta es la afirmativa, siempre y cuando concurren los mismos requisitos que se aplican para el tercero adquirente, incluso respecto de la mala fe, "que se refiere a la enajenación del deudor (al perjuicio económico que esta causó a sus acreedores; a la impugnabilidad posible o impugnación efectiva de la misma) y no de la subenajenación sucesiva que es su propio título adquisitivo".<sup>54</sup> Doctrina nacional explica que "a efectos de determinar la mala fe del tercero subadquirente no es, en cambio, necesario que este conozca la eventual mala fe de su propio transmitente (el sujeto subenajenante). Sin embargo, puesto que la buena fe se presume, corresponde al acreedor accionante que pretende extender los efectos de la acción revocatoria al tercero subadquirente a título oneroso codemandado, la carga de la prueba de la mala fe de este. Y la prueba de esa mala fe, siendo una situación subjetiva personal, será básicamente indiciaria, probando los hechos o circunstancias que permitan inducir al juez la existencia del conocimiento o ignorancia culpable. En caso de que la subenajenación sea a título gratuito, basta con probar la enajenación misma y su carácter gratuito para extender los efectos de la acción revocatoria".<sup>55</sup> Se concluye que, "en términos generales se puede afirmar que la razón de la acción revocatoria acumulada (de enajenación y subenajenación) es que la subenajenación solo se entiende si se configura la revocación de la primera enajenación. Así, al eliminar el obstáculo que la primera enajenación supone para la reintegración de la garantía patrimonial del acreedor accionante, se requiere eliminar también el que supone la subenajenación sucesiva, sin cuya eliminación no se podría cobrar coactivamente sobre el bien enajenado (y subenajenado), propiedad actual del tercero subadquirente".<sup>56</sup>

El artículo 198 del Código Civil regula lo siguiente:

"No procede la declaración de ineficacia cuando se trata del cumplimiento de una deuda vencida, si esta consta en documento de fecha cierta".

No cabe la pretensión revocatoria en los denominados **actos debidos**. En efecto, "en cuanto esencialmente necesarios, estos no podrían concretar los extremos del *consilium fraudis* ni del *eventus damni*, ni en el caso en el cual el deudor los hubiese efectuado sabiendo que no podía pagar, después, a sus otros acreedores e incluso, para favorecer a uno de ellos, con la finalidad de evitarle el concurso con otras partes"<sup>57</sup>, salvo, evidentemente, si el deudor entra en un procedimiento concursal. Con propiedad se ha dicho que "la justificación de este artículo salta a la vista. La naturaleza de la acción pauliana no

<sup>52</sup> JORDANO FRAGA, Francisco, Op. Cit., p. 20.

<sup>53</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, *El negocio jurídico*, Segunda edición, Grifley, Lima, 1994, p. 434.

<sup>54</sup> JORDANO FRAGA, Francisco, Op. Cit., p. 326.

<sup>55</sup> MERINO ACUNA, Roger, Op. Cit., p. 37.

<sup>56</sup> Loc. Cit.

<sup>57</sup> BIGLIAZZI GERI, Luis, Op. Cit., p. 1943.

puede contener en sí mismo el germen que permita negar a un acreedor la satisfacción de su crédito ya vencido, prefiriéndolo a otro vencido con posterioridad o, si venció antes, menos diligente en el cobro. Además, el acreedor condicional o cuyo crédito todavía no ha vencido puede tener todavía la esperanza de que el deudor reconstruya su patrimonio antes de que su crédito fuera exigible, y si el deudor deviniera antes insolvente, puede el acreedor ejecutorio de inmediato al amparo del artículo 181, porque el deudor ha perdido el beneficio del plazo.<sup>38</sup> Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la línea divisoria entre el acto debido y el acto con fraude a los acreedores puede ser muy sutil. Entonces, la carga de la prueba corresponderá al acreedor que se crea perjudicado y que pueda demostrar tanto el *eventus damni* como el *consilium*, mejor (como veremos más adelante), la *scientia fraudis*.

El artículo 2902 del Código Civil Italiano establece que:

*"El acreedor, obtenida la declaración de ineficacia, puede promover frente a los terceros adquirentes las acciones ejecutivas o conservativas sobre los bienes que forman objeto del acto impugnado.*

*El tercero contrayente que tenga respecto del deudor derechos dependientes del ejercicio de la acción revocatoria, no puede concurrir sobre los bienes que han sido objeto del acto considerado ineficaz, sino después que el acreedor haya sido satisfecho".*

Por su parte, el artículo 199 del Código Civil, prescribe que:

*"El acreedor puede ejercitar frente a los terceros adquirentes las acciones que le correspondan sobre los bienes objeto del acto ineficaz.*

*El tercero adquirente que tenga frente al deudor derechos de crédito pendientes de la declaración de ineficacia, no puede concurrir sobre el producto de los bienes que han sido objeto del acto ineficaz, sino después que el acreedor haya sido satisfecho".*

Al respecto, se sostiene que "puesto que la ineficacia del acto impugnado es solo frente al acreedor o acreedores actores, y solo en la medida de su perjuicio económico, de ello resulta que, incluso frente al acreedor actor, en lo que exceda de la cuantía de su perjuicio (el que le causó el acto impugnado), el acto por él impugnado con la acción revocatoria conserva su eficacia".<sup>39</sup> De ello se deriva que "si tras el embargo/ejecución sobre los bienes enajenados por el deudor, cuya persecución ejecutiva ha sido posibilitada por el ejercicio exitoso de la acción revocatoria, quedase algún remanente de la ejecución, este no corresponde en ningún caso al acreedor impugnante y ejecutante".<sup>40</sup>

#### IV. TIPOLOGÍA DE LOS ACTOS MATERIA DE REVOCACIÓN

En el ámbito de los actos que pueden rebelarse perjudiciales para los acreedores el mismo derecho distingue dos categorías principales: los actos a título oneroso y los actos a título gratuito. Se afirma que "esta bipartición no resulta ser satisfactoria; en efecto, además de la clásica distinción entre actos a título gratuito y actos a título oneroso, pueden señalarse, en relación a la institución de la acción revocatoria, un *tertium genus* constituido por los denominados actos *inorniformes*, es decir, aquellos que presentan características tales de hacerlos inmediatamente sospechosos a los intérpretes: el ejemplo clásica es representada por la *datio in salutem* (...) y por los actos con prestaciones desproporcionadas".<sup>41</sup>

<sup>38</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, Op. Cit., p. 436.

<sup>39</sup> JORDANO FRAGA, Franco, Op. Cit., p. 52.

<sup>40</sup> Loc. Cit.

<sup>41</sup> LUCCHINI GUASTALLA, Enzo, Op. Cit., pp. 43 y 44.

Respecto a los actos a título gratuito, impera el principio que qui certat de danno vitando (quien "lucha" para evitar un daño) es preferido a qui certat de lucro captando (quien "lucha" para obtener una ventaja).<sup>43</sup> Es decir:

*"el deudor (después en estado insolvente), antes de efectuar una liberalidad, debe estar seguro de poder cumplir sus obligaciones y el beneficiario del acto, en cuanto no ha debido soportar ningún sacrificio, no es considerado merecedor de tutela por el ordenamiento —o mejor, no puede ser preferido al acreedor que, si no es satisfecho, se encontraría en la situación soportar un sacrificio".*<sup>44</sup>

En este orden de ideas, para los actos a título gratuito, "la "presunción de engaño", legislativa o jurisprudencial (compuesta por la presunción del carácter dañino del acto y por la presunción del conocimiento de tal efecto por parte del deudor y del tercer adquirente), que caracteriza estos actos a menudo (justamente) hace previsible el juicio revocatorio; paralelamente, el interés por el estudio de la revocación de tales actos se atenúa, apareciendo *prima facie* conforme a la justicia y equidad que, frente a un acreedor cuyos derechos estén comprometidos, los efectos del acto sospechoso o del acto de liberalidad sean levantados a efectos de proteger el derecho de crédito".<sup>45</sup> Por el contrario, "no viene así para la revocación de los actos a título oneroso en sentido estricto o los actos que no revistan en sí características tales de hacerlos más o menos "sospechosos"; en este caso la revocación del acto debe seguir a la resolución de un conflicto de intereses que el derecho debe tomar en consideración: al acreedor que teme haber perdido las garantías del propio crédito se contraponen un tercero (adquirente o acreedor) que, por el hecho de haber cumplido (o haber contribuido al cumplimiento de) un acto con (o del) deudor, no puede *ipso facto* considerarse menos merecedor de tutela del acreedor que haya actuado en revocatoria —o, en el caso de la revocatoria concursal, de la masa de los acreedores".<sup>46</sup> Por ello, "la presencia de estos intereses inconciliables entre sí y la necesidad de decidir a favor de uno o de otro parece constituir el corazón del problema de la acción revocatoria, sea esta ordinaria o concursal, de los actos a título oneroso".<sup>46</sup>

En la experiencia jurídica italiana, "del examen de los casos afrontados y decididos por los cortes de legitimidad y de mérito, resulta evidente que la efectiva *ratio decidendi*, más allá de las afirmaciones de principio (que corresponden a la interpretación en términos estrictamente objetivos de los presupuestos del "perjuicio" y del "conocimiento del perjuicio"), es aquella de atacar los actos que el deudor haya realizado con la intención de defraudar a sus acreedores".<sup>47</sup> Se agrega que,

*"el examen de la casuística profesional ha revelado que los actos efectivamente objeto de un mandato de revocación han sido exclusivamente aquellos en los cuales el deudor ha hecho:*

- en la inminencia de procedimientos ejecutivos individuales o concursales promovidos por sus acreedores;
- al aproximarse una sentencia que lo habría condenado al pago de una deuda;
- cuando su situación económica se estaba revelando desastrosa;

<sup>43</sup> LUCCHINI GIUSTALIA, (manuale, Op. Cit., p. 44.

<sup>44</sup> *Ibid.*, pp. 45 y 46.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 46.

<sup>46</sup> *Ibid.*, pp. 46 y 47.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 47.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 311.

- con personas ligadas por vínculos de parentela, afinidad o de relaciones de estricta amistad o confianza (a los cuales van equiparados las sociedades constituidas ad hoc con tales sujetos)”.<sup>68</sup>

Se afirma que “esta es la razón por la cual la venta a justo precio con devolución (aunque parcial) de lo obtenido a los acreedores no es revocable”, en este caso “el deudor no quiere defraudar a sus acreedores (y la perspectiva no cambia ni siquiera en el caso en el cual algunos de estos, a causa de la incapacidad del patrimonio del deudor, quedan insatisfechos), mas bien, trata, en cuanto ello sea posible, de satisfacerlos; en las otras hipótesis, en cambio, el deudor (con la colaboración o con la condescendencia de un tercero) trata de defraudar a sus acreedores, sustrayendo el propio patrimonio de las acciones ejecutivas que estos podrían promover”.<sup>69</sup>

En conclusión, “del análisis de la casuística jurisprudencial resulta evidente también otro aspecto esencial del consilium fraudis: la revocación del acto realizado por el deudor es declarada sólo cuando también el tercero adquirente (que se ha visto representado por personas ligadas por relaciones de parentela, amistad, confianza), al momento de cumplimiento del acto, tuviese (al menos) conocimiento de la intención fraudis del deudor, es decir, de las (poco nobles) intenciones de este, el cual, con el acto que se prestaba cumplir, intentaba ocultar, distraer o desaparecer el propio patrimonio con daño a sus acreedores. A este punto, se puede afirmar que el fraude constituye aún, al menos en el ius quo utimur, un presupuesto de la acción revocatoria ordinaria idóneo a limitar el área del daño relevante a los efectos de la revocación del acto impugnado”.<sup>70</sup> Por ello, “el *eventus damni*, es decir, el perjuicio relevante a los efectos de la revocación (ordinaria) de un acto realizado por el deudor es únicamente aquel que pueda ser calificado como *damnum malitia datum*”.<sup>71</sup>

La preocupación por tutelar a los acreedores también se da en materia sucesoria. En efecto, el artículo 676 del Código Civil regula que:

“Si la renuncia causa perjuicio a los acreedores del renunciante, éstos 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 transmite a los herederos a quienes favorezca la renuncia.

La demanda de impugnación se tramita como proceso sumarísimo”.

Doctrina nacional afirma que “bien mirado el precepto bajo análisis, podría haberse prescindido de su primer párrafo (el que termina con perjuicio de derechos), porque (...) es un caso especial de ineficacia pauliana que ya está disciplinado en la parte del acto jurídico que el Código denomina Fraude del Acto Jurídico”.<sup>72</sup> En lo que al plazo se refiere, se identifican tres problemas: “(a) la inconveniencia de computar el tiempo desde la fecha de conocimiento; (b) por qué es tan corto el plazo, y; (c) cuál es su naturaleza, si de prescripción o de caducidad”.<sup>73</sup> La doctrina que vengo siguiendo sostiene “que el plazo se empiece a contar a partir del conocimiento de la renuncia ya es asunto criticable, porque es un dato eminentemente subjetivo”.<sup>74</sup> No comparto esta apreciación; lo importante es determinar si el acreedor se encontraba en circunstancias objetivas de conocer el plazo. Se agrega, en posición que

<sup>68</sup> LUCCHINI GUASTALLA, Emanuele, Op. Cit.

<sup>69</sup> Loc. Cit.

<sup>70</sup> Ibid., p. 332.

<sup>71</sup> Ibid., p. 378.

<sup>72</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, *Defecto de Sucesores*, Vol. XVII, Tomo I, Biblioteca *Avalew* al Código Civil, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1995, p. 354.

<sup>73</sup> Ibid., p. 260.

<sup>74</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, Op. Cit.

comparto, que "el plazo de tres meses es draconianamente corto y, francamente, no se ve razón para que sea así".<sup>75</sup> Agregando que "aunque el precepto bajo análisis no lo dice, el plazo es de prescripción y no de caducidad".<sup>76</sup>

En materia concursal, también está regulada la ineficacia de los actos del deudor. En efecto, el artículo 19 de la Ley 27809, Ley General del Sistema Concursal, del 05 de agosto de 2002, modificado por la Ley 28709, del 10 de abril de 2006, regula que:

*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.*

*19.2 Los actos de disposición que se realicen en virtud o cualquier cambio o modificación del objeto social del deudor, efectuado en el período 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 a 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".*

<sup>75</sup> *Ibidem*.

<sup>76</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, Op. Cit., p. 261.



También se había advertido que la diferencia entre la pretensión procesal de ineficacia civil estriba en que esta solo beneficia al acreedor que la ha interpuesto, mientras que la pretensión procesal de ineficacia concursal, a la masa de acreedores. Así el artículo 20 de la citada ley establece que:

*"20.1 La declaración de ineficacia, y su consecuente inoponibilidad a los acreedores del concurso, se transitará 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 las gravámenes constituidos, según corresponda".*

En **materia penal**, el artículo 87 del Código Penal establece 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".*

El legislador penal no anda con sutilezas y sanciona con **nulidad** (no ineficacia) los actos de disposición del condenado que hagan insuficiente la reparación civil derivada del delito. Es uniforme con la legislación civil y concursal en lo que a protección de los derechos adquiridos por terceros de buena fe se refiere. Pero no solo eso, también se penaliza esta conducta. El artículo 2 del Decreto Legislativo No. 982, del 21 de julio de 2007, ha modificado el artículo 417-A del Código Penal en los siguientes términos:

**"Artículo 417-A.- Insolvencia provocada**

*El responsable civil por un hecho delictivo que, con posterioridad a la realización del mismo y con la finalidad de eludir total o parcialmente el cumplimiento de la reparación civil correspondiente, realiza actos de disposición o contrae obligaciones que disminuyan su patrimonio, haciéndose total o parcialmente insolvente, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.*

*La misma pena se aplicará a quien como representante de una persona jurídica, con posterioridad a la realización de un hecho delictivo, dispone de los bienes de su representada, con la finalidad de eludir total o parcialmente la disposición de una consecuencia accesorio en el proceso penal respectivo.*

*Si el hecho se comete respecto a proceso por delito previsto en los artículos 152 al 153 A, 200, 296 al 298, en la Ley Penal contra el Lavado de Activos o en el Decreto Ley 25475 (Establecen la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio), será sancionada con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años".*

**V. LA DESAPARICIÓN DEL ELEMENTO "FRAUDE" Y LA AMPLIACIÓN DEL "DAÑO" DENTRO DE LOS PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN PAULIANA**

Como ha sido puesto en evidencia, en la acción pauliana o revocatoria, la doctrina y la jurisprudencia, en homenaje al antiguo origen de tal acción, se indican aún al *consilium fraudis* como presupuesto subjetivo y al *eventus damni* como presupuesto objetivo de la misma. Sin embargo, se advierte que "hoy, el fraude, que históricamente ha tenido un rol central en la disciplina del instituto, parecería haber perdido la importancia que gozaba en el pasado, acabando por desaparecer. El fraude

resulta ahora completamente ajeno a la disciplina de la acción revocatoria".<sup>77</sup> En efecto, "del examen de las teorías propuestas en doctrina y de los principios enunciados por la jurisprudencia en tema de acción revocatoria ordinaria se puede relevar cómo la noción de *eventus damni* parece haberse ampliado progresivamente, hasta ser identificada no (solo) en la incapacidad del patrimonio del deudor para cubrir sus deudas, ni, por consiguiente, en la depauperación que se haya verificado en el mismo como consecuencia del acto impugnado (conceptos que, desde un tiempo inmemorable, constituyen el *eventus damni*), sino (y también) en la simple mayor dificultad, onerosidad o incertidumbre de la (eventual) realización coactiva del derecho del acreedor; así, en base a principios que son unánimemente compartidas por la doctrina y por la jurisprudencia, integraría los extremos del *eventus damni* el hecho mismo que, sucesivamente al cumplimiento del acto impugnado, los bienes que concurren a constituir el patrimonio del deudor resulten de difícil u onerosa sujeción a la ejecución forzada".<sup>78</sup>

Así, con la acción revocatoria ordinaria, "no se atacaría sola el acto caracterizado por una voluntad fraudulenta frente a los acreedores y, por consiguiente, dirigida a procurar a ellos un daño; revisándose el *eventus damni* también en el empeoramiento de las condiciones en las cuales se desenvolvería una eventual ejecución forzada, parecería que se debe revocar el acto prescindiendo tanto del análisis de los motivos que hayan inducido al deudor a cumplirlo, como de la mayor o menor (efectiva) peligrosidad del mismo por las razones del crédito".<sup>79</sup> Por ello,

*"la concepción de eventus damni que parecería ser acogida por la doctrina y por la jurisprudencia hoy prevalecientes importaría un ulterior redimensionamiento del presupuesto subjetivo.*

*Ya se ha dicho cómo este último, habiendo perdido los caracteres del fraude, parecería estar ahora identificado en el simple "conocimiento del perjuicio": la existencia del presupuesto subjetivo sería valorizada teniendo en cuenta el conocimiento que ciertos sujetos (el deudor y, si se trata de actos a título oneroso, también el tercero adquirente) tenían de una determinada serie de circunstancias.*

*Ahora, la expansión frente al eventus damni (es decir del "perjuicio al crédito") importaría, no sólo a nivel teórico, una creciente facilidad en orden a la prueba de la subsistencia del presupuesto subjetivo (el cual alguna vez generaba la imposibilidad práctica de la prueba contraria).*

*Es, en efecto, intuitivo deducir que más se tiende a ampliar la noción de perjuicio, tanto más numerosas serán las situaciones que en éste podrán ser comprendidas y, consiguientemente, la facilidad de la prueba del conocimiento de éstas por parte de un amplio número de sujetos, entre los cuales sería fácil comprender al deudor y al tercero adquirente.*

*En muchos casos la prueba del presupuesto subjetivo podría ser, en concreto, descartada.*

*Para el deudor el consilium fraudis sería in re ipsa; verificándose una determinada modificación atinente a su patrimonio —es decir, tal de poder ser considerada 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".<sup>80</sup>*

<sup>77</sup> LUCCHINI GUASTALLA, Emanuele, Op. Cit., p. 3.

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>80</sup> *Ibid.*, p. 14.

Se llega a concluir que "el *eventus damni* puede ser identificado con la lesión de la misma garantía patrimonial "genérica" que el deudor debe prestar a su acreedor".<sup>81</sup> Dicho en otras palabras: bastarían el dato objetivo del perjuicio económico (o la dificultad para hacer efectivo el cumplimiento de la obligación), así como la posibilidad objetiva de conocimiento del tal perjuicio (tanto por parte del deudor como del tercero) para que se active la pretensión procesal de ineficacia. Resumiendo, estaríamos pasando de la comprobación del *consilium fraudis* a la constatación de la *simple scientia fraudis*.<sup>82</sup>

## VI. LA ACCIÓN REVOCATORIA Y LA SUBROGATORIA

La acción subrogatoria es un instrumento de control creditorio que tutela el legítimo interés del acreedor frente a la inercia del deudor insolvente que, a su vez es acreedor en otras relaciones jurídicas patrimoniales, a efectos que no se perjudique su derecho de crédito y se traduce en el ejercicio de una pretensión procesal para asumir la posición jurídica del deudor-acreedor para contrarrestar dicha inercia.

El artículo 1219.4 del Código Civil prescribe que es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para:

*"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 las derechos mencionados en este inciso, no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudor en el juicio que promueva".*

Doctrina nacional sostiene que "usualmente las acciones subrogatorias u oblicuas se promueven cuando el deudor, titular de un crédito, por negligencia y sin la capacidad de satisfacer su obligación ante el acreedor por ser insolvente, no ejercita las acciones destinadas a hacer efectivo esa acreencia con el propósito de incrementar su patrimonio. Pero siendo estas las cosas comunes, no son las únicas. El acreedor podría plantear una acción reivindicatoria u una acción por lesión, por ejemplo. O, a su turno, podría tratar de evitar que un tercero cobrara una supuesta acreencia de su deudor o defenderlo en una acción reivindicatoria o por lesión, en caso que el deudor no asumiera su propia defensa".<sup>83</sup> Agregando que,

*"Cuando la ley menciona los derechos inherentes a la persona, —denominados derechos personalísimos—, o cuando la propia ley prohíbe promover acciones subrogatorias u oblicuas, se refiere a las limitaciones que tiene el acreedor para alterar, en ciertos casos, la situación jurídica del patrimonio de su deudor. A un acreedor le estaría vedado —aunque se encuentre ante un deudor negligente e insolvente— enajenar o permutar los bienes de su deudor; asumir en general su administración, como por ejemplo entregar en arrendamiento un inmueble; ejercitar acciones extrapatrimoniales —una acción de filiación, por ejemplo—, aunque pudieran tener importantes consecuencias económicas; o promover acciones patrimoniales de carácter predominantemente moral, como lo sería la acción indemnizatoria resultante de una difamación; aunque la mayoría de la doctrina admite la acción subrogatoria u oblicua para exigir daños y perjuicios cuando estos se originan por desmedro en la integridad física del deudor".<sup>84</sup>*

Como advierte una antigua doctrina, si bien la acción revocatoria y la subrogatoria tienen como fundamento remoto el derecho de garantía, difieren "en el fundamento próximo, porque la

<sup>81</sup> LUCCHINI GIUSTALLA, *Ensayos*, Op. Cit., p. 95.

<sup>82</sup> BIGLIAZZI GERI, *Linea Op. Cit.*, pp. 1036-1037.

<sup>83</sup> CSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario, *Tratado de las obligaciones*, Vol. XVI, Primera Parte, Tomo IX.

Biblioteca Pavo Juar del Código Civil, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1994, p. 50.

<sup>84</sup> *Ibid.*, pp. 50-51.

subrogatoria es el remedio contra las omisiones del deudor; la revocatoria contra las acciones del deudor mismo. Omisiones las primeras, que pueden haber sido inspiradas tanto por la buena como por la mala fe. Acciones las segundas, que para ser revocadas deben haber sido cometidas con fraude”<sup>64</sup>. En este sentido, se pueden individualizar las siguientes diferencias:<sup>65</sup>

- a. La acción subrogatoria es el remedio contra las omisiones del deudor; por esta el acreedor ejercita el derecho que el deudor descuida hacer valer; la revocatoria es el remedio contra las acciones del deudor mismo, es decir, contra aquellos actos que fraudulentamente disminuyen la garantía competente a los acreedores sobre el patrimonio del deudor.
- b. Los acreedores, ejercitando los derechos y los argumentos de su deudor, actúan como sucesores de este y, por consiguiente, se valen de los mismos medios del deudor y encuentran obstáculo en las mismas excepciones que podrían ser opuestas al deudor, porque *qui alterius iure utitur, eodem iure uti debet*; mientras que con la revocatoria los acreedores ejercitan un derecho propio, en mi opinión un legítimo interés propio, inconcebible en poder del deudor; el cual, vinculado por el acto voluntariamente cumplido, no podría ir contra sus propios actos.
- c. Entre las dos acciones no hay concurso electivo, pueden acumularse en manera alternativa o ejercitarse sucesivamente, cuando la primera ejercitada sea ineficaz. Los acreedores, perdedores en tanto representantes del deudor, tienen la facultad de recurrir a la acción pauliana para impugnar el mismo negocio.
- d. La pauliana, a diferencia de la subrogatoria, exige la excusión del deudor para la demostración del *eventus damni*.
- e. La primera es un arma reservada a los acreedores anteriores al acto impugnado, mientras en la otra pueden beneficiarse también los acreedores posteriores al nacimiento de los derechos que pretenden representar.

## VII. LA ACCIÓN REVOCATORIA Y LA SIMULACIÓN

La doctrina que vengo siguiendo sostiene que es sobresaliente la diferencia entre estas figuras:<sup>67</sup>

- a. La acción pauliana tiene a atacar a los actos reales fraudulentos. La acción de simulación está dirigida a desvelar actos fingidos inexistentes. Así “mientras en la pauliana se trata de revocar un acto fraudulento que el deudor ha cumplido realmente, determinando o agravando su insolvencia en perjuicio de los acreedores; pero el acto por sí mismo es válido y perfecto, por consiguiente, productivo de efectos jurídicos, si bien, por el elemento de fraude que lo vicia, ofrece la posibilidad de ser revocado por el acreedor afectado; en la acción de simulación, en cambio, un acto no existe, sino un vano simulacro de este, porque las partes no quieren contratar efectivamente un negocio, sino sólo hacerlo aparecer con el fin de engañar; este acto, por ello, es originalmente inexistente e improductivo de consecuencias jurídicas, y no se trata de aniquilarlo, no pudiéndose anular lo que no existe, sino de constatar su estado original de inexistencia jurídica”<sup>68</sup>.

<sup>64</sup> GIORG, Georges, *Op. Cit.*, pp. 434 y 435.

<sup>65</sup> M. JERA, Antonio, *Delo fidei e Delo simulatione. I. Del'azione pauliana o revocatoria*, UTET, Torino, 1934, pp. 62 y 63.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 63.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 65.

- b. Mientras en la acción pauliana el perjuicio consiste en la insolvencia del deudor, el perjuicio de la acción de simulación resulta de la incertidumbre y dificultad de hacer valer un derecho subjetivo y por consiguiente, de la amenaza de su posible violación.<sup>85</sup>
- c. La legitimidad para obrar activa corresponde, en el caso de la acción pauliana, a los acreedores; mientras que en la simulación a cualquier tercero.<sup>86</sup>
- d. En la acción revocatoria se debe distinguir si el acto de disposición es a título oneroso o gratuito, en la simulación, no.<sup>87</sup>
- e. En materia de plazo prescriptorio, la acción revocatoria prescribe a los dos años (artículo 2001.4 del Código Civil) y la de simulación a los diez años (acto simulado, artículo 2001.1 del Código Civil, por ser nulo) o a los dos años (acto disimulado, artículo 2001.4 del Código Civil, por ser anulable).

Se advierte que "el acto simulado o fraudulento, o sea el acto cumplido en fraude a los derechos de los acreedores, no debe ser confundido con el acto con fraude a la ley, o sea con el acto, utilizado para eludir una prohibición de la ley, por el cual sea posible conseguir encubiertamente aquel fin, que no es lícito obtener por vía directa".<sup>88</sup> Ya Demogue decía "un mismo acto puede ser, a la vez, simulado y fraudulento", y frente a ello, se afirma que "el acto simulado fraudulento, si no puede ser fusionado ni confundido con el acto fraudulento, es afín a éste; está en una grande cercanía del acto fraudulento, cuando al par de éste es utilizado para defraudar los derechos de los acreedores, (...); pero la afinidad no debe conducir a la identidad".<sup>89</sup>

Una doctrina, por cierto bastante ambigua, pero autorizada, ya advertía que,

*"existe en la jurisprudencia la confusión más grande entre acción de simulación y acción revocatoria. Y si queremos ser justos, tampoco la doctrina ha sabido resaltar suficientemente el carácter de la acción de simulación, demostrando, como esta no se encuentra en manos del acreedor, cuando se trata de una acción que debería realizarse por el mismo deudor. Ello depende de la circunstancia, que en la mayor parte de los casos la simulación no es inocente, sino fraudulenta. Vale decir, se realiza por el deudor con el doloso propósito de sustraer a los acreedores una parte de su patrimonio fingiendo haberlo alienado o perdido. En dicha hipótesis el acto contiene tanto los elementos para ser revocado con la acción pauliana, cuanto aquellos para ser impugnado como simulado. Y los acreedores que se presentan en juicio acumulan efectivamente un remedio con el otro. Tales son los supuestos que comúnmente se verifican frente a los tribunales y generan la confusión".*<sup>90</sup>

Se afirma que "una ulterior confirmación del hecho que el fraude, no obstante lo denominado "objetivación", no constituye un elemento totalmente extraño a la disciplina de la acción revocatoria ordinaria puede ser, en efecto, extraído de la observación según la cual existe una estrechísima relación (reconocida y considerado desde hace tiempo en jurisprudencia y en doctrina) entre acción revocatoria y acción de simulación; en el campo de los generales medios de tutela de las garantías del crédito, la acción revocatoria ordinaria parece, en efecto, constituir, junto con la acción de simulación, una eficaz sistema de protección del acreedor en la eventualidad que la conducta del deudor se revele perjudicial a sus intereses".<sup>91</sup> Sin embargo, "no obstante las notables diferencias que existen entre el acto simulado

<sup>85</sup> BUTERA, Antonio, Op. Cit., p. 66.

<sup>86</sup> Ibid., p. 57.

<sup>87</sup> Loc. Cit.

<sup>88</sup> BUTERA, Antonio, Op. Cit., p. 69.

<sup>89</sup> Ibid., p. 71.

<sup>90</sup> GIORGI, Giorgio, Op. Cit., pp. 437 y 438.

<sup>91</sup> LUCCI-ENI GIUSTALLA, Emanuele, Op. Cit., p. 279.

y el acto susceptible de revocación (y entre las respectivas acciones), es generalmente admitido que pueden ser propuestas ambas acciones en el mismo juicio, asegurando así una tutela más rápida y eficaz al acreedor”.<sup>96</sup>

En atención a ello, “las razones que justifican esta orientación que se comparte son claras por dos evidentes razones: por un lado se considera que el acto simulado (aunque no produce efectos entre las partes), hasta que no sea reconocido, puede parecer perfectamente válido y eficaz ante los terceros de buena fe y ser potencialmente perjudicial al acreedor; por otro lado, si se tiene en cuenta que las razones que empujan al deudor a la realización de uno o del otro pueden ser a menudo idénticas”.<sup>97</sup> Por ello, “no es cierto una novedad, en efecto, sostener que el acto simulado, así como el acto revocable, pueda ser utilizado para defraudar los intereses de los propios acreedores; en el primer caso el deudor desea sustraer los bienes de su patrimonio a la eventual actividad ejecutiva de sus acreedores (haciendo aparecer un acto en realidad no querido, si se trata de simulación absoluta, o realizando un acto en realidad diverso de aquel que aparece a los ojos de las terceras, en el caso de la simulación relativa); en el segundo, en cambio, enajena los bienes, afectando la integridad de su patrimonio y perjudicando los intereses de sus acreedores”.<sup>98</sup>

Se observa que “mientras desde un punto de vista teórico la distinción entre acto simulado y acto revocable es clarísima, desde el punto de vista práctico, dada la posible identidad (cosa no rara) del fin (o: defraudar los intereses de los acreedores) perseguido con el acto realizado por el deudor, resulta a menudo evidente la dificultad para distinguir, sobre la base de pruebas que pueden ser recogidas en el juicio si, en concreto, un acto sea simulado o válido y eficaz; pero susceptible de revocación”.<sup>99</sup> Por ello, “el haber reconocido la estrecha relación que puede producirse entre estas dos acciones, debida al hecho que el fin perseguido por el deudor en el cumplimiento del acto simulado o revocable puede ser el mismo, esto es, el de defraudar a los propios acreedores; el haber admitido la consiguiente dificultad, para el acreedor que actúa en juicio, de distinguir si el acto realizado por el deudor es simulado o válido; pero revocable y, por ello, el haber permitido el cúmulo en el mismo juicio de las dos acciones, constituye un segundo relevante índice del hecho que la acción revocatoria ordinaria, aún hoy, no parece ser una institución cuya disciplina pueda ser comprendida únicamente en los presupuestos del “perjuicio” y del “conocimiento del perjuicio” interpretadas en términos estrictamente objetivos”.<sup>100</sup>

Vuelvo a insistir en la gruesa confusión en la que incurren nuestros operadores jurídicos cuando pretenden calificar un acto que, no obstante tiene la finalidad de defraudar al acreedor, en esencia, es simulado. Acá se suele preparar en la demanda una suerte de cocktail Molotov, invocando simultáneamente normas propias de la acción pauliana y de la acción simulatoria, con la muy probable consecuencia que surja el efecto boomerang de declarar improcedente la demanda, como el caso que paso a comentar: un acreedor demanda a su hermano-deudor, a su cuñada y sobrinos por “anulación de acto jurídico por fraude”, por una deuda de US\$ 23.926.85, más intereses, costas y costos. He de precisar que la deuda es personal y no de la sociedad conyugal. Se pretende la “declaración de ineficacia” de la compra-venta en el 50% del total de la propiedad de la sociedad conyugal que efectuó esta a favor de los hijos (el precio del inmueble transferido en el autoavalúo es de S/ 250.000.00 y fue vendido a S/ 5.000.00). Se pide (confusamente) “la ineficacia por simulación” (sic) y se invocan (promiscuamente) los artículos 195 y 221.3 del Código Civil. En las contestaciones de la demanda, el argumento siempre es el mismo: en atención al artículo 923 del Código Civil uno puede disponer de su propiedad, el precio es bajo porque se trata de los hijos y no de un comprador cualquiera, los hijos no tenían conocimiento del proceso judicial en el cual estaban involucrados el

<sup>96</sup> LUCCHINI GUASTALLA, Emanuele, Op. Cit., pp. 279-281.

<sup>97</sup> *Ibid.*, pp. 281 y 282.

<sup>98</sup> *Ibid.*, pp. 283 y 284.

<sup>99</sup> LUCCHINI GUASTALLA, Emanuele, Op. Cit., 284. En este mismo sentido, FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, Op. Cit., p. 99.

<sup>100</sup> LUCCHINI GUASTALLA, Emanuele, Op. Cit., pp. 285 y 286.

acreedor y deudor (hermanos) y el bien no era del deudor, sino de la sociedad conyugal. Para colmo de males, en la audiencia de conciliación, el juez determina como uno de los puntos controvertidos, si el acto "adolece de vicio que importe la declaración de la nulidad". El Vigésimo Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con Resolución No. 09, del 05 de noviembre de 1998, declaró fundada la demanda, interpretando que se trataba de un supuesto de anulabilidad, en atención a las siguientes consideraciones:

*"Con respecto al fraude se presentan dos vertientes: el fraude a la ley y el fraude a terceros (acreedores), siendo este último el caso de autos, el mismo que alude a un comportamiento impropio del deudor que se interpreta en la celebración de actos jurídicos con el deliberado propósito de coer en un estado de insolvencia en perjuicio del acreedor, esta conducta genuinamente dolosa se puede evidenciar de múltiples maneras: a) por acto de simulación cuya remedia constituye la acción de simulación; b) la renuncia o abdicación de sus bienes cuya remedia es la acción subrogatoria; y c) la enajenación real de sus bienes, que a su vez impone la acción pauliana o revocatoria".*

Aunque la redacción no es muy feliz, se debe entender que el concepto de "fraude" sería una figura genérica en la cual se encuentra el fraude a la ley. Esta última figura es entendida como la realización de un acto bajo el amparo de una norma de cobertura para eludir ilícitamente los efectos de una norma imperativa. La simulación y la renuncia de los derechos son supuestos de comportamiento impropio del deudor. Lo mismo sucede en el caso de la denominada acción pauliana o revocatoria, que —como se sabe— no es más que una pretensión procesal de ineficacia del acto jurídico, que también recibe el nombre de fraude a los acreedores. Es importante precisar que, en el caso de la denominada acción subrogatoria no (necesariamente) se presenta una intención de perjuicio al acreedor: simplemente se trata de una inercia del deudor que, a su vez, es acreedor en otra relación jurídica patrimonial. Evidentemente, esta conducta omisiva causa perjuicio al acreedor; pero no se configura el ánimo de defraudar. Prosiguen los considerandos de la sentencia en estos términos:

*"Que consistiendo la acción pauliana o revocatoria, en la medida legal que tiene el acreedor para no ser burlado en su crédito o derecho al pago de la obligación, ante actos de disposición de mala fe de los deudores, tendientes a disminuir su patrimonio conocido y perjudicar de este modo el cobro del crédito, teniendo como efecto la declaración de ineficacia respecto de dicho acreedor de los actos fraudulentos y lesivos a sus intereses dejando los bienes materia de enajenación fraudulenta en situación de ser dispuestos por el acreedor para el pago de su crédito, satisfecho el mismo subsiste el acto celebrado entre el deudor y el tercero adquirente: artículo ciento noventaicinco del Código Civil: (...) Que, correspondiendo la carga de la prueba a quien afirma los hechos que constituyen su pretensión, artículo ciento noventa y seis del Código Procesal Civil; que para el caso señalada, compete al acreedor perjudicado el probar la existencia de su crédito, así como, que el tercero tenía conocimiento del perjuicio que se le estaba ocasionando al acreedor con tal acto de disposición o que por las circunstancias estuviera en razonable posición de conocerlo y de no ignorarlo; del mismo modo incumbe al deudor y al tercero la prueba de la inexistencia del perjuicio o de la existencia de bienes libres suficientes para garantizar la deuda impaga: (...) Que, siendo la demanda el acto procesal en virtud del cual se ejerce la acción, siendo la presente una de nulidad de acto jurídico por fraude, de la cual se advierte como pretensión real del actor una de revocatoria o pauliana, la misma que está sustentada en el artículo ciento noventa y cinco del Código Civil: (...) Que, si bien es cierto que de autos se acredita que el emplazado (...) mantiene una acreencia impaga con el actor, conforme a las copias certificadas de fojas catorce a veintiuno de autos y que la misma no se encuentra debidamente garantizada, también lo es, que el deudor con la participación*

de su codemandada esposa han realizado actos de disposición de los bienes conyugales a favor de sus demandados hijos, con el propósito de frustrar las expectativas de pago de su acreedor y demandante; situación que no era ajena a sus compradores, quienes no solo por su calidad de hijos tenían pleno conocimiento de tal condición de su vendedor padre, sino por sus propias declaraciones que constan de el acta de audiencia de pruebas de fojas ciento veintidós, lo que demuestra una manifiesta actitud de perjuicio hacia el actor que anima a los demandados; (...) Que, siendo evidente que la deuda que motiva la presente acción fue adquirida a título personal por el citado deudor, conforme se corroboró no solo del documento denominado Reconocimiento de Deuda y Garantía Hipotecaria de fojas diez suscrita solamente por el citado codemandado, sino por el hecho de haber seguido proceso por ante el Cuadragésimo Primer Juzgado Civil de Lima, sin la intervención de la cónyuge (...); resulta atendible que los derechos y acciones que tergo sobre el inmueble cuya compra venta se cuestiona, solo se vean afectados por el monto de la deuda cuyo pago da origen a la acción" (el subrayado es mío).

La Sala de Procesos Abreviados y de (des)Conocimiento de la Corte Superior de Justicia de Lima, con resolución del 01 de setiembre de 1,999, revocó esta sentencia, declarando improcedente la demanda, por cuanto:

*"La voluntad de la ley determina los supuestos en los que un acto jurídico es nulo, anulable o ineficaz. (...), el pretensor a través de su demanda pretende la anulación de un acto jurídico invoca los causales del artículo ciento noventaicinco del Código Civil referidas a la ineficacia, cuando para el caso debió invocarse los causales del artículo doscientos veintiana del Código Civil. (...) en este sentido habiéndose demandado la "anulación de la Escritura Pública de Compra-Venta de fecha treinta de octubre de mil novecientos noventa y seis" no cabe emitir pronunciamiento respecto de la ineficacia pues esto impartiría una modificación del petitorio, hecho respecto a lo cual el juez está impedido, conforme a la restricción contenida en el artículo sétimo del Título Preliminar del Código Procesal Civil. (...) estando a que de los fundamentos precedentes se advierte claramente del contenido de la demanda, no corresponde al colegiado emitir resolución de acuerdo a sus términos".*

Llama poderosamente la atención la ligereza en evaluar la demanda, así como la resolución de primera instancia, por parte de los vocales. Si uno lee atentamente la demanda, el petitorio, un tanto confuso, plantea indistintamente la anulación como la declaración de ineficacia, entendiéndolas (erróneamente) como sinónimas. En primera instancia lo que el juez debió hacer era proceder en virtud del artículo 426 del Código Procesal Civil, vale decir, debido a que se encontraba frente a un "petitorio impreciso" (artículo 426.3) correspondería ordenar al demandante que subsane este defecto en un plazo no menor de 10 días y, si el demandante no cumplía, el juez procedería a rechazar la demanda por inadmisión y ordenará el archivo del expediente. Por su parte, el demandado podría haber planteado una excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda (artículo 446.4 del Código Procesal Civil). No obstante ello, el juez de primera instancia, como ya se mencionó, calificó (a mi modo de ver, correctamente, la pretensión como una de ineficacia), no generando en absoluto un estado de indefensión, por cuanto lo que se discutía (independientemente de la errónea invocación de derecho) era el acto de disposición patrimonial del deudor en perjuicio al acreedor. No encuentro motivo alguno que justifique la decisión de segunda instancia, por cuanto, lo que se debió aplicar es el aforismo *iura novit curia* y calificar adecuadamente el *petitum*. La argumentación que ello importaría una modificación del petitorio revela que el órgano colegiado no leyó la demanda, por cuanto, también se pidió la declaración de ineficacia del acto.

Lo curioso es que el demandante, al solicitar el recurso de casación, insiste en que "la ineficacia del acto jurídico, en el fondo importa la anulación del acto jurídico". La Corte Suprema, con resolución



del 28 de enero de 2,000 (Casación No. 3269-99 LIMA), para variar, por un tema formal, declaró improcedente el recurso de casación, debido a:

*"1) Que, en el escrito de fojas doscientos catorce el recurrente al amparo de lo dispuesto en el inciso primero del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil denuncia la interpretación errónea del artículo séptimo del Título Preliminar del Código Procesal Civil toda vez que los magistrados han cometido error al calificar el petitorio contenido en la demanda, el mismo que versaba sobre la ineficacia del acto jurídico habiéndose consignado en la demanda tanto el artículo ciento noventicinco como el artículo doscientos veintiuno del Código Civil; 2) Que, la causal de interpretación errónea esta referida al cuestionamiento de normas de derecho material y no a normas procesales, cuya violación debe denunciarse bajo una causal in procedendo; que en consecuencia, no se ha cumplido con los requisitos de fondo exigidos en el inciso segundo del artículo trescientos ochentiocho del Código Procesal Civil".*

**Seguimos con las confusiones:** Con fecha 29 de enero de 1,995, Ana Nacarino interpone demanda contra Nancy Gómez y Miguel Zavala, solicitando una nulidad de acto jurídico por fraude y una indemnización de daños y perjuicios, basándose en los artículos 195 y 1969 del Código Civil respectivamente. Su demanda se sustentó en que la señora Gómez era su deudora, con quien tenía un proceso abierto de pago de dólares en etapa de ejecución ante el Décimo Quinto Juzgado Civil y un embargo sobre su único inmueble. Es así que, con el fin de eludir el pago de la deuda, el 06 de agosto de 1,994 otorgó este bien en anticipo de legítima a su hijo Miguel Ángel, imposibilitando además la inscripción de otro embargo y generando daños por gastos de tiempo, oportunidad de cobro y gastos monetarios. La parte demandada no se apersonó al proceso y fue declarada rebelde. El 17 Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con resolución No. 3, falló declarando fundada la demanda, en cuanto:

*"Que, con las copias certificadas obrantes a fojas tres, cuatro y cinco se encuentre acreditada que existe un proceso ejecutivo de Pago de Dólares iniciado por la ahora demandante contra la demandada Nancy Cleofé Gómez Brown, ante el Décimo Quinto Juzgado Civil y, en ejecución de sentencia; que, solicitando embargo sobre el inmueble referido y a que se controle el acta de fojas tres el Registrador rechazó el título por cuanto el inmueble ya se encontraba registrado a nombre de don Miguel Ángel Zavala Gómez.*

*(...) Que, efectivamente, las copias certificadas de fojas ocho u fojas quince dan cuenta del Anticipo de Legítima otorgado por doña Nancy Cleofé Gómez a favor de su hijo don Miguel Ángel Zavala Gómez (...) Que, con este accionar es evidente que la demandada ha perjudicado el cobro del crédito de parte de la actora razón por la cual esta se encuentra facultada a solicitar la ineficacia a su respecto de los actos gratuitos del deudor por los que renuncie a derechos o con los que disminuya su patrimonio conocido según lo previene el artículo 195 del Código Civil; asimismo, puede ejercitar frente a los terceros adquirentes las acciones que le corresponden sobre los bienes objeto del acto ineficaz.*

*(...) Que, resulta amparable además la petición de la demandante en el extremo que solicita una indemnización en virtud de que el acto verificado por los demandados ha causado evidente perjuicio al no poder aquella efectivizar el cobro de la deuda materia del proceso que le tiene iniciado a la co-demandada (...)"*

En segunda instancia, el demandado recién se apersona al proceso interponiendo recurso de apelación, alegando que:

*"En la sentencia se incurre en el inexcusable error de derecho de confundir NULIDAD DE ACTO JURÍDICO con INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO, que son totalmente distintos (...)"*

*El acto jurídico es ineficaz cuando pese a tener todos los requisitos de un acto jurídico válido, se ha celebrado para perjudicar derechos de terceros.*

*(...) En el hipotético caso que la actora hubiera interpuesto ACCION PAULIANA, la demanda también debió acimarse infundada puesto que el Anticipo de Legítima otorgado a mi favor por mi madre, en forma alguna ha perjudicado el cobro del crédito a la actora, puesto que lo suma mandada a pagar por el 15 Juzgado en lo Civil de Lima, (...), ha sido totalmente cancelada conforme lo demostró instrumentalmente mi Sra. madre con su recurso de 03 de julio de 1.995, sobre el que recayó la resolución de 24 del mismo mes y año, en la que erróneamente se rechazan las pruebas instrumentales ofrecidas de su parte”.*

La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, con resolución de fecha 26 de enero de 1.996, revocó la sentencia apelada, declarando infundada la demanda, fundamentando que:

*“la escritura pública de anticipo de legítima que en fotocopia obra en autos, consta que sobre el bien que se transfiere pesa un embargo hasta por la suma de dos mil tres nuevos soles (...); que la anticipante en la cláusula cuarta de la minuta respectiva ha declarado la existencia de dicho gravamen y se ha comprometido a pagar el crédito correspondiente; que en consecuencia no ha habido voluntad de quitar dicho gravamen por lo que no se ha producido fraude contra la acreedora demandante;*

*Que aún cuando la actora no ha probado el monto de su crédito puesto a cobro ante el Décimo Juzgado Civil, con las fotocopias de fojas cuarentisiete a cincuenta y ocho presentadas en esta instancia, queda probado que la deudora Nancy Gómez Brown ha consignado, desde la fecha que se anotó el embargo la suma de mil ochocientos dólares americanos, cantidad que consentida en moneda nacional rechaza el monto del embargo, monto que ha sido cobrado por la actora; que ella no ha acreditado los daños y perjuicios demandados”.*

Autorizada doctrina sostiene, en posición que comparto, que la pretensión de ineficacia por fraude al acreedor puede interponerse como una pretensión subordinada a la de nulidad por simulación.<sup>101</sup>

Estas penosas experiencias nos hacen reiterar la imperiosa necesidad de tener claros los conceptos básicos del acto jurídico, a efectos de evitar una resolución del Poder Judicial que no ampare una demanda, no obstante (como en el primer caso) se tenga la razón.

<sup>101</sup> BIGNAZZI GERI, Lina, Op. Cit., p. 1048.