

# LA PROBLEMÁTICA DEL PRESUPUESTO OBJETIVO DE LA DENOMINADA ACCIÓN PAULIANA: ¿CUÁNDO HAY “PERJUICIO AL ACREEDOR”?

*The problem of the so-called target budget revocatory action: when there is “prejudice the creditor”?*

FORT NINAMANCCO CÓRDOVA\*

Recibido: 11-07-2016

Aceptado: 29-07-2016

SUMARIO: 1.- El presupuesto objetivo de la denominada acción pauliana: una genuina “terra incognita”. 2.- La situación en nuestra doctrina. 3.- Los problemas de nuestros jueces en la terra incognita. 4.- A propósito de una reciente publicación. 5.- Una aproximación a la terra incognita. 5.1 Un lugar con muchos “pantanos”. 5.2 Un lugar asaz “peligroso”: el peligro como idea clave en la definición del *eventus damni*. 5.3 Un lugar excepcional. 5.4 Un lugar con extraños “especímenes”, el caso de la expectativa y del patrimonio familiar.

## *Resumen*

En qué momento podemos afirmar que la conducta de un deudor perjudica el derecho de cobro que le asiste al acreedor. Cuándo el magistrado advierte que se ha ocasionado perjuicio o no en el momento que se ejerce judicialmente la cobranza. Existen acaso criterios sobre la existencia de perjuicios que eventualmente se puedan perpetrar en contra del derecho patrimonial del acreedor o qué interés y derechos debería de prevalecer, el del acreedor o del tercero que adquirió del deudor.

En el plano nacional, nuestra poca o casi nula doctrina no se ha esmerado en encarar este problema real y menos a nuestra endeble jurisprudencia, a tenor de las decisiones revisadas de nuestra Corte Suprema.

Es preocupante que nuestros teóricos del derecho no hayan tomado en cuenta que el perjuicio conocido históricamente como *eventus damni*, como un aspecto nuclear de la acción pauliana, se haya soslayado olímpicamente.

En el presente artículo se trata de esbozar una aproximación más precisa al problema

de la determinación del *eventus damni*, y de ese modo intentar convocar la atención de los estudiosos del derecho para que aborden este vacío que, como bien todos conocemos, es uno de los factores medulares que le da orientación y sentido a la inveterada acción pauliana.

## *Abstract*

At what point we can say that a debtor's conduct impairs the right to collect that assists the creditor. When the judge warned that caused damage or not at the time exercised judicially collection. There are perhaps criteria for the existence of damages, if any, perpetrating against the economic rights of the creditor or what interest and rights should prevail, the creditor or the third party that purchased the debtor. At the national level, our little or no doctrine has not taken pains to address this real problem and less to our puny jurisprudence, according to the revised our Supreme Court decisions. It is worrying that our legal theorists have not taken into account that the injury historically known as *damni events*, such as a nuclear aspect of the revocatory action, has cavalierly ignored.

In the present article is to outline more precisely the problem of determining the *eventus damni* approach, and thereby try to call the attention of legal scholars to address this gap, as we all know, it is one of the core

\* Abogado egresado de la Universidad Mayor de San Marcos. Docente universitario en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Ricardo Palma,

factors that gives direction and meaning to the inveterate revocatory action.

*Palabras clave*

Acción Pauliana - Eventus damni - Interpretación - Doctrina - Aplicación - Incertidumbre jurisdiccional - Daño patrimonial - Derechos del acreedor - Derechos del deudor - Definición

*Key World*

Action Pauliana - Eventus damni - Interpretation - Doctrine - Application - Judicial Uncertainty - damages - Rights of the creditor - Rights of the debtor - Definition

*1.- El presupuesto objetivo de la denominada acción pauliana: una genuina "terra incognita":*

A veces puede dudarse sobre si un determinado tema es o no novedoso. Cuando uno pretende desarrollar alguna investigación, puede discutir largamente con algunos colegas sobre si el objeto de estudio es manido o no. Definitivamente esto no es lo que ocurre con la denominada acción pauliana o revocatoria<sup>1</sup>, puesto que se trata de un mecanismo de protección del derecho de crédito bastante conocido y que, dada su antigüedad, ha sido materia de reflexión jurídica desde hace muchos siglos. Emilio BETTI, por ejemplo, señala que ya existían claros antecedentes de este mecanismo de protección de los acreedores en el Derecho romano clásico<sup>2</sup>; en tanto que Eugene GAUDEMET sugiere que ya se empleaba la locución "acción pauliana" en el Derecho bizantino<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Tomando en cuenta que el derecho de acción es "el derecho (para algunos, poder) de naturaleza constitucional de exigir al Estado tutela jurisdiccional para un caso concreto" (Giovanni PRIORI POSADA. *Legitimidad para obrar*. En: AAVV. *Código Civil Comentado*. T. I. 2ª Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2007, p. 54), resulta claro que se incurre en una impropiedad cuando se habla de "acción pauliana". La denominación correcta es, como se ha resaltado en nuestra doctrina, "pretensión procesal de ineficacia". Empero, para no abandonar la terminología más usual, ruego al amable lector o lectora que me brinde las disculpas del caso por valerme de esta impropiedad.

<sup>2</sup> Emilio BETTI. *Teoría General de las Obligaciones*. T. II. Traducción de José Luis DE LOS MOZOS. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1970, p. 394.

<sup>3</sup> Eugene GAUDEMET. *Teoría General de las Obligaciones*.

Sin embargo, pese a sus claros contornos (¿acaso alguien confunde a la acción pauliana con otros medios de tutela del acreedor, como la acción subrogatoria?) y tratarse de una las figuras más difundidas y aplicadas en el derecho civil, tengo la convicción de que, al menos en nuestro país, uno de sus presupuestos resulta casi desconocido, ya que muy poca luz ha arrojado sobre el mismo nuestra doctrina (y jurisprudencia). En efecto, cada vez que ésta le ha brindado su atención, lo ha hecho de una forma bastante genérica, sin ahondar en él. Aunque, como veremos, existe una honrosa excepción.

Sé que puede parecer desconcertante reconocer que la acción pauliana sea de antiguo conocimiento y aplicación entre los operadores jurídicos y, al mismo tiempo, afirmar que uno de sus elementos o presupuestos sea poco conocido, es decir que sea una suerte de *terra incognita* jurídica. Pero, bien vistas las cosas, aquí no hay contradicción alguna. Y es que la situación (doctrinal y jurisprudencial) de uno de los elementos de la acción pauliana, paradójicamente el que la doctrina suele considerar como el más importante<sup>4</sup>, es similar a la situación (geográfica, claro está) de la cuenca del río Congo durante la primera parte del siglo XIX: un lugar desconocido enclavado en una zona ya bastante explorada y conocida.

*Terra incognita*, como es sabido en Geografía, es una frase que consta en antiguos mapas para designar aquellos lugares recónditos o inexplorados. Uno de los últimos lugares zonas que consignó esta frase fue el África interior, en especial toda la cuenca del Río Congo. Los contornos del continente africano ya se tenían claros desde el siglo XVI en adelante (recuérdese que oficialmente Bartolomé Díaz dobló el extremo sur de África por vez primera en 1488), pero el conocimiento de su zona interior tomó siglos. Las exploraciones avanzaban muy poco, y cuando a fines del siglo XVIII se quisieron

Traducción de Pablo MACEDO. México D. F.: Porrúa, 1984, p. 431.

<sup>4</sup> Juan Antonio FERNÁNDEZ CAMPOS. *El fraude de acreedores: la acción pauliana*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1998, p. 24: "El perjuicio es, pues, elemento fundamental en la estructura de la acción pauliana (...)"

retomar, las guerras napoleónicas distrajeran las exploraciones europeas sobre África:

“A comienzos del siglo XIX, África era todavía, en gran medida, un continente cerrado. En los mapas y atlas europeos constituía una mancha blanca, es decir, *terra incognita*”<sup>5</sup>.

Sabido es que, en virtud de la acción pauliana, el acreedor puede solicitar que se declaren ineficaces, respecto de él, ciertos actos que el deudor realice sobre su propio patrimonio ¿Qué tipo de actos? Pues, según el artículo 195 del Código Civil, sólo aquellos que “perjudiquen” el cobro del crédito. O sea, si el deudor celebra un acto que no “perjudica” la cobranza del crédito de su acreedor, pues la acción pauliana simplemente no tendrá éxito. Aquí es inevitable que surjan las siguientes interrogantes:

¿Cuándo puede decirse que un acto del deudor “perjudica” dicho cobro? ¿Qué consideraciones debe tener en cuenta un juez para establecer, en un caso concreto, si la cobranza se ha “perjudicado” o no? ¿En el análisis del patrimonio del deudor, cabe seguir entendiendo al mismo como un conjunto de elementos que conforman una unidad que merece un mismo tratamiento? ¿O cuándo de “perjuicio” al acreedor se habla, conviene establecer una diferenciación entre esos elementos en base a algún criterio? Si así fuese ¿Cuál sería ese criterio y por qué? ¿En caso de duda sobre la existencia del “perjuicio”, qué interés debería prevalecer, el del acreedor o el del tercero que adquirió del deudor? ¿Por qué? ¿O es que no cabe hablar de casos dudosos o éstos son en extremo raros?

A nivel local, estas preguntas no han sido objeto de atención por parte de la doctrina, cosa que no puede dejar de observarse, toda vez que cumplen un rol fundamental para la solución de los casos que se pueden presentar y que, de hecho, se han presentado según se advierte con solo dar una poco exhaustiva revisión a las decisiones de nuestra Corte Suprema de

Justicia. Pero eso no es todo, si se tiene en cuenta que el “perjuicio”, más conocido en la doctrina como *eventus damni*, es un aspecto nuclear en la teoría de la acción pauliana, la desatención de nuestra doctrina resulta más que preocupante.

Hay que resaltar, sin embargo, que esta desatención puede ser comprensible toda vez que se puede hallar, tal cual, también en buena parte de la doctrina extranjera. Para muestra de ello, basta revisar dos famosísimas obras europeas, una francesa y la otra italiana, que abordan la temática de la acción pauliana, pero brindado poca atención a las interrogantes señaladas<sup>6</sup>.

En el presente trabajo trataré de esbozar una aproximación más precisa al problema de la determinación del *eventus damni*, y así intentar llamar la atención de nuestra doctrina, para que ésta empiece a preocuparse más sobre este elemento medular de la acción pauliana.

No pretendo, pues, explorar ni mucho menos conquistar la *terra incognita*, sólo denunciar su existencia.

## 2.- La situación en nuestra doctrina

Sostengo que el *eventus damni* sufre un considerable descuido en nuestra doctrina, lo que hace que nuestros jueces se encuentren “inermes” frente a las causas que tienen que resolver. Decir esto no significa afirmar, sin embargo, que a nivel local no se haya hecho ninguna referencia a este componente central de la acción pauliana. Sí se ha hecho, y en varias oportunidades, pero de una forma un tanto imprecisa.

La concepción tradicional del *eventus damni* entiende que la acción pauliana se puede plantear únicamente contra actos que ocasionen la “insolvencia” del deudor. Si el deudor efectúa un acto que provoca su “insolvencia”, el acreedor puede valerse de la acción pauliana para impedirlo. Tomando esta elemental idea como referencia, veamos ahora lo que nuestros autores dicen sobre el *eventus damni*:

<sup>5</sup> María SOLER SALA. África y los imperios coloniales. En: AAVV. *Historia Universal*. T. XVIII. Lima: Salvat-Orbis Venture, 2005, p. 327.

<sup>6</sup> Georges RIPERT. *La regla moral en las obligaciones civiles*. Traducción de Hernando Devis Echandía. Bogotá: La Gran Colombia, 1946, pp. 236 y ss; y Emilio BETTI. *Op. cit.* pp. 393 y ss.

No obstante reconocer que la sola insolvencia no agota la idea de *eventus damni*, se sigue entendiendo al mismo dentro de los márgenes de la concepción tradicional, resaltando la idea de “disminución patrimonial”: “(...) no solamente la insolvencia del deudor es causal para la procedencia de la acción pauliana sino que se incluyen determinados actos que, sin colocar al deudor en estado de insolvencia, perjudican al acreedor al poner en peligro la efectividad de su crédito por razón del decrecimiento del patrimonio del deudor (...) El Código Civil ha abandonado, pues, el criterio de la insolvencia para la configuración del *fraus creditorum* y como requisito de la acción pauliana, optando tan solo por el requisito del perjuicio al acreedor, aun cuando en la mayoría de las veces el remedio pauliano tiene su razón de ser en la insolvencia del deudor, en cuanto ella significa que el acreedor no puede obtener el pago íntegro de su crédito. Pero puede haber perjuicio contra el acreedor, realizado con fraude, sin que presente insolvencia en términos absolutos, siendo justo en este caso someter el acto perjudicial al remedio pauliano, por cuanto aquel, de todos modos, viene a afectar desfavorablemente al acreedor”<sup>7</sup>.

En idéntico sentido, se ha sostenido que “(...) el daño ocurre cuando el acto convierte al deudor en insolvente, acentúa su insolvencia previa o dificulta sensiblemente la posibilidad del cobro, aunque técnicamente la insolvencia no se haya aún producido ni declarado. La insolvencia, como tal, no es requisito objetivo para que el acreedor invoque perjuicio. Aunque usualmente en caso de insolvencia habrá siempre perjuicio, este puede presentarse en cuanto el Código exige el requisito, sin necesidad de que el acreedor invoque o acredite la insolvencia del deudor. Habrá, pues, perjuicio cuando los bienes conocidos de un deudor no alcancen a cubrir el importe de sus deudas, incluidos sus accesorios (gastos, intereses y demás prestaciones que deba acudir)”. Así, se asevera que el perjuicio se configura cuando se “dificulta la disposición” de los bienes del deudor o se “disminuye su valor de mercado”<sup>8</sup>.

De igual manera se pronuncia el autor que nos señala que hay *eventus damni* si es que el acto del deudor causa “un perjuicio, imposibilitando o dificultando el recupero de su crédito”, de modo que la acción pauliana tiene como “su función evitar la insolvencia del deudor, evitando que se desprenda de los bienes conformantes del patrimonio que constituye garantía general de sus deudas (...) busca remediar la desaparición o reducción del patrimonio del deudor, evitando el perjuicio al acreedor (...)”<sup>9</sup>.

No obstante, el autor que se acaba de citar da un paso más adelante, tratando de plantear la idea de “perjuicio” al margen de la idea de insolvencia, trayendo a colación de la idea de imposibilidad de ejecución por falta de bienes conocidos: “El deudor causa perjuicio a sus acreedores cuando realiza actos con los cuales renuncia a derechos o disminuye su patrimonio conocido o frustrando la posibilidad de que los créditos sean satisfechos mediante la realización judiciales de sus bienes (...). Para que prospere es suficiente que con esos actos los acreedores se vean perjudicados al no poder cobrar sus créditos o poder cobrarlos solamente parcialmente, debido a que no existen bienes conocidos y libres del deudor en el territorio de la República, lo que no implica siempre que tales actos provoquen o empeoren el estado de insolvencia del deudor. Éste puede ser una persona solvente no obstante que no tiene bienes conocidos, pero si puede tener bienes que no pueden ser ejecutados por sus acreedores por no ser accesibles al conocimiento de éstos o porque esos bienes se encuentran en el extranjero”<sup>10</sup>.

Dentro de esta línea, también se ubica el autor que señala que la esencia del “perjuicio” importa algo más que el concepto de insolvencia, implica también la vulneración de la “confianza” del acreedor, empero sin dejar de entender al *eventus damni* en términos de “disminución patrimonial”: “El perjuicio,

<sup>7</sup> Fernando VIDAL RAMÍREZ. *El acto jurídico*. 8° edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2011, pp. 466 y 467.

<sup>8</sup> Francisco MOREYRA GARCÍA SAYÁN. *El acto jurídico según el*

*Código Civil peruano*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, pp. 266 y 267.

<sup>9</sup> Aníbal TORRES VÁSQUEZ. *Acto Jurídico*. 4° Edición. Lima: Idemsa, 2012, pp. 693, 694 y 699.

<sup>10</sup> Aníbal TORRES VÁSQUEZ. op. cit. p. 710.

fundamentalmente, estriba en la frustración de una confianza en el sano y no abusivo uso de los derechos de disposición del deudor; en la malograda expectativa (interés) de carácter económico del acreedor actual o próximo. Esta frustración se visualiza cuando se piensa que el deudor tiene no solamente deberes de resultado, como cumplimiento efectivo, sino también de conducta, como no impedir el pago del crédito mediante la disminución de su activo patrimonial ejecutable (...) El daño pues consiste en poner en peligro la posibilidad de cumplimiento siempre que razonablemente sea de tal entidad que permita prever que, por el empobrecimiento que se determinará en el patrimonio del deudor, aun cuando éste no llegue a ser insolvente, en el momento del vencimiento de la obligación no encontrará en los bienes libres que resten materia suficiente para satisfacer íntegramente los propios derechos<sup>11</sup>.

Siguiendo los lineamientos de una atenta doctrina española, se pretende echar más luces sobre la idea de *eventus damni* cuando se afirma que: "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 (...) No se debe identificar el perjuicio económico con la insolvencia. En efecto, no se necesita la declaración administrativa de concurso o judicial de quiebra (...) pueden existir otros bienes pero no cuentan para impedir hablar de perjuicio porque su ejecución resulta difícil o imposible para el acreedor (...). Pero como pusieron de manifiesto otros autores contemporáneos, no toda dificultad es suficiente para justificar el recurso a la impugnación (...) el patrimonio del deudor que funciona como garantía patrimonial del acreedor debe ser valorado en función del importe del crédito del actor (...); 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>12</sup>.

<sup>11</sup> Juan LOHMANN LUCA DE TENA. *El negocio jurídico*. Lima: Studium, 1985, pp. 323 y 324. El autor ha reiterado estas ideas en un escrito más reciente: ID. *Requisitos de la acción pauliana o revocatoria*. En: AAVV. *Código Civil Comentado*. T. I. cit. pp. 622 y 623.

<sup>12</sup> Juan ESPINOZA ESPINOZA. *El acto jurídico negocial*. 3ª Edición. Lima: Rodhas, 2012, pp. 350 y 351.

Aunque de ninguna manera se puede poner en tela de juicio la valía de las consideraciones que se acaban de reseñar, su generalidad impide que sean suficientes para dar respuesta a las preguntas planteadas en la introducción y -por consiguiente- enfrentar las complejidades que, en los procesos judiciales, en no pocas ocasiones se presentan al momento de establecer la presencia del *eventus damni*. No parece difícil notar que el análisis de este factor clave de la acción pauliana ha concitado bastante poca atención de parte nuestros autores. Así, puede observarse que cuando se propone estudiar a la acción pauliana, se reflexiona sobre múltiples aspectos sin duda relevantes, pero dejándose en la penumbra al aludido elemento central<sup>13</sup>. Paradójico.

### 3.- *Los problemas de nuestros jueces en la terra incognita*

Para cotejar lo que acabo de afirmar, basta la revisión de algunas decisiones de nuestra Corte Suprema de Justicia, que nos muestran que la identificación del *eventus damni* en los casos concretos entraña obstáculos bastante difíciles de sortear con fórmulas genéricas:

La CAS. N° 2150-98-LIMA nos presenta el siguiente caso:

Luis Alberto SALAZAR TAFUR tiene una deuda personal con el BANCO CONTINENTAL. Es el caso que el deudor constituye un patrimonio familiar, al encontrarse casado. El banco, vía acción pauliana, peticiona que la constitución del patrimonio familiar se declare ineficaz frente a él, puesto que tal constitución "perjudica su derecho a embargar expectativas de uno de los cónyuges (su deudor) en el bien sobre el que se ha constituido el referido patrimonio familiar". Las instancias de mérito desestiman la demanda porque "la deuda es personal del codemandado Luis Alberto Salazar Tafur, y que el inmueble no es un bien propio sino de la sociedad conyugal

<sup>13</sup> Rómulo MORALES HERVÍAS. *Fraude contra los acreedores como remedio de invalidez e ineficacia*. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 100. Lima Gaceta Jurídica, enero de 2007, pp. 137 y ss. También se puede observar desatención a dicho elemento en: AAVV. *Derecho de las relaciones obligatorias*. Compilación de Leysser LEÓN HILARIO. Lima: Jurista Editores, 2007, pp. 165 y ss.

constituida con doña Rosario Maritza DE SOUZA FERREYRA UGARTE, por lo que el cobro del crédito que tiene el banco demandante en relación al demandado y respecto al predio sublitis se encuentra supeditado a la liquidación de la sociedad conyugal formada por los demandados” (fundamentos del recurso).

La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema declara fundado el recurso de casación interpuesto por el banco, señalando que las instancias de mérito no tienen en cuenta que la sociedad de gananciales se puede liquidar sin que se extinga la sociedad conyugal, cosa que puede ocurrir por declaración de insolvencia de uno de los cónyuges, “de tal manera que nada impide embargar los derechos expectaticios de un cónyuge en la sociedad de gananciales, a la espera de su liquidación, que puede ser por estado de insolvencia” (considerando décimo).

Esa sentencia en casación deja muchas dudas en torno al modo de establecer la presencia del *eventus damni*:

¿Los acreedores de uno de los cónyuges pueden agredir bienes que conforman un patrimonio familiar, cuando solicitan la liquidación de la sociedad de gananciales? Pues la respuesta afirmativa de la sentencia en casación aparece como sumamente cuestionable si se tiene en cuenta que el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 845 (la derogada Ley de Reestructuración Patrimonial, aplicable a este caso) excluía a los bienes inembargables de los procedimientos concursales. Y, como indica el artículo 648 del Código Procesal Civil, los bienes que conforman el patrimonio familiar tienen la calidad de inembargables.

La pregunta inevitable es la siguiente: ¿cabe interponer la acción pauliana contra la constitución de un patrimonio familiar actualmente? ¿Cómo dar respuesta a esta pregunta, teniendo en cuenta el fallo contenido en la CAS. N° 2150-98-LIMA?

Pero hay más. Es cierto que los cónyuges tienen expectativas sobre los bienes de la sociedad de gananciales, puesto que al liquidarse ésta, pueden acceder a titularidades

exclusivas sobre tales bienes. Entonces pueden plantearse estas otras interrogantes:

¿Existe *eventus damni* si el deudor forma parte de una sociedad de gananciales que tiene un patrimonio en excelentes condiciones, pese a que su patrimonio personal registra más pasivos que activos? ¿Un patrimonio sólido puede estar constituido sólo de expectativas de adquisición sobre titularidades de la sociedad de gananciales? Si la respuesta es positiva, ¿cómo se ejecutaría el embargo sobre tales expectativas? ¿Pueden ser materia de un remate en el seno de un proceso de ejecución? ¿O es que este embargo solamente tiene sentido con miras a una liquidación de la sociedad de gananciales por petición de los acreedores por deudas personales de los cónyuges?

Por su parte, la CAS. N° 5249-2006-EL SANTA nos presenta el caso siguiente:

Hilario TORRES VILLANUEVA tiene una deuda personal con la empresa de transportes “El Rosario SA”. Resulta que TORRES estaba casado y la sociedad de gananciales que conformaba tenía titularidades sobre un bien inmueble, el cual fue materia de una transferencia a favor de terceros. La empresa acreedora plantea acción pauliana contra este acto de transferencia, ya que “se trata de proteger la legítima aspiración del acreedor”, haciéndose referencia a que “la liquidación de los bienes de la sociedad conyugal estaría afecto en el cincuenta por ciento de los derechos expectaticios del cónyuge deudor”. Así, lo que la parte actora busca para su crédito es dejar “abierta la posibilidad de su realización en la parte correspondiente al deudor, luego de la liquidación” (fundamentos del recurso).

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema declara fundada la casación en favor de la parte actora, aseverando que “fenecida la sociedad de gananciales, los bienes de la sociedad dejaran de ser sociales, y cada cónyuge tendrá derecho al cincuenta por ciento de las acciones y derechos sobre los mismos al igual como sucede en la copropiedad” (considerando cuarto). Y agrega que “frente a un acto de disposición patrimonial a cargo del deudor que perjudique al acreedor y que guarde relación con bienes

sociales, éste puede solicitar mediante la acción pauliana que se declare ineficaz respecto de él el acto de disposición patrimonial en relación a los derechos expectaticios que le pudieran corresponder al deudor fenecida la sociedad de gananciales, para afectarlos vía embargo a fin de cautelar dichos derechos expectaticios, no pudiendo procederse a la ejecución forzosa vía remate o adjudicación mientras no fenezca la sociedad de gananciales” (considerando quinto).

Las interrogantes son análogas al caso anterior:

¿Por qué no se pueden rematar las expectativas? ¿Es qué tampoco se pueden transferir? ¿O es qué, pese a poderse transferir o negociar en el mercado, las expectativas no pueden rematarse? ¿Por qué tendría que ser así? De igual forma, varios años después, parece que nuestra Corte Suprema responde afirmativamente a la siguiente cuestión: ¿Un deudor puede llegar a neutralizar una acción pauliana si demuestra ser titular de expectativas solamente?

Pero lo referente a la expectativa no es el único obstáculo que presenta la determinación del *eventus damni* en los casos concretos.

La CAS. N° 781-2002-SANTA, especialmente imprecisa al narrar los hechos materia de Litis, nos plantea el siguiente caso:

Una pareja de esposos ha hipotecado un bien inmueble social en favor del BANCO CONTINENTAL para garantizar deudas de una empresa. Empero, parece ser que los cónyuges también tienen deudas con la entidad bancaria. Ocurre que el bien inmueble mencionado es materia de una compraventa, la cual es impugnada por el banco mediante una acción pauliana. Según el banco, la compraventa le causa perjuicio porque “si bien podrá ejecutar la garantía con la empresa garantizada, pero no respecto de las personas naturales demandadas (...) además sus deudores no han acreditado tener bienes libres de gravámenes” (fundamentos del recurso).

No obstante, la Corte Suprema rechaza

esta idea, argumentando muy escuetamente que “(...) el Banco demandante tendría la seguridad que la garantía hipotecaria acotada puede responder por su crédito insatisfecho, y además, según lo apreciado a fojas ciento sesentinueve a ciento setentiséis, los citados demandados Lilia Benigna Olivera Garay de Crivillero, Rogelio Crivillero Iparraguirre, en su calidad de cónyuges, acreditan tener bien libre suficiente para garantizar la satisfacción del crédito” (considerando sexto).

Al respecto, es forzoso preguntarse lo siguiente:

¿La existencia de una garantía hipotecaria, dado su carácter persecutorio, es siempre capaz de neutralizar una acción pauliana? ¿Existirán algunos supuestos donde dicha garantía no sea capaz de evitar que se declare fundada la interposición de una acción pauliana? ¿Ocurre lo mismo si estamos ante garantías personales, como una fianza? Además, ¿Por qué la Corte Suprema es excesivamente parca en su pronunciamiento sobre la “solidez” del patrimonio de los demandados, si el actor ha cuestionado ese punto directamente? Es obvio que no basta decir que los demandados “han acreditado tener bienes libres”, era más que necesario un análisis sustancioso ¿Se trata del más importante ingrediente de la acción pauliana!

Otro orden de interrogantes plantea la lectura de la CAS. N° 1965-2009-LIMA:

Alejandro DAÑINO GAERTIG tenía una deuda con Zoila IRUS MAXIMILIANO. De la lectura de la sentencia en casación, se tiene que el deudor dispuso, mediante una donación, de su titularidad sobre un bien inmueble. La acreedora plantea la acción pauliana contra este contrato. Se establece que el deudor ha “perjudicado” el cobro del crédito porque de la donación ha resultado que ya “no cuenta con inmuebles inscritos en el Registro de Propiedad Inmueble y el Registro de Predios de Lima”. No obstante, el demandado ha alegado ostentar derechos de crédito garantizados con hipotecas. Pero este argumento es desechado por el máximo Tribunal debido a que “no se

ha acreditado que el citado demandado viene accionando a fin de recuperar las sumas de dinero dadas en préstamo” (considerando noveno).

Otro cuestionario es oportuno: ¿Sólo puede decirse que existe *eventus damni* si no hay bienes suficientes registrados? ¿La determinación del *eventus damni*, entonces, básicamente no es más que un mero examen de los registros públicos? ¿Puede un deudor llegar a neutralizar una acción pauliana demostrando ser titular de derechos de crédito solamente? ¿Por qué la Corte Suprema considera que el demandado debió acreditar las acciones legales de cobro de sus créditos? ¿Es qué la “solidez” de los créditos depende de si se están cobrando o no? ¿Por qué?

Pero este apartado no puede concluir sin que yo haga una pregunta: ¿cree usted, amable lector o lectora, que consideraciones genéricas sobre el *eventus damni* son suficientes para responder a todas estas interrogantes?

En mi opinión, si nuestros jueces recurren a nuestra doctrina para intentar hallar respuestas y plasmarlas en sus fallos, podrían tener una sensación de incomodidad, porque no encontrarían las “armas conceptuales” para enfrentar la complejidad que muchas veces involucra la determinación del *eventus damni* en los casos concretos.

#### 4.- A propósito de una reciente publicación

Pienso, sin embargo, que un recientemente publicado trabajo contiene un avance trascendente en lo que respecta a la identificación del *eventus damni*, ya que deja establecidas, por vez primera a nivel local, consideraciones más precisas sobre el particular. Me temo, no obstante, que su autor, Oreste ROCA MENDOZA, no ha sido del todo consciente de la significación que su avance tiene para nuestra doctrina. En efecto, en sus líneas no se advierte con claridad la desatención que sufre el elemento central de la acción pauliana en nuestro medio, ni la urgente necesidad que tenemos de empezar a entender al *eventus damni* al margen de la concepción tradicional<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> Por ejemplo, en sus conclusiones, el autor opta por brindar

ROCA prescinde de la doctrina peruana en su análisis del *eventus damni*, el cual realiza sobre la base de los planteamientos de un importante sector de la doctrina española e italiana. Es clara la influencia que ROCA recibe de Juan Antonio FERNANDEZ CAMPOS y Emanuele LUCCHINI GUASTALLA. Las reflexiones de estos autores europeos ciertamente rompen con la noción clásica de *eventus damni*, y ROCA las sintetiza y presenta por vez primera en Perú:

“(…) no sólo el daño (perjuicio a la contraparte), sino el simple peligro de daño puede integrar el *eventus damni*, en función de que es lo que afecta el acto dispositivo. Esta teoría es relativamente reciente, y señalamos que no es una creación nuestra”<sup>15</sup>. Cuando se analiza el patrimonio del deudor, se tiene que verificar la existencia de bienes “identificables y no escondibles fácilmente” (...) la existencia de un perjuicio pauliano no es sumar el valor de los bienes de la contraparte (ver su aspecto cuantitativo), sino analizar que dichos bienes cualitativamente sean idóneos de afrontar el débito en etapa ejecutiva (ver su aspecto cualitativo)”<sup>16</sup>.

En este sentido, ROCA señala que el acto

poca atención al núcleo de la acción pauliana, sin terminar de desentenderse de la concepción tradicional, señalando sólo que: “La acción pauliana se invoca cuando ha ocurrido un detrimento patrimonial (no necesariamente disminución patrimonial, término ligado al carácter cuantitativo) que conlleve a que el acreedor o la parte contractual perjudicada no pueda realizar su crédito o ser satisfecho su interés, por lo que la acción pauliana elimina el impedimento o dificultad de satisfacción de la parte perjudicada declarando ineficacia relativa y limitada”: Oreste ROCA MENDOZA. *Ineficacia de los actos del deudor por fraude a los acreedores*. Lima: Gaceta Jurídica, 2013, p. 227. Y digo que ha optado por brindar una menor atención al *eventus damni* en sus conclusiones porque en las conclusiones de la tesis de licenciatura original, que sirvió de base a su publicación, este elemento de la acción pauliana goza de una mayor atención, aunque aquí tampoco el autor llega a notar la desatención que tal elemento sufre en la doctrina peruana (Oreste ROCA MENDOZA. *Consideraciones jurídicas sobre la denominada acción pauliana, nuevas perspectivas bajo un análisis dogmático-funcional*. Tesis para optar el Título Profesional de Abogado. Lima: Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2011, pp. 186 y 187).

<sup>15</sup> Oreste ROCA MENDOZA. *Ineficacia de los actos del deudor por fraude a los acreedores*. Cit. p. 136.

<sup>16</sup> Oreste ROCA MENDOZA. *Ineficacia de los actos del deudor por fraude a los acreedores*. Cit. p. 137.

del deudor, para que exista *eventus damni*, debe importar “una posible y eventual infructuosidad de la futura ejecución sobre los bienes de la parte comprometida”<sup>17</sup>. Como veremos luego, esta una idea clave para entender al *eventus damni* de una forma que aspire a ser más exacta.

Poco después, el propio ROCA describe lo que, para él, es la esencia del *eventus damni*:

“Repasando lo antes dicho, *eventus damni* o perjuicio pauliano no solo puede consistir en disminuir el patrimonio de la parte a cumplir, de manera cuantitativa sino también de manera cualitativa, que imposibilite o dificulte la ejecución forzada, futura o eventual”<sup>18</sup>. Nótese como ROCA, de forma en la que no estoy de acuerdo, retira de su “extracto esencial” la idea de “posibilidad” de daño o perjuicio. Y es que muy distinto es decir que el patrimonio es de difícil ejecución que decir que el patrimonio *posiblemente* sea difícil de ejecutar.

Más adelante, ROCA brinda ideas que, por su precisión, son de gran valor para el análisis de casos prácticos. Así, señala que el *eventus damni* implica evaluar los siguientes aspectos del patrimonio del deudor<sup>19</sup>:

Su valor cuantitativo, esto es que no tiene que haber un exceso de pasivos frente a los activos; su estabilidad, es decir que los bienes no deben ser deteriorables, consumibles u ocultables, o sea que deben reunir caracteres que se suelen atribuir a los bienes inmuebles; y que su ejecución no implique mayores dificultades ni costos para el acreedor. Sobre este último aspecto, ROCA nos dice que muchas veces va a ser complicado determinar cuándo hay mayor dificultad de ejecución, ya que las ejecuciones, en el Perú, suelen de por sí ser complejas. Con respecto a los costos, anota que el solo aumento de éstos no debe considerarse como suficiente para plantear la acción pauliana, ya que tales gastos se pueden recuperar en el respectivo proceso de ejecución. Lo contrario es

admisible sólo cuando tal aumento “sobrepase el patrimonio de la parte comprometida y produzca con ello la insuficiencia del patrimonio para los intereses de la parte perjudicada”<sup>20</sup>.

#### 5.- Una aproximación a la *terra incognita*:

Creo que llegados a este punto, amable lector o lectora, podemos decir:

¡*Terra incognita* a la vista!

Se trata, pues, de un “lugar” que nuestra doctrina no ha explorado, pese a que es el “corazón” de la acción pauliana. Estamos a las puertas de este “lugar recóndito” para la doctrina peruana. Hay que decir, sin embargo, que ROCA ha transitado antes que muchos peruanos por este lugar, aunque, como dije ya, sin reparar del todo en ello.

Ya advertí que de ninguna manera pretendo hacer las veces de explorador o conquistador de estas “tierras desconocidas”. Dejando las metáforas de lado, o sin dejarlas del todo, a continuación esbozaré algunas consideraciones que pueden ayudar a establecer bases para un estudio profundo sobre el *eventus damni*. Asimismo, pueden contribuir en algo a que nuestros jueces, en los casos donde la determinación del *eventus damni* puede terminar siendo un dolor de cabeza, no se encuentren tan “inermes”.

#### 5.1 Un lugar con muchos “pantanos”

Un punto que gran parte de la doctrina-incluso extranjera- no suele destacar debidamente es que la determinación del *eventus damni* es un asunto que puede considerarse bastante “pantano”. Lo digo porque el término “perjuicio”, empleado por el artículo 195 de nuestro Código Civil, resulta poseer un alto grado de vaguedad, lo que explica que en no pocas ocasiones la determinación del *eventus damni* sea una cuestión de respuesta asaz discutible.

Sin ánimo de abandonar la seriedad, supongamos, amable lector o lectora, que su

<sup>17</sup> Oreste ROCA MENDOZA. *Ineficacia de los actos del deudor por fraude a los acreedores*. Cit. p. 137.

<sup>18</sup> Oreste ROCA MENDOZA. *Ineficacia de los actos del deudor por fraude a los acreedores*. Cit. pp. 137 y 138.

<sup>19</sup> Oreste ROCA MENDOZA. *Ineficacia de los actos del deudor por fraude a los acreedores*. Cit. pp. 144 y 145.

<sup>20</sup> Oreste ROCA MENDOZA. *Ineficacia de los actos del deudor por fraude a los acreedores*. Cit. p. 146.

pareja llega un minuto tarde a una cita por haberse detenido a saludar a un "antiguo amor" que casualmente se encontró en el camino, siendo el caso que se comunicó con usted al celular, rogándole que espere ¿Eso le causaría un "perjuicio" en el plano sentimental? Cambio la pregunta ¿Y si llegase cinco minutos tarde habiendo ocurrido lo mismo? Sospecho que, en general, usted responderá que no puede hablarse de un perjuicio moral o sentimental en estos casos. Pero si de cinco minutos pasamos a media hora o a una hora ¿seguirá usted opinando igual? ¿Si resultan ser dos o tres horas? Sospecho que, en general, su respuesta cambiará. Ahora bien ¿puede usted decirme, con certeza, a partir de que tiempo puede hablarse de un "perjuicio" sentimental en este caso? Si alguien dice media hora ¿por qué no pueden ser veintinueve minutos? Si alguien dice sesenta minutos ¿por qué no pueden ser sesenta y uno? ¿No será que no puede responderse categóricamente porque la palabra "perjuicio" es muy vaga?

En múltiples ocasiones no basta con tener claro el significado que, en un plano general y abstracto, pueda tener el término "perjuicio". Aunque maneje una variedad de sinónimos de esta palabra o de ideas vinculadas a la misma, en muchas ocasiones me encontraré jurídicamente "inerte", a consecuencia de la falta de precisión de conceptos, al momento de establecer si en un caso concreto hay o no *eventus damni*.

Así las cosas, pareciera que la palabra "perjuicio" se encuentra en la misma situación que una palabra como "rojo", como lo notara un eximio pensador británico:

"Consideremos las diversas formas en que las palabras comunes son vagas, y comencemos con una palabra como "rojo". Es perfectamente evidente, desde que los colores constituyen un continuo, que hay matices de color que dudaremos en llamar o no rojos, no porque ignoremos el significado de la palabra "rojo" sino porque es una palabra cuyo campo de aplicación es esencialmente dudoso (...) El hecho es que todas las palabras son sin duda atribuibles en cierto dominio, pero se tornan

cuestionables dentro de una penumbra, fuera de la cual son sin duda no atribuibles. Alguien podría tratar de obtener precisión en el uso de las palabras, diciendo que ninguna palabra puede ser aplicada en la zona de penumbra; pero por fortuna la penumbra misma no es exactamente definible; y toda la vagüedad que confiere al uso primario, la confiere también cuando tratamos de fijar un límite a su indudable aplicabilidad"<sup>21</sup>.

En este sentido, se podría afirmar que no hay remedio al alto grado de vagüedad que se nos presenta en sede de *eventus damni*. Es más, sería factible agregar que esto es de lo más natural, ya que en la teoría de la interpretación jurídica es ampliamente aceptado que las normas pueden tener una variedad de interpretaciones, debiendo el intérprete sólo respetar el marco trazado por el significante de las palabras empleadas en los textos normativos, ya que éste limita la fuerza expansiva del significado de éstos<sup>22</sup>.

Las complicaciones que genera la vagüedad del término "perjuicio", en la determinación del *eventus damni*, ya fueron advertidas por un prominente jurista italiano:

"Sería prácticamente imposible establecer un elenco de todas las hipótesis en las cuales el necesario peligro de daño se puede verificar. Se trata de un elemento a constatar caso por caso, así como caso por caso es necesario también constatar si el grado de perjuicio que, como consecuencia del acto del deudor, sufre el acreedor, sea tal que verdaderamente justifique el recurso a la acción"<sup>23</sup>.

No pretendo decir algo completamente nuevo. Lo que quiero es resaltar una

<sup>21</sup> Bertrand RUSSELL. *Vaguedad*. En: Mario BUNGE (compilador). *Antología Semántica*. Traducciones de Mario Bunge, Emilio Colombo, Estela Arias y Lilia Fornasari. Buenos Aires: Nueva Visión, 1960, pp. 14 y 24.

<sup>22</sup> Giovanni TARELLO. *L'interpretazione della legge*. Milán: Giuffrè, 1980, pp. 67 y ss.

<sup>23</sup> Rosario NICOLÒ. *Dell'azione revocatoria*. En: AAVV. *Commentario del Codice Civile. Libro Sesto. Tutela de Diritti*. Al cuidado de Antonio SCIALOJA y Giuseppe BRANCA. Bolonia-Roma: Nicola Zanichelli - Foro Italiano, 1953, p. 217.

característica del *eventus damni* que, muchas veces, suele ser tratada como un asunto de segundo orden, cuando merece la máxima atención. Una acreditada doctrina española, dentro de sus abundantes e interesantes líneas dedicadas a la acción pauliana, dice sobre el particular: “La noción de daño, por tanto, no es absoluta sino relativa, habrá de valorarse en función de las características y circunstancias de cada concreto acreedor (en función, en definitiva, de las posibilidades de realización de su crédito)”<sup>24</sup>.

Quienes decidan adentrarse en la *terra incognita*, por tanto, no deben dejar de tener en cuenta que se trata de un lugar con muchos “pantanos”, derivados de la vaguedad antedicha. Sin embargo, futuras investigaciones podrían mostrarnos problemas concretos que, a primera vista, pueden parecer profundos “pantanos”, cuando no son más que pequeños “barrizales” fáciles de atravesar. Una tarea más que interesante y, qué duda cabe, nada simple.

#### 5.2 Un lugar asaz “peligroso”: el “peligro” como idea clave en la definición del *eventus damni*

La idea de insolvencia debe dejarse de lado. Pero cuidado, esto no quiere decir que la insolvencia no configure un supuesto de *eventus damni*. Todo lo contrario, empero se trata del caso más simple, y no parece necesario seguir reflexionando sobre él. Si el acto del deudor hace que su patrimonio sea contablemente (valoración cuantitativa) inferior al crédito impago, indudablemente puede plantearse la acción pauliana.

Por eso es mejor detenerse en la idea de “dificultad de cobro” o “dificultad de ejecución”. Así, se dice que el *eventus damni* está presente si el acto del deudor disminuye el valor *in executivis* de su patrimonio<sup>25</sup>. Ya hemos visto que esta idea ha sido rescatada por ESPINOZA y, después, detallada por ROCA. Estoy de acuerdo, pero es necesario efectuar una precisión.

Como se recordará, líneas arriba anoté que

no estaba conforme con el “extracto” que el propio ROCA hacía de sus planteamientos sobre el *eventus damni*. Y esto porque considero que no es del todo apropiado entender al *eventus damni* como una disminución actual y efectiva de un valor, por más que no sea el contable. Bajo tal orden de ideas, reitero que muy distinto es decir que el patrimonio es de difícil ejecución que decir que el patrimonio *posiblemente* sea difícil de ejecutar. Considero, siguiendo la línea que trazó el maestro Rosario NICOLÒ en Italia, que la idea de daño o disminución actual no describe de forma del todo conveniente al concepto de daño o perjuicio del acreedor. Debe empezarse a trabajar más sobre la idea de peligro de daño o, mejor dicho, peligro de que la ejecución del patrimonio no sea suficiente para satisfacer el derecho del acreedor. Un patrimonio puede ser ahora perfectamente ejecutable, pero su configuración puede implicar un “riesgo” o “peligro” de frustración de la ejecución. Trataré de explicarme mejor mediante un ejemplo sencillo:

Si el deudor efectúa actos de disposición de tal manera que su patrimonio queda conformado básicamente por costosos equipos de cómputo portátiles de alta tecnología y carísimos ternos, ¿puede afirmarse que hay una disminución del valor *in executivis* del patrimonio del deudor? ¿Es qué es muy difícil ejecutar estos bienes? A decir verdad, es fácil advertir que los equipos y los trajes caros pueden ser ejecutados y rematados sin mayor problema, por lo que resulta difícil aseverar que tengan un escaso valor *in executivis*. Lo que ocurre es que no se trata de una disminución actual del valor cualitativo del patrimonio, sino de un aumento del riesgo o peligro de una ejecución inútil, ya que el deudor puede sin problema esconder esos bienes, haciendo inviable una futura ejecución. El lector atento dirá que ROCA ya tocó el asunto cuando hizo referencia a la facilidad de ocultamiento de los bienes. Es cierto, pero también es verdad que en el discurso de ROCA la esencia del *eventus damni* tiene que ver con una disminución actual del valor cualitativo del patrimonio del deudor, dejando en un segundo plano la idea de peligro, cosa que se advierte en su ya citado “extracto”.

<sup>24</sup> Juan Antonio FERNÁNDEZ CAMPOS. Op. cit. p. 46.

<sup>25</sup> Juan Antonio FERNÁNDEZ CAMPOS. Op. cit. p. 43.

NICOLÒ comenta que la jurisprudencia y doctrina italianas, desarrolladas bajo el impero del viejo Código Civil de 1865, arribaron a una noción amplia de *eventus damni*. Si bien se seguía hablando de insolvencia, ésta llegó a ser entendida en términos bastante amplios, de manera que la noción de *eventus damni* se dilató hasta comprender no sólo los actos que ocasionaban una efectiva y actual disminución del patrimonio del deudor, sino también aquellos con los que se “limitase la probabilidad” de que el acreedor obtenga coactivamente la realización del crédito. El *eventus damni* dejó entenderse sólo en términos de “daño”, para pasar a ser concebido también, y sobre todo, bajo la idea de “peligro de daño”<sup>26</sup>.

Al igual que nuestro legislador de 1984, el legislador italiano de 1942 dejó de lado la idea de insolvencia del deudor o daño al acreedor, para emplear la de “perjuicio” al acreedor. Con esto, evidentemente se ha buscado hacer referencia a la noción amplia de *eventus damni*, conforme a la cual es suficiente el “peligro de daño” para tener configurado uno de los requisitos de la acción pauliana<sup>27</sup>. Esto quiere decir que lo relevante es que el acto del deudor provoque la “posibilidad” de que la actuación coactiva del acreedor se “frustre” en todo o en parte, y no sólo porque los bienes del deudor hayan perdido algún tipo de valor o no alcancen para cubrir el monto del crédito, sino también porque, aunque el valor económico de los bienes no haya cambiado (pudiendo incluso haber aumentado), los bienes puedan terminar siendo “difícilmente atacables en vía ejecutiva, o no fácilmente puedan ser objeto de proficua venta judicial”<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Rosario NICOLÒ. *Dell'azione revocatoria*. En: AAVV. *Commentario del Codice Civile. Libro Sesto. Tutela de Diritti*. Al cuidado de Antonio SCIALOJA y Giuseppe BRANCA. Bologna-Roma: Nicola Zanichelli – Foro Italiano, 1953, pp. 216 y 217.

<sup>27</sup> Se afirma que el Código Civil italiano de 1942 hizo suyo el punto de vista según el cual el perjuicio al acreedor, como presupuesto de la acción revocatoria, se entiende como una particular situación de insolvencia del deudor, la cual no necesariamente consiste en una efectiva y actual disminución de su patrimonio, sino también en el “simple peligro” de tal disminución, que produzca una mayor dificultad al acreedor para realizar coactivamente aquello que le es debido: Lina BIGLIAZZI GERI, Francesco Donato BUSNELLI y Romeo FERRUCCI. *Della tutela dei diritti*. Torino: UTET, 1964, p. 114

<sup>28</sup> Rosario NICOLÒ. *Op. cit.* p. 217.

En tal sentido, el ilustre autor afirmaba que el perjuicio “que el acreedor tiende a evitar no es un daño actual y concreto”, porque el comportamiento del deudor que enajena sus bienes no representa una violación de su deber y, por tanto, una lesión actual del derecho del acreedor a la consecución del bien debido. El *eventus damni* debe ser entendido como una suerte de lesión “potencial”, de modo que la acción revocatoria sirve para neutralizar un “daño futuro”<sup>29</sup>.

Es interesante constatar que la idea de peligro dentro de la concepción de *eventus damni* ya era puesta de manifiesto por Federico DE CASTRO Y BRAVO, al destacar, con certeza, que es un error definir -como suele hacerse- al *eventus damni* solamente en función del estado actual del patrimonio del deudor:

“[...] puede ocurrir que se reduzca al mínimo, a la nada, el patrimonio del deudor, y que, a pesar de ello, no haya *eventus damni*; es suficiente con que sea posible, por cualquier medio, el cumplimiento. Ejemplo sería el de la deuda garantizada con hipoteca suficiente o con fiador solvente. En casos tales es imposible ejercitar la acción, pues falta el peligro”<sup>30</sup>.

No obstante, un sector de la doctrina ha preferido resaltar la idea de “posibilidad de identificación” de los bienes para determinar la presencia del *eventus damni*. Así, Massimo BIANCA considera que la imposibilidad de identificación de los bienes en el patrimonio del deudor es decisiva en la configuración del *eventus damni*: “(...) el perjuicio subsiste en cuanto un bien autónomamente identificable como objeto de ejecución se haya convertido

<sup>29</sup> Rosario NICOLÒ. *Op. cit.* p. 4.

<sup>30</sup> Federico DE CASTRO Y BRAVO. *La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los artículos 1.911 y 1.111 del Código Civil*. En: *Revista de Derecho Privado*. Año XIX. N.º 226-227. Madrid: Revista de Derecho Privado, julio-agosto de 1932, p. 214. La ideal tradicional de insolvencia pasa a un segundo plano en el análisis del ilustre jurista hispano: “El requisito exigido no es la insolvencia, sino la imposibilidad en que se encuentra el acreedor de lograr la satisfacción de su crédito”. Así, el *eventus damni* implica que el acreedor se encuentra “en la imposibilidad de pedir, con éxito, el cumplimiento forzoso por el procedimiento ejecutivo (...); en forma abreviada: la imposibilidad, imputable al deudor, de que el acreedor pueda satisfacerse” (p. 214).

en dinero o en otro bien no actualmente identificable en el patrimonio del deudor<sup>31</sup>.

Criticando a Luigi COSATTINI y a Angelo DE MARTINI, BIANCA entiende que no debe seguirse la idea según la cual el perjuicio se presenta “cuando los bienes que se pueden fácilmente agredir en sede de ejecución forzada vienen sustituidos por bienes que por su naturaleza pueden ser fácilmente sustraídos (muebles) u ocultados (dinero, joyas)”. Y esto porque, según BIANCA, lo que en verdad perjudica al acreedor no es la adquisición, por parte del deudor, de bienes sujetos a fácil dispersión, sino la dispersión misma de éstos: “en tanto que el deudor pueda demostrar que el bien adquirido (aunque se trate de dinero) es identificable en su patrimonio, el requisito del perjuicio es insubsistente”<sup>32</sup>.

ROCA ha seguido esta idea, otorgando al “peligro de daño” un rol secundario en su concepción, de tal modo que llega a sostener que “dicha identificación se puede hacer por ejemplo a través de su ubicación en un número de cuenta bancaria, en un depósito, donde se podría constatar que el dinero se encuentra ahí, aunque para ello la parte con derecho interesada debería conminar a la parte comprometida que le alcance dicha información, ya que no podría hacerlo él mismo, por estar en medio el secreto bancario”<sup>33</sup>. En tal sentido, “el dinero puede ser suficiente para ello (sería ilógico castigar la liquidez de un patrimonio), pero que no esté debajo de algún colchón sino en una cuenta bancaria en un estado de ser identificable y usable al momento de la ejecución forzada [...]”<sup>34</sup>.

Hay que discrepar.

La posibilidad de identificar a los bienes no enerva la presencia de “peligro” para la ejecución, como advertí son dos asuntos distintos. El dinero depositado en una cuenta

bancaria, como bien dice ROCA, tiene un importante valor *in executivis* (a diferencia del dinero que se encuentra en “algún colchón”), puesto que puede ser ejecutado sin mayor problema mediante un embargo en forma de retención. Pero es también cierto que el deudor puede disponer de él en cualquier momento, de tal suerte que el dinero que está en una cuenta perfectamente identificable, *posiblemente* puede terminar “en algún colchón”. Piénsese en el caso de una cuenta de ahorros donde el deudor percibe sus haberes y mantiene buena parte de los ahorros de su vida. Como se sabe, el titular de la cuenta puede tener en la misma todo ese dinero durante años, pero de un momento a otro *puede* retirarlo y esconderlo.

Véase, pues, como un patrimonio que tiene un valor *in executivis* importante, tiene una configuración *peligrosa* para el acreedor, ya que el deudor *podría* sustraer sin mayores inconvenientes ese patrimonio de la ejecución que busca satisfacer el derecho del acreedor. Por lo tanto, aunque el dinero pueda ser identificado, igual debería poderse plantear la acción pauliana con éxito, en virtud a que la posibilidad de identificación no enerva el real peligro (que, es verdad, puede no llegar a materializarse en algunos casos) de que el deudor actué de modo tal que frustre la ejecución.

Una atenta doctrina explica que si el deudor sustituye bienes fácilmente ubicables, por otros perecibles o de fácil sustracción, se configura *eventus damni* porque tal sustitución pone “en riesgo de frustración” el “resultado útil de la futura ejecución forzada”. En efecto, tales bienes *pueden* terminar siendo difícilmente atacables en vía ejecutiva<sup>35</sup>.

Y es que muchos bienes, pese a ser identificables o de ubicación conocida, *pueden* ser sustraídos de una ejecución sin mayores inconvenientes. Imaginemos otro caso, en el que un deudor tiene como patrimonio conocido un almacén de implantes mamarios. Cada par de implantes puede superar fácilmente los mil

<sup>31</sup> Massimo BIANCA. *Diritto Civile*. T. V. Nueva reimpresión. Milán: Giuffrè, 2002, p. 440.

<sup>32</sup> Massimo BIANCA. Op. cit. p. 440.

<sup>33</sup> Oreste ROCA MENDOZA. *Ineficacia de los actos del deudor por fraude a los acreedores*. Cit. p. 147.

<sup>34</sup> Oreste ROCA MENDOZA. *Ineficacia de los actos del deudor por fraude a los acreedores*. Cit. p. 150.

<sup>35</sup> Lina BIGLIAZZI GERI, Francesco Donato BUSNELLI y Romeo FERRUCCI. Op. cit. pp. 114 y 115.

dólares americanos. Ahora bien ¿sabía usted que, hoy en día, tales implantes suelen contar con un número de identificación único grabado sobre su parche que garantiza su trazabilidad? Empero, no cabe duda de que estos bienes también *puedan* ser ocultados sin problemas por parte del deudor. El peligro de frustración de la ejecución, obviamente, es real.

Pero el peligro no debe identificarse siempre con la factibilidad de ocultar o sustraer el bien de la ejecución. Por ejemplo, a propósito de lo dicho en la CAS. N° 1965-2009-LIMA, un patrimonio conformado básicamente por derechos de crédito puede tener un valor *in executivis* nada despreciable, pudiendo ser objeto de ejecución según lo preceptuado en el artículo 657 del Código Procesal Civil. Cabe preguntarse ¿existe peligro en este caso? Pues, antes que nada, los créditos tendrían que ser valorizados, lo cual puede demandar la intervención de un perito judicial. Imagínese que se trata de créditos de largo aliento que vienen siendo cancelados sin ninguna clase de inconveniente, por parte de personas con un excelente historial crediticio ¿Puede decirse que hay un riesgo genuino para el acreedor? Aquí entra a tallar algo distinto a la posibilidad de ocultar los bienes: la posibilidad que el deudor deje de recibir los pagos de quienes, a su vez, son sus deudores. Si los antecedentes crediticios son excelentes, podemos hablar de un riesgo pequeño. Pero si no es así, quizá la existencia de una garantía puede considerarse como un factor que ayuda a neutralizar el peligro.

Sobre esto último, es menester apuntar que las garantías no siempre son suficientes para neutralizar el “peligro” que un acto de disposición puede ocasionar al acreedor. Es errado pensar, por ejemplo, que si el deudor dispone de un bien sobre el cual el acreedor tiene una garantía hipotecaria, mal puede éste invocar la acción pauliana. Por eso es de lamentar que la CAS. N° 781-2002-SANTA haya tomado esta idea como premisa. Y es que, evidentemente, puede suceder que la garantía resulte diminuta en relación al crédito. No se olvide que la valoración de la insuficiencia del patrimonio del deudor debe ser hecha en relación a la posición del acreedor. Por

consiguiente, el perjuicio no subsiste si las garantías reales, o el privilegio del que goza el acreedor, aseguran la plena satisfacción de su derecho, y esto porque el perjuicio puede subsistir si la garantía real no es suficiente para cubrir el valor total del crédito<sup>36</sup>. Otra vez, no puede descartarse la intervención de peritos para valorizar la garantía real.

Se advierte que la existencia de garantías reales impide la configuración de “perjuicio al acreedor” sólo si el acto dispositivo del deudor versa justamente sobre el bien gravado, debido a que, en este caso, la garantía (y, por ende, la satisfacción del crédito) no resulta comprometida. En cambio, en la hipótesis inversa (o sea si se dispone de un bien distinto al que es materia de la garantía real), sí puede hablarse de *eventus damni*, sólo si la garantía no resulta suficiente para cubrir el monto del crédito. En tal caso, si al acreedor se le permite actuar en vía ejecutiva sobre los otros bienes del deudor, y éste último realiza un acto de disposición que compromete la realización coactiva del interés del acreedor, no hay razón alguna para impedir a este último actuar mediante la acción revocatoria a fin de evitar el perjuicio. Si no fuese así, el haber constituido la garantía real, en lugar de beneficiarle, terminaría por generarle un perjuicio al acreedor<sup>37</sup>.

¿Este enfoque debe cambiar si la garantía es una de tipo personal, como la fianza? Pues en este caso se tiene que analizar el patrimonio del fiador, verificando si la configuración del mismo entraña o no un peligro para la realización ejecutiva del crédito, de acuerdo a lo indicado líneas arriba. Por consiguiente, no debería ponerse en duda que la existencia de una fianza, por sí misma, no puede servir de base para negar la presencia del *eventus damni*.

No es aconsejable, en consecuencia, plantear reglas que aspiren a cubrir toda una gama de supuestos de *eventus damni*. Me parece que ROCA hace esto cuando sentencia que:

<sup>36</sup> Massimo BIANCA. Op. cit. p. 440; y Rosario NICOLÒ. Op. cit. pp. 217 y 218.

<sup>37</sup> Lina Bigliuzzi Geri, Francesco Donato Busnelli y Romeo Ferrucci. Op. cit. pp. 115 y 116.

“Otro supuesto en que el patrimonio de la parte comprometida pierde estabilidad (...) es cuando se adquiere acciones en la Bolsa de Valores o en negocios en que la posibilidad de ganancia es impredecible, acercándose al azar, dándose a cambio bienes inmuebles, o bienes registrados. Su fundamento está en que las acciones tienen valores fluctuantes, convirtiéndose en capital de riesgo, que de la noche a la mañana pueden triplicar su valor o no valer ni un céntimo”<sup>38</sup>.

Me temo que en más de una ocasión podrá ponerse en tela de juicio esta afirmación. Centrándome en el aspecto destacado por ROCA, puedo decir que si las acciones del deudor que cotizan en bolsa se han caracterizado por mantener cierta solidez en el tiempo, y el crédito garantizado resulta de una cuantía considerablemente inferior al valor actual de las acciones, creo que se puede defender la idea de que no existe *eventus damni*. Piénsese en un caso en el cual el crédito es de veinte mil nuevos soles, en tanto que el deudor tiene acciones de una empresa minera como “Volcan”, por un valor ascendente a medio millón de dólares. Ciertamente parece difícil sostener que este patrimonio resulta inestable en comparación al monto del crédito.

Como se podrá advertir, resulta harto discutible la idea según la cual existe el *eventus damni* por el solo hecho de constatar que el deudor carezca de bienes registrados. Es preciso analizar también la solidez de bienes no registrados, como pueden ser créditos o valores mobiliarios.

Todos los elementos relevantes del caso concreto para la determinación del “peligro” de ejecución frustrada, van a tener que ser valorados caso por caso por el operador jurídico. Con respecto a los jueces, hay que resaltar que éstos tendrán que exponer los fundamentos que los llevan a concluir si hay o no peligro para el acreedor, dando cumplimiento al deber constitucional de motivación de las resoluciones judiciales. La labor puede ser

<sup>38</sup> Oreste Roca Mendoza. Ineficacia de los actos del deudor por fraude a los acreedores. Cit. p. 149.

difícil, no hay duda, y criticable en ciertos casos. No obstante, los jueces de ninguna manera pueden permitirse lícitamente no expresar las razones de su decisión en torno a la valoración del patrimonio del deudor.

### 5.3 Un lugar “excepcional”

¿Debe entenderse a la acción pauliana como una excepción al principio de la responsabilidad patrimonial? Si la respuesta fuese positiva, podría aplicarse la autorizada doctrina que enseña (sobre la base de lo estipulado en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil) que las normas excepcionales no son susceptibles de una interpretación extensiva<sup>39</sup>, se tendría que interpretar el término “perjuicio” del artículo 195 del Código Civil, de forma estricta o restrictiva. Por tanto, en caso de dudas sobre la existencia de *eventus damni* en un caso concreto, se tendría que dejar de lado la acción pauliana, dando prioridad a la plena eficacia del acto dispositivo del deudor.

El carácter excepcional de la acción pauliana también ha sido exaltado en estos términos:

“(...) 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 crédito, cuando de otro modo no puedan cobrar lo que se les debe”<sup>40</sup>.

En mi opinión, creo que hay que tomar con mucho cuidado este rasgo que se suele asignar a la acción pauliana en la doctrina extranjera, y no pretender trasladarlo, sin más, a nuestro ordenamiento. Me explico:

Enfatizar un supuesto carácter excepcional de la acción pauliana puede tener un efecto seriamente perverso: establecer pivotes para una interpretación que postule una noción muy estrecha de *eventus damni*, cuando la evolución de este concepto, como ha enseñado NICOLÒ,

<sup>39</sup> José León Barandiarán. Exposición de motivos y comentarios al Título Preliminar. En: Aavv. Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Compilación de Delia Revoredo De Debakey. T. IV. Lima: Studium, 1985, p. 26.

<sup>40</sup> Juan Antonio Fernández Campos. Op. cit. p. 80.

ha generado su amplificación. No podemos retroceder en el tiempo y defender una noción restringida de *eventus damni*, que termine siendo demasiado exigente con el acreedor que pretende valerse de la acción pauliana.

Por mi parte, prefiero subrayar que el artículo 195 del Código Civil peruano en modo alguno autoriza, expresamente al menos, a sostener que la acción pauliana tenga un perfil excepcional. El ordenamiento nacional no exige, como requisito de tal acción, la verificación de que el acreedor no tenga otro modo de cobrar el crédito. Puede tenerlo, pero si el mismo es “difícil”, la acción pauliana debe prosperar.

Así las cosas, soy del parecer de que es preferible que la acción pauliana sea caracterizada en función de su finalidad u objetivo, dejando de lado su hipotético atributo de excepcional, que ni siquiera base legal parece tener. En este sentido, NICOLÒ ha precisado, contra lo sugerido alguna vez en nuestro medio<sup>41</sup>, que la acción revocatoria, antes que una excepción, es una “atenuación” del principio de responsabilidad patrimonial, que deriva de la exigencia de tutelar al acreedor frente a comportamientos del deudor que puedan resultar perjudiciales. En tal sentido, el objetivo de la acción pauliana es “asegurar a favor del acreedor el futuro éxito de la acción ejecutiva”<sup>42</sup>, misma que puede verse comprometida por ciertos actos de disposición del deudor, lo que explica que la acción revocatoria tenga una naturaleza “cautelar o conservativa” de amplio alcance<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> Leysser LEÓN HILARIO. *La responsabilidad civil. Lineamientos fundamentales y nuevas perspectivas*. 2ª Edición. Lima: Jurista Editores, 2007, p. 74: “el indicio más claro de la vigencia del principio general de la responsabilidad patrimonial del deudor, entre nosotros, es la regulación de la acción revocatoria (...)”. La acción pauliana podría ser vista como una excepción, pero no como una manifestación de la regla general responsabilidad patrimonial del deudor. En efecto, esto sólo podría afirmarse si la acción pauliana tuviera como efecto que los bienes materia del acto impugnado regresasen al patrimonio del deudor, cosa que no ocurre en absoluto. Todo lo contrario, en virtud de la acción revocatoria, responderán bienes que no pertenecen al deudor.

<sup>42</sup> Rosario Nicolò. Op. cit. p. 2.

<sup>43</sup> Rosario Nicolò. Op. cit. p. 3.

#### 5.4 Un lugar con extraños “especímenes”, el caso de la expectativa y del patrimonio familiar:

Precisamente tener claro el objetivo de la acción pauliana puede ayudarnos también a determinar la presencia del *eventus damni* en casos concretos. Voy a demostrar esto haciendo una referencia crítica a la postura que considera atendible la acción pauliana que tiene por objeto la expectativa del deudor, así como la sentencia en casación sobre el patrimonio familiar. De esta manera pondré fin al presente ensayo.

ROCA ha sostenido que el criterio consagrado en la ya referida CAS. N° 5249-2006-EL SANTA es aceptable, de tal manera que si se realiza un acto de disposición en virtud del cual el deudor pierde una expectativa sobre un bien inmueble, el acreedor puede interponer la acción pauliana para impugnar tal acto. Dice ROCA:

“Esa expectativa, así como los derechos del deudor, componen su patrimonio, por lo que una disminución de ello, puede conllevar al perjuicio pauliano, lo que trae como efecto que los acreedores ejerzan la acción pauliana, a efectos de reintegrar el patrimonio; es decir, a reintegrar la expectativa y los derechos al nivel en que estaban antes del acto de disposición”<sup>44</sup>.

De esta manera, ROCA hace suya la opinión que expusiera hace algunos años Jesús VÁSQUEZ VIDAL, otro joven investigador sanmarquino, en un valioso ensayo dedicado justamente a la sentencia en mención.

Según VÁSQUEZ, “al ser la expectativa una fase en el desarrollo de un derecho, los acreedores están legitimados a promover la acción revocatoria contra cualquier negocio jurídico celebrado por la sociedad (sea una enajenación, una renuncia de derechos o la constitución de alguna garantía) que pueda perjudicar la adquisición de los futuros gananciales en la esfera jurídica personal del deudor-cónyuge”<sup>45</sup>. Poco antes el autor precisó

<sup>44</sup> Oreste Roca Mendoza. Ineficacia de los actos del deudor por fraude a los acreedores. Cit. p. 188.

<sup>45</sup> Jesús Vásquez Vidal. La acción revocatoria o pauliana versus los actos de disposición sobre bienes sociales. En: Actualidad Jurídica. N° 186. Lima: Gaceta Jurídica, mayo de 2009, p. 97.

que si bien “esta solución ha sido criticada por ineficiente, ya que en la práctica muy pocos o casi ningún beneficio reporta al acreedor, fundamentalmente porque después de liquidar la sociedad quizá no quede ningún bien o por las dificultades administrativas (Indecopi) o judiciales que implica poner fin al régimen de gananciales, consideramos que no es el lugar ni tampoco nuestro propósito profundizar sobre este tema. En todo caso, lo que nos interesa señalar es que nuestros tribunales consideran plenamente viable el embargo de los *derechos expectaticios* del cónyuge sobre los gananciales como un mecanismo para proteger el derecho de crédito”<sup>46</sup>.

Tengo que discrepar de nuevo: *el eventus damni* no puede ser analizado, como pretende VÁSQUEZ, sin considerar el objetivo o finalidad de la acción pauliana. Veamos:

Nótese que la acción pauliana no hará que la propiedad sobre el bien reingrese al patrimonio de la sociedad de gananciales. De esto se deduce que el bien del cual se ha dispuesto no podrá formar parte de la liquidación de dicha sociedad, por lo que jamás podría ser parte del proceso de ejecución para satisfacer el derecho del acreedor. Resultaría imposible que se realice una liquidación “hipotética”, esto es que en la liquidación de la sociedad de gananciales se asuma que el derecho de propiedad sobre el que se dispuso todavía le pertenece, aunque jurídicamente ya no sea así. Entonces ¿qué sentido puede tener amparar una acción pauliana en estos casos?

No se puede decir que la acción pauliana debe ser amparada y, al mismo tiempo, afirmar que muy posiblemente la ejecución para realizar el crédito quedará frustrada de todos modos. Amparar una acción pauliana necesariamente requiere la previa constatación del *eventus damni*, cosa que, a su vez, importa analizar las posibilidades de frustración de la ejecución para realizar el derecho del acreedor. La acción pauliana trata de evitar esa frustración, pero si la misma resulta inevitable, parece indiscutible que la acción pauliana carecería de objeto.

<sup>46</sup> Jesús Vásquez Vidal. Op. cit. p. 96.

ROCA, siguiendo a VÁSQUEZ, señala que esto “no se debe traducir en que los acreedores estén protegiendo la expectativa sobre gananciales, ya que no lo hacen por proteger la expectativa del deudor (que por cierto él con su voluntad la ha disminuido conscientemente), sino proteger su crédito”<sup>47</sup>. Pero si la ejecución efectiva de la expectativa es inviable ¿de qué protección puede hablarse? ROCA y VÁSQUEZ debieron- necesariamente- haber demostrado que la ejecución es perfectamente viable, para así dejar sentado que la acción pauliana tiene sentido. No parece que se pueda aceptar sacrificar la plena eficacia de un negocio jurídico a cambio de prácticamente nada en favor del acreedor.

Dicha demostración parece una tarea bastante complicada. En alguna ocasión un Juez pretendió ejecutar el embargo sobre expectativas ¿Cuál fue el resultado de semejante proceder? Una destitución que hizo noticia. Pese a la “brusca” forma en que se procedió a dicha ejecución, tal suceso revela los problemas que apareja la ejecución de un embargo sobre “derechos expectaticios”<sup>48</sup>.

Supongamos que el principal activo patrimonial de un deudor son unas acciones que tiene en una empresa de mediana envergadura ubicada en algún país del este europeo. Qué ocurre si el deudor dispone de tales acciones ¿Hay *eventus damni*? Pues aquí puede decirse que la configuración del patrimonio del deudor, en buena cuenta, no ha sufrido variación sustancial de ningún tipo, porque un activo de ejecución harto difícil ha salido de su patrimonio. Acá da la mismo que tal activo se encuentre dentro como fuera del patrimonio. Lo mismo cabe decir en relación a una expectativa, que como tal es de ejecución prácticamente imposible.

Finalmente, en relación a la CAS N° 2150-98-LIMA, sobre el patrimonio familiar, de inmediato hay que relieves que hoy en día parece un despropósito mayúsculo

<sup>47</sup> Oreste ROCA MENDOZA. *Ineficacia de los actos del deudor por fraude a los acreedores*. Cit. pp. 188 y 189.

<sup>48</sup> Resolución del Consejo Nacional de la Magistratura N° 093-2010-PCNM, de fecha 25.02.2010, considerando décimo segundo en adelante.

pretender impugnar, vía acción pauliana, la constitución de un patrimonio familiar. Y es que tal patrimonio, según establece el inciso 2 del artículo 648 del Código Procesal Civil, es inembargable, razón por la cual no puede ser materia de ningún procedimiento concursal para satisfacer el derecho de algún acreedor, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 14.1 de la Ley General del Sistema Concursal ¿Qué razón hay, entonces, para plantear la acción pauliana? En este caso, la acción pauliana carecería de objeto.

Alguien podría sostener que de lo que se trata es de hacer inoponible la constitución del patrimonio familiar frente al acreedor, no negar la existencia del patrimonio familiar. Un argumento como este, empero, no es contundente. Si la constitución del patrimonio familiar es válida y eficaz, se entiende que no puede ser materia de embargo en ningún caso, de manera que no debe admitirse la acción pauliana en su contra. Si así fuese, tendríamos que el patrimonio familiar, contrariamente a su esencia, podría ser materia de embargo en algunas ocasiones. Además, se admitiría una causal de cese de la condición de beneficiario del patrimonio familiar que no está prevista en el artículo 498 del Código Civil. De igual forma, se generaría una causal de extinción del patrimonio familiar no contemplada en el artículo siguiente. No parece que se pueda traicionar de este modo la esencia del patrimonio familiar, que aspira a una protección que puede catalogarse como jurídicamente “inexpugnable”. Por tal razón, un autorizado estudioso del tema ha sentenciado que el inmueble que constituye un patrimonio familiar “nunca” es embargable, sólo sus frutos conforme lo establece el artículo 492 del Código Civil<sup>49</sup>.

Pienso, sin embargo, que el argumento más contundente contra la idea de considerar que la acción pauliana puede atacar un acto de constitución de patrimonio familiar se encuentra en el artículo 494 del Código Civil. Creo que una lectura saludable de esta norma nos lleva a la conclusión de que la constitución de un patrimonio familiar presupone que no exista “perjuicio” al acreedor. Si así fuese, tal constitución sería inválida, por la ausencia del requisito esencial. El acreedor perjudicado debería plantear una cuestión de validez<sup>50</sup>, pero no una acción pauliana.

No niego que varias interrogantes quedan sin respuesta, y es que queda mucho en el tintero. Además recuérdese que mi finalidad era solamente llamar la atención sobre la *terra incognita*. Sin embargo, confío en que lo plasmado en este trabajo pueda ayudar a menguar la desatención que padece el elemento clave de la acción pauliana a nivel local. Aunque si logra contribuir con un granito de arena al esclarecimiento de los temas involucrados, ya me daré por satisfecho.

<sup>49</sup> Héctor CORNEJO CHÁVEZ. *Derecho Familiar Peruano*. 10ª edición T. II. Lima: Gaceta Jurídica, 1999, p. 657.

<sup>50</sup> Y aquí surge, claro está, otra interrogante ¿se trata de nulidad o anulabilidad? Me dispensará el amable lector o lectora, pero no es este lugar para tratar de ensayar una respuesta adecuada a tal interrogante.