

b) *Derecho de retención*.—En ocasiones la ley otorga al acreedor que detenta una cosa ajena que fuere causa o motivo del crédito mismo, la facultad de retener aquélla en tanto dicho crédito no sea satisfecho. Es éste el llamado *ius retentionis* (1) que se confiere ordinariamente para garantizar el crédito por los gastos hechos en la cosa, por las mejoras hechas en ella o por los perjuicios que la cosa causó a quien está obligado a realizarla; representa una importante garantía del acreedor a quien se asegura la satisfacción de su crédito con medios muy análogos en eficacia al de la prenda.

Esto ha hecho afirmar a algunos que éste era un derecho real verdadero y propio, aunque con caracteres distintos de los que ofrecen los derechos reales de prenda y de hipoteca. Pero de un modo absoluto no puede sostenerse que sea siempre un derecho real ni tampoco que sea un derecho meramente personal. Surge

22 de Abril de 1920, n. 516, que crearon varios privilegios especiales para favorecer el crédito agrario; la del Decreto-ley de 15 de Julio de 1915, n. 1.153, que amplifica o extiende el privilegio especial inmobiliario concedido al Estado por los créditos por contribución territorial a los créditos del mismo por el impuesto sucesorio y también sobre los inmuebles que el deudor posee; la del Decreto-ley de 26 de Mayo de 1918, n. 723, que para facilitar el crédito a las cooperativas de consumo establece en favor de la institución mutuante un privilegio especial (que sigue inmediatamente al concedido al Estado por el art. 1.958 del Código civil) sobre las mercancías adquiridas con las sumas prestadas; la del Real decreto de 24 de Noviembre de 1919, n. 2.162, que extiende el privilegio establecido por el art. 1.958 del Código civil a la percepción del impuesto debido por el ejercicio del comercio, industria, arte, profesión sobre los bienes muebles que utiliza el contribuyente en el ejercicio de aquellas actividades y sobre los objetos que se hallen en su habitación.

(1) Grosskopff, *Zur Lehre von Retentionsrechte*, Oldenburg, 1858; Cabrye, *Du droit de rétention*, París, 1860; Glasson, *Du droit de rétention*, Strassburg, 1862; Cuillouard, *Traité du droit de rétention*, París, 1895; Semeraro, *La dottrina dell'ius retentionis*, Roma, 1875; Manaresi, *De iure retentionis* (*Arch. Giur.*, XXXIII, 1884, páginas 172 y siguientes); Guarra-cino, *Il diritto di ritenzione nella legisl. it.*, Nápoles, 1884; Ramponi, *Il diritto di ritenzione nelle leggi. it.*, Florencia, 1898; Venzi, en *Pacifici Ist.* III, 2, páginas 362 y siguientes; Ricca-Barberis, *Le spese sulle cose immobili e il loro risarcimento*, páginas 238 y siguientes, Turín, 1914.

como un medio de defensa contra la acción real del propietario o contra la personal de aquel a quien la cosa deba ser restituída, y se funda en el principio de la buena fe que exige que quien demande la cosa satisfaga a su poseedor el crédito generado por ella o con ocasión de ella (*exceptio doli*) y la excepción en cuanto autoriza a rehusar la restitución de la cosa funciona en cierto modo con eficacia real. Pero esto no basta para considerar el derecho de retención como un derecho real. La *realidad* de un derecho implica que éste pueda oponerse *erga omnes*, es decir, a los terceros, y si bien esta intensa eficacia la posee tal derecho en algunos casos, carece de ella en otros, y por ello y en principio el derecho de retención debe considerarse como un derecho personal, aunque en determinados casos ofrezca los caracteres de los derechos reales (1).

Supuestos de este derecho son: 1) que la cosa se detente, de lo que se deduce que si la cosa se pierde por una causa cualquiera, la garantía desaparece por desaparecer el fundamento natural, en el que la retención reposa; 2) que entre el crédito por el cual se hace valer la *retentio* y la detentación de la cosa haya una cierta conexión, o sea un nexo tal que permita afirmar que el crédito se generó por causa o con ocasión de la cosa, de lo cual deriva que éste se considera como la natural garantía de aquél.

La *retentio* se concede en nuestro derecho por vía general para la más intensa tutela de la buena fe, al poseedor de buena fe por las mejoras hechas y subsistentes en los bienes poseídos (artículo 706). Corresponde, además, al coheredero que hubiere

(1) La cuestión (que no carece de efectos prácticos) revela la necesidad que tiene esta materia de una más amplia regulación legislativa, la cual para mayor seguridad del crédito debe orientarse en el sentido de dar a tal derecho el carácter de privilegio real y resolver la debatida cuestión de sus límites de aplicación. Sobre la realidad o personalidad del *ius retentionis*, véase Ramponi, *Il dir di ritenzione*, Florencia, 1898, I, páginas 23 y siguientes, 274 y siguientes; Montessori, *Il dir di ritenz. nella materia comm.*, Milano, 1909 n. 19 y siguientes; De Feo, *Il dir. di ritenz come pegno legale*, en *Giur. it.*, 1916, IV, páginas 65 y siguientes; Talassano, *Sul dir. di rit. legale*, en *Dir. comm.*, 1919, páginas 343 y siguientes.

conferido un inmueble hasta el reembolso de las sumas que le fueren debidas por gastos y mejoras (art. 1.023); al comprador con pacto de retro por restitución del precio, gastos, mejoras y de todo pago legítimo verificado en la compra (art. 1.528); al depositario hasta obtener el pago íntegro de todo lo que le es debido por el depósito mismo (art. 1.863); al acreedor anticrético hasta el pago total del crédito (art. 1.893). Fuera de estos casos no se concede tal derecho ni podría extenderse a otros por analogía. Contra los que defienden tal extensión basta con observar que el *ius retentionis* constituye una defensa extraordinaria y excepcional del crédito y debe impedirse que pueda recurrirse a ella fuera de los casos en los que la ley la autoriza expresamente.

c) *Pena convencional*.—La convención accesoria que las partes añaden frecuentemente a otra obligación (principal) para asegurar el cumplimiento de la misma o con la cual se promete una prestación especial a cargo del deudor para el caso de incumplimiento o de mero retardo, se llama *pena convencional* o *clausula penal* (1). Suelen decir algunos que su función es una determinación preventiva, una liquidación anticipada de los daños que pueden derivar al acreedor por el incumplimiento o la mora del deudor. Otros observan que su función es doble: la de la preventiva liquidación de los daños y la de robustecimiento del vínculo obligatorio en cuanto que, conviniendo una pena-

(1) El uso de las cláusulas penales conocidas ya en Derecho romano, fué muy amplio en el Derecho provincial y en la Edad Media. Y no solamente en los contratos, sino también en los testamentos: las disposiciones testamentarias *poenae nomine*, conocidas en el Derecho romano, tienen por objeto constreñir a la persona del heredero o legatario a realizar un determinado acto con la amenaza de un perjuicio patrimonial. Véase Marchi, *Le disp. test. a titolo di pena* (*Bull. Ist. dir. rom.*, XXI, páginas 5 siguientes); Longo, *Le disp. testamentarie in forma di pena* (en *Studi per Fadda*, IV, páginas 159 y siguientes). Para la historia de las cláusulas penales en general a más del trabajo de Bertolini, antes citado, véase Loening, *Ursprung und rechtl. Bedeutung der den altdeut. Urkunden enthaltenden Strafklauseln*, 1875; Siörger, *Ueber die röm. conventionalstrafe und die Strafklauseln der frank. Urkunden*, Berlín, 1896; Berger, *Die Strafklauseln in den Papyrusur.*, Leipzig, 1911.

lidad a cargo del deudor en el caso de incumplimiento o retraso, se estimula mediante la amenaza de una mayor responsabilidad la diligencia y puntualidad del obligado. Esta última opinión parece ser más fundada, ateniéndonos a los artículos 1.209 y 1.212, ya que al declararar el primero que «la cláusula penal es aquella con que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se obliga a alguna cosa en el caso que no cumpla o retarde la ejecución», pone de relieve una de las dos funciones (garantía), y el art. 1.212 evidencia la otra (liquidación de los daños) al definir la cláusula penal como «compensación de los daños que sufre el acreedor por el incumplimiento de la obligación principal».

Lo cierto es que dicha cláusula tiene conceptualmente siempre el mismo fin y una sola función: reforzar el vínculo ofreciendo al acreedor un medio más intensamente eficaz que la acción derivada del crédito simple, es decir, desprovisto de la cláusula penal; la mayor intensidad de la eficacia de este medio consiste en la amenaza hecha al deudor de agravar su responsabilidad ordinaria si no cumple exacta y puntualmente su obligación. La idea de pena que integra la designación de la convención excluye que desde este punto de vista conceptual la función de determinación y liquidación preventiva de los daños puede considerarse como única, autónoma y exclusiva de tal cláusula e implica, por el contrario, que las partes al estipularla superaron la ordinaria medida que en caso de incumplimiento o de retraso serviría de norma al Juez para liquidar los daños. El hallarse contenida en la pena convencional la preventiva liquidación de los daños es consecuencia del fin a que tiende dicha pena, pues la penalidad por incumplimiento o retraso absorbe en sí el daño correspondiente. Pero esta consecuencia puede faltar si la intención de las partes, que es siempre decisiva, fué la de estipular la pena como *añadido* a los daños provenientes del incumplimiento o del retraso; si, por el contrario, la cláusula nada contiene que no sea la normal liquidación de los daños, sólo *nominalmente* será pena convencional, no de hecho (1).

(1) Nauenfeldt, *Ist die conventionalstrafe ihrem Grundprincipe nach*

La cláusula penal, como ya se dijo, puede estipularse para el cumplimiento o de mero retardo; es, como también se indicó ya una obligación accesoria cuya prestación se añade a la prestación de la obligación principal. Esto en rigor implicaría como consecuencia lógica que, verificado el hecho previsto, el acreedor pudiese exigir una y otra prestación; pero como quiera que esta conclusión no parece conforme a la justicia porque implicaría el derecho en el acreedor a una doble prestación, y además el elemento decisivo es la intención de las partes, dicha consecuencia experimenta ciertas modificaciones. Si, en efecto, la pena fué convenida para el caso de retardo, como se supone que representa los daños que derivan de la mora, el acreedor en esta hipótesis podrá exigir la prestación principal y la pena. Pero si se estipuló para el caso de incumplimiento, habrá que indagar si la pena contiene o no la liquidación de los daños y si el cumplimiento es posible; pueden las partes haber querido reservar al acreedor la facultad de exigir alternativamente el cumplimiento (y si éste no es posible, el resarcimiento del daño) o la pena; pueden acumular ésta a aquél en forma que el acreedor pueda exigir ambas prestaciones. No es, pues, una norma sin excepción la establecida por el art. 1.212: «El acreedor no puede exigir al mismo tiempo, la prestación principal y la pena cuando no hubiere estipulado ésta para el simple caso de retardo». La norma del art. 1.211 se establece para el caso de cumplimiento aún posible y de una pena que pueda compensar todo el daño derivado del incumplimiento: «El acreedor puede exigir del deudor moroso el cumplimiento de la obligación principal en lugar de la pena estipulada».

En cuanto a las causas y al momento de incurrir en la pena, a la función de ésta en relación con la obligación principal y a los poderes del Juez, habrá que decir:

Straf Oder Ersatzleistung?, Berlín, 1885; Venzi, en *Pacifici Ist.*, IV, página 416, y Manns, *Von der conventionalstrafe*, 1876, Pergament, *Conventionalstrafe un Interesse*, 1896; Bertolini, *Teoria generale della pena convenzionale secondo il dir. rom (St. e doc. di st. e. dir, XV)*; Paternó, *Pena convenzionale* (en *Enc. Giur.*).

1) Que se incurre en la pena en el momento en que surgiría en el acreedor la acción por resarcimiento y por las mismas causas que generan esta acción. Será preciso, pues, el incumplimiento imputable al deudor y la mora en el *solvere*. Si la obligación tiene por objeto un *non facere*, incurre en ella el deudor inmediatamente que, infringiendo éste la obligación, realice el acto prohibido (art. 1.221); si consiste en un *facere* o en un *dare*, apenas transcurre el término dentro del cual la prestación deba cumplirse cuando se hubiera fijada un término, y si éste falta precisará la constitución en mora (art. 1.213).

2) Si se da la causa el deudor vendrá obligado sin más a prestar la pena; el acreedor no tiene que probar la existencia del daño ni el deudor podrá librarse de prestarla ni pedir que sea reducida, sosteniendo que no hubo daño o que éste fué menor que el previsto.

3) Al Juez no se concede la facultad de reducir la pena, a no ser que la obligación se hubiere cumplido parcialmente; de este modo, resolviendo una antigua discusión, el art. 1.214 no prohíbe el pacto en cuya virtud las partes convinieren la prestación total de la pena aun cuando la obligación hubiere sido incumplida sólo en una parte mínima.

4) Dado el caso de varios sucesores del deudor y de una infracción de la obligación por parte de uno o varios de aquéllos, decide en orden a la división de la pena el carácter divisible o indivisible de la obligación principal (artículos 1.215 y 1.216).

5) Y, finalmente, del carácter accesorio de la cláusula con respecto a la obligación principal deriva la norma del art. 1.210, según la cual la nulidad absoluta (1) de esta última implica la nulidad de la cláusula penal; en cambio, la nulidad de ésta no afecta para nada a la validez de aquélla.

6) *Arras* (2) De las dos principales funciones que las arras

(1) Sólo cuando se trata de esta nulidad no de otra que, dejando subsistente en el deudor su obligación subsidiario de resarcir el daño justificaría la pena convencional en su función de garantía. Venzi, en *Pacifici Ist.*, IV, páginas 418-419.

(2) Jagemann, *Die Daraufgabe Arrha*, Berlín, 1873; Sarfatti, *Capa-*

cumplen y de las dos distintas figuras que a éstas corresponden (arra confirmatoria y arra *poenitentialis*) aquí se toma en consideración solamente la promesa porque constituye un medio de reforzar el vínculo obligatorio; la otra, como acertadamente nota Windscheid (1), significa más bien una debilitación. Arras es lo que al celebrar un contrato una parte da a la otra con la intención de perderla en beneficio del accipiente si la condición no se cumple; es una caución por el resarcimiento del daño en caso de incumplimiento y al mismo tiempo una señal o signo de haberse celebrado la convención, pudiendo también constituir un principio de ejecución. Son éstas las arras llamadas confirmatorias, que algunos incluyen en el concepto de la pena convencional presentándola como una especie de ésta. Se contrapone esta especie de arras a la llamada *arra poenitentialis*, la cual presupone que las partes se hubieren reservado la facultad de rescindir el contrato y significa la pena por esta rescisión. Ahora bien, como suele ocurrir que al pactar las arras las partes no determinen su función concretamente, el Código sienta la regla de que, en la duda, deben las arras presumirse confirmatorias. «Cuando no resulte ser otra la voluntad de los contrayentes, lo que se da anticipadamente al celebrar un contrato se considera como caución por el resarcimiento de daños, en caso de incumplimiento del mismo, y se llama arras» (art. 1.217). Habrá, pues, que excluir el derecho de rescisión y admitir siempre en la otra parte el derecho a exigir el cumplimiento del contrato, por lo cual es evidente que ésta deberá restituir las arras cuando el contrato se cumpla, a no ser que la cosa recibida se impute en la prestación. Pero la parte no culpable puede preferir el incumplimiento; en tal caso retendrá las arras recibidas y si fué ella quien las dió podrá exigir el doble de lo dado (art. 1.217, párr. 1.º).

II. *Medidas conservativas.*—Si en un sentido muy amplio,

arra (en *Enc. Giur.*); Senn, *La dation des arrhes* (*Nouv. rev. hist.*, XXXVII, 1913, páginas 575 y siguientes); Calogiron, *Die Arrha im vermögensrecht*, Leipzig, 1911. Sobre el arra penitencial, Carusi, *Sul fr. 38 del libro del dir. siro-rom.* (*Bull. Ist dir. rom.*, XXVIII, pág. 261).

(1) *Pand.*, II, 1, § 352. pág. 264.

en las medidas conservativas que el acreedor está autorizado a adoptar para conservar y asegurar la eficaz actuación de su crédito pueden incluirse todos los remedios encaminados a mantener aquél en vigor (como el exigir el reconocimiento del título, realizar actos interruptivos de la prescripción), en un sentido más riguroso deben considerarse tales sólo aquellos medios que tienden a mantener íntegro el patrimonio del deudor; impedir que valores integrantes de éste salgan del mismo, o que valores a él debidos no entren en él por negligencia o dolo del deudor; bienes éstos que constituyen la garantía del acreedor. A este fin se otorgan al acreedor por la ley facultades para exigir el poner sello a los objetos en el acto de la apertura de la sucesión del deudor (Código de Procedimiento civil, art. 848, núm. 4); la separación del patrimonio del deudor difunto del heredero (Código civil, artículos 1.032, 2.054 y siguientes); de intervenir en la división de bienes en que participa el deudor y de oponerse a la que se verifique sin su concurso (artículos 680 y 987); de intervenir en el juicio de caducidad por abuso que el nudo propietario intente contra el usufructuario (art. 516), y, por vía general, de intervenir en todo juicio incoado contra el deudor para impedir fraudes y eventuales daños a sus acreedores.

De entre todos estos medios, dos merecen más detenido examen por su notable importancia: uno, consistente en subrogarse el acreedor en el lugar del deudor para ejercitar los derechos y acciones que a este último corresponden cuando el deudor, descuidando su ejercicio o protección, atente a un mismo tiempo a la integridad de su patrimonio y a la garantía que el mismo representa para sus acreedores (*acción subrogatoria*); el otro, consistente en hacer anular los actos de disposición fraudulentamente realizados por el deudor en perjuicio de sus acreedores (*acción revocatoria*).

a) *Acción subrogatoria* (1).—Las múltiples dudas que susci-

(1) Labbé, *De l'exercice des droits du débiteur par son créancier* (*Rev. crit. de legisl. et jur.*, 1856, páginas 208 y siguientes); Bonnier, en *Rev. prat.*, I, páginas 97 y siguientes; Ferrara F., *Natura giur. dell'az. subrogatoria* (*Foro it.*, 1904, páginas 1.401 y siguientes); Cantoni, *L'az. su-*

ta en cualquiera de sus puntos la doctrina relativa a esta acción, se reducen todas en esencia a las que origina la naturaleza y funciones de la misma en nuestro Derecho.

«Los acreedores—declara siguiendo al Código francés, artículo 1.166—, el art. 1.234 para la consecución de lo que se le debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones del deudor, excepto aquellos que son inherentes a su persona». Nada añade el Código a esta declaración; no se sabe, por tanto, si aquel fin («para la consecución de lo que se le debe»), que el art. 1.234 designa como propio de la acción que estudiamos, es un fin directo e inmediato o un fin indirecto y mediato o futuro de aquélla. Según sea el carácter del fin que le es atribuido, cambia, en opinión de algunos, la naturaleza y funciones de la acción y también los requisitos que para su ejercicio se exigen. Afirman los más que la facultad de ejercitar las acciones y derechos correspondientes al deudor desempeña una función *conservadora*, tendiendo y limitándose a impedir que el patrimonio del deudor mengüe o no aumente por la inacción de su titular, que descuida la protección de sus créditos y el ejercicio de sus acciones. Dicen otros, invocando especialmente los precedentes históricos de la acción (que encuentra su primer germen en el *pignus in causa iudicati captum*, pero su inmediato precedente en el antiguo Derecho francés), que su función es solamente ejecutiva, porque más bien que perseguir el reingreso en el patrimonio del deudor de cuanto les corresponde, tiende a realizar el crédito del acreedor, a conseguir directa e inmediatamente este último, lo que le es debido mediante una apropiación de aquellos bienes y valores que el deudor, de otro modo, hubiera dejado perder para sí y para sus acreedores.

Si esta tesis fuese cierta, el estudio de tal acción no sería de este lugar, si no que correspondería al estudio de los medios de

rrogatoria, en *dir. civ. it.*, Milano, 1908, y en *Riv. dir. comm.*, V, 1907, páginas 43 y siguientes; Zucconi, *L'origine storica dell'az. surrogatoria sur* (*Riv. dir. civ.*, II, 1910, páginas 749 y siguientes), *Natura ed effetti dell'az. rrogatoria* (*Foro it.*, 1913, I, páginas 560 y siguientes), Rotondi, *Azione surrogatoria* (en *Cod. civ. ann.*, III, páginas 342 y siguientes).

ejecución. Pero tampoco la primera opinión es del todo exacta. Lo cierto es que la acción subrogatoria realiza ambas funciones según se limite a conservar íntegro el patrimonio del deudor, haciendo reingresar en él bienes abandonados por su titular, y sobre los cuales actuará más tarde ejecutivamente o vaya más allá e implique la apropiación inmediata de tales bienes por el acreedor, que, sin hacerlos reingresar previamente en el patrimonio del deudor, los adquiere inmediatamente, satisfaciendo así su crédito. En la segunda hipótesis, su función conservadora queda como absorbida en la ejecución inmediata y directa del deudor; los dos momentos de la conservación del patrimonio para que el acreedor consiga lo que le es debido y el de esta consecución misma se unifican, sin que no obstante (por lo menos conceptualmente), el primero desaparezca, hallándose más bien en la relación de medio a fin.

En su doble función, la subrogatoria constituye un eficaz remedio contra la inacción del deudor, que, procediendo así por malicia o negligencia, atenta no sólo a sus propios intereses, sino también a los del acreedor. Este, sustituyéndose a aquél, protege en los créditos del deudor los propios créditos, obra como representante del deudor (*nomine debitoris*) y ejercita los derechos y acciones que corresponden al deudor en su propio interés.

Las condiciones en que la acción subrogatoria es concedida son: 1) una maliciosa y negligente inacción del deudor, cuya intensidad deberá valuarse en cada caso, pero que debe tener una cierta gravedad en cuanto amenace los derechos y acciones del acreedor, sin que pueda consentirse a éste intervenir arbitraria e intempestivamente en el caso de un leve descuido del deudor en proteger los créditos y acciones de su patrimonio; 2) un interés del acreedor, es decir, además de la existencia de un crédito (el cual puede no ser actualmente cierto y exigible), un razonable temor de insolvencia; y comoquiera que no se prescribe la previa excusión de los bienes del deudor, deberá excluirse la subrogación cuando el patrimonio del deudor ofrezca suficiente garantía; 3) un derecho o una acción del deudor contra tercero, que

represente o sea susceptible de transformarse en un valor patrimonial, apropiable actualmente o en el futuro por el acreedor.

Este último requisito da lugar, más que otro alguno, a dificultades más bien teóricas que prácticas para designar en una fórmula única los derechos y las acciones que no dan lugar a la subrogación. Excluida, en efecto, la posibilidad de que el acreedor sustituya al deudor en todas sus actividades, aunque sean éstas de carácter patrimonial (lo cual transformaría la garantía otorgada al acreedor en una invasión arbitraria de la esfera de actividad ajena), y admitiendo que la subrogación procede en el ejercicio de derechos y acciones de contenido y carácter patrimonial, no sirve mucho para determinar cuáles sean los derechos y acciones no susceptibles de la subrogatoria la frase del artículo 1.234, «derechos que son exclusivamente inherentes a la persona del deudor». Inherentes a la persona son todos los derechos familiares (por ejemplo, acción de desconocimiento de la prole, acción de separación conyugal, de nulidad de matrimonio, de reclamación de estado), y, sin embargo, entre ellos hay algunos que pueden ejercitar los acreedores (por ejemplo, acción de desconocimiento o de reclamación de estado cuando ofrecen un contenido patrimonial). No se diga tampoco que todos los derechos patrimoniales son susceptibles de subrogación, porque muchos que no se transmiten a los herederos no pueden tampoco ejercitarse por los acreedores, y algunos son transmisibles hereditariamente, y, sin embargo, no susceptibles de ser ejercitados por otros.

La fórmula más aceptada es la que excluye de la subrogación todos aquellos derechos que carecen de valor económico actual y aquellos otros que, en virtud de una disposición de ley o por su naturaleza o fin, sólo pueden ejercitarse por su titular. Otra fórmula excluye todos los derechos no patrimoniales, y, de los patrimoniales, los insecuestrables y aquellos cuyo ejercicio supone la estimación de un interés moral. Entre estos últimos, figuran las acciones por daños derivados de delito contra la persona o la revocación de donaciones por causa de ingratitud, la acción de separación de bienes entre cónyuges.

Se discute también si a los citados requisitos debe añadirse el de una previa autorización judicial para que el acreedor pueda ejercitar las acciones que al deudor corresponden. Del silencio del art. 1.234 hay que deducir, y se deduce, en efecto, la innecesidad de la misma. A esto suele objetarse, por una parte, que no siendo lícito a nadie hacerse justicia por sí mismo, no podrá el acreedor por su sola voluntad actuar sin ser autorizado previamente por el Juez; por otra, que el art. 949 del Código civil ofrece una prueba de la necesidad de la autorización judicial, porque, según dicho precepto, el acreedor que quiera aceptar una herencia a la que su deudor hubiere renunciado, necesitará la autorización judicial. Pero tales argumentos no son del todo irrefutables; y tampoco es muy convincente la distinción que algunos hacen, según la cual, si la subrogatoria funciona como medida conservadora, no se requerirá para su ejercicio la citada autorización; en cambio, si su función es ejecutiva, habrá que obtener ésta.

Acción revocatoria o pauliana (1).—Cuando la conducta del deudor no consiste en una simple inacción, si no que va más lejos y se traduce en actos dispositivos que disminuyen fraudulentamente su patrimonio en perjuicio de los acreedores.

Surge una nueva forma de tutela preventiva más enérgica aún que la anterior: es la llamada acción revocatoria o pauliana. Dos remedios otorgaba el Derecho romano clásico contra los actos realizados por el deudor en fraude de sus acreedores: la *actio pauliana* y el *interdictum fraudatorium*, cuyas relaciones, desde el punto de vista cronológico y desde el de su eficacia, han sido

(1) Bédarride, *Du dol et de la fraude*, 4.^a ed., 1886; Guillouard, *Étude sur l'action paulienne*, Caen, 1869; Majerini *Della revoca degli atti fraudolenti fatti dal debitore in frodi dei creditori*, con notas de Giorgi, 4.^a ed., Florencia, 1912; Puglia, *Dell'azione pauliana*, Nápoles, 1888; Simoncelli, *Note critiche sull'azione revocatoria* (*Riv. it. p. le Sc. giur.*, V, 1888 páginas 379 y siguientes); Brezzo, *La revoca degli atti fraudolenti*, Torino, 1892; Satta, *Atti fraudolenti in danno dei creditori* (en *Enc. Giur.*); De Palo, *La revocatoria per frode nel rec. studi civil* (Filang, XXIV, 1899, páginas 81, 177, 254 y siguientes); Traviesas, *La acción pauliana* (*Rev. gen. de Legisl. y Jurisp.*, 1920, páginas 97 y siguientes).

objeto de viva controversia por parte de los romanistas. Justiniano los fundió en la acción pauliana, y de ésta deriva la moderna acción revocatoria de que se habla en el art. 1.235 (1).

«Pueden también los acreedores impugnar en su propio nombre los actos que el deudor pueda realizar en fraude de sus crédito» (Código de Comercio, arts. 707-711).

Su fundamento es el derecho que a todo acreedor compete de evitar la disminución de su garantía constituída por los bienes todos del deudor. Pero ¿cuál es su naturaleza y su fin? La acción revocatoria justiniana (abstracción hecha de los caracteres especiales de los dos remedios que intervínieron en su formación), reconoció su fundamento en el hecho delictivo de la *fraus creditorum*; la obligación del tercero, demandado con la pauliana, nacía *ex delicto*, porque el delito consumado mediante el fraude, era que el pretor pretendía castigar por la introducción

(1) Schey, *Zur Geschichte der actio pauliana und des interdictum fraudatorium* (Sav. Stift, XIII, páginas 120 y siguientes); Bellavite, *L'azione pauliane del dir. rom.*, Padova, 1881; Serafini, *Della revoca degli atti fraudolenti*, Pisa, 1887-9; Lenel, *Edictum perpetuum*, §§ 225, 268; *Die Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners im Klass. röm. Recht*, Leipzig, 1903; Leoni, *L'actio Pauliana nel dir. rom.* (Arch. giur., XV, páginas 222 y siguientes); Solazzi, *La revoca degli atti fraudolenti* (St. edoc di St. e dir., XXIII, 1903); *La rev. degli atti fraudolenti del deb. nel dir. rom. class.* (Bull. ist. dir. rom., XV, páginas 127 y siguientes). Según la opinión más difundida, el que primeramente apareció fué el *i fraudatorium*, que debió tener menos amplitud y eficacia que la *a pauliana* aparecida más tarde. Solazzi, en numerosos escritos resumidos en el primero de sus dos trabajos citados, intentó demostrar que la *pauliana* precedió al interdicto, el cual tuvo más amplia esfera de aplicación que aquélla. La *a. pauliana* debió ser en el derecho clásico una acción meramente penal para sancionar el acto delictivo de la *fraus*, cuya represión se operaba no ya rescindiendo el acto fraudulento de la enajenación, sino declarando al *fraudator* responsable del daño. En cambio, el interdicto tenía función rescisoria y restitutoria, revocando los actos fraudulentos y haciendo reingresar en el patrimonio del deudor cuanto por efecto del fraude hubiera salido del mismo. Contra tal construcción se pronunció Lenel, que atribuye a la *a. pauliana* del derecho clásico funciones rescisoria y restitutoria. Una réplica a Lenel se contiene en el segundo trabajo de Solazzi. Sobre el origen del nombre de la acción: Collinet, *L'origine byzantine de la paulienne*, 1919.

de tales remedios. Surgió, así, una responsabilidad directa de todos los partícipes del fraude, consistente en el resarcimiento del daño; consecuencia de tal concepto, era la facultad conferida al tercero de eludir esta responsabilidad, restituyendo cuanto adquirió del patrimonio del deudor. Sobre esta base se fundamenta por los modernos civilistas el remedio consistente en la acción que estudiamos en su estructuración actual. Y, porque, como se dirá más adelante, si el fraude es preciso que se dé en el deudor y en el tercero, cuando se trate de actos a título oneroso, y basta con que se dé en el deudor solamente, cuando el acto es gratuito, porque en tal caso el donatario realizaría con respecto al acreedor un enriquecimiento injusto, se suele invocar un doble principio como fundamento de esta acción: el delito del tercero partícipe en el fraude, el enriquecimiento injusto del tercero que no participó en el mismo. El fundamento jurídico de la acción residiría, pues, en una obligación *ex delicto* o *ex iniusta locupletatione* y su carácter sería el propio de todas las acciones que se dan para obtener el resarcimiento.

Más en armonía con la fórmula del art. 1.235 y sus precedentes, está la teoría que le atribuye carácter y función de acción rescisoria (1). Dirigida a revocar los actos de disposición fraudulentamente efectuados por el deudor, es, o constituye una verdadera impugnación de tales actos y su fin es privarles de eficacia, anulándolos. Y es la ineficacia de la adquisición hecha por el tercero por efecto del fraude del deudor, el fin que persigue la acción que estudiamos, que hace entrar de nuevo en el patrimonio de aquél, cuanto de él salió a consecuencia del acto dispositivo: su fin es la revocación y no la condena al resarcimiento.

Los requisitos necesarios para el ejercicio de la acción revocatoria son los declarados en parte por el art. 1.235 (que mejo-

(1) Por esto, según Solazzi, *Revoca*, pág. 37, la moderna *a. pauliana*, en cuanto tiende a rescindir la adquisición fraudulenta en interés del acreedor perjudicado, reproduciría más bien el contenido del *interdictum fraudatorium*, aunque haya adoptado el nombre del otro de los dos remedios pretorios. Véase, del mismo, *Della natura dell'azione revocatoria* (Legge, 1903, pág. 1.176).

ró y completó el correspondiente art. 1.167 del C. fr.), productos de la doctrina y de la jurisprudencia; pueden agruparse en torno a los cuatro elementos fundamentales: crédito que la acción protege, resultado dañoso, fraude, acto que se impugna.

α) *Crédito*.—Corresponde la acción a todo acreedor, ya sea quirografario o hipotecario y aunque el crédito no hubiera vencido (pero no cuando el crédito se hallare sujeto a condición suspensiva), y le corresponde en su propio nombre en cuanto resulta perjudicado por el acto que impugna. Pero el crédito debe ser de fecha anterior al acto que se impugna, porque solamente en este caso se puede hablar de perjuicio causado por el acto dispositivo fraudulento; el acreedor que hubiere adquirido el crédito después del acto dispositivo, no puede considerarse perjudicado por la enajenación, ya que al surgir el crédito después de aquella, nació ya con su garantía disminuida. Para probar la anterioridad, habrá que atenerse a las normas del sistema de pruebas y en particular a las contenidas en los artículos 1.317 y 1.327, relativas a los documentos públicos y privados.

β) *Eventus damni*.—Para que el acto alienativo sea impugnabile, precisa que haya causado perjuicio al acreedor: tal perjuicio (que es el elemento objetivo) consiste en que el deudor devenga insolvente por efecto inmediato o mediato de aquél acto, en haber disminuído de tal modo su patrimonio, que haga imposible, o cuando menos dudosa, la satisfacción del crédito. Entre el acto impugnado y el daño debe haber, pues, un nexo causal. Quien acciona debe probar la insolvencia y es admitido cualquier medio y no solamente la previa e infructuosa excusión en los bienes del deudor.

γ) *Consilium fraudis*.—Aunque sea perjudicial al acreedor, no será impugnabile el acto dispositivo sino fué realizado con fraude. Se discute mucho entre los autores en qué consiste el *consilium fraudis*. Algunos exigen que en el deudor que enajena exista la intención de perjudicar a los acreedores (*animus nocendi*), privando a éstos de su natural garantía; otros, y son los más, consideran innecesaria en cambio esta intención, bastando en su concepto la conciencia de causar daño. Y esta es la opinión pre-

ferible: la conciencia de causar daño, es decir, la previsión del perjuicio se concreta en el hecho de que el deudor conozca su insolvencia actual o aquélla a que lo reducirá la disposición patrimonial (1). Ahora bien, este elemento subjetivo si es necesario siempre en el deudor, no es exigido siempre en el tercero adquirente; según una distinción admitida ya por el Derecho romano y común, si bien no expresamente formulada por el Código francés, en los actos onerosos al fraude del deudor debe sumarse el del tercero, y en cambio en los gratuitos basta con el fraude del deudor. Así, de modo explícito y aclarando las incertidumbres a que dió lugar el Código francés, el art. 1.235, párrafo 1.º del italiano establece. «Tratándose de actos a título oneroso el fraude, debe concurrir en ambos contrayentes si se trata de actos a título gratuito, basta con que sólo el deudor proceda fraudulentamente.

La razón que generalmente se señala a esta distinción es la diversidad de posición jurídica del adquirente a título oneroso y del adquirente a título gratuito. En el conflicto entre el interés del acreedor y el del donatario debe prevalecer aquél sobre éste porque el acreedor que impugna el acto, tiende a evitar un daño injusto (*certat de damno vitando*), mientras que el donatario se propone conservar un lucro (*certat de lucro captando*); es, pues, justo, que aún cuando éste no sea culpable de fraude, la enajenación gratuita deba ceder ante el interés prevalente del acreedor.

Por el contrario, si al tercero costó la adquisición un cierto sacrificio, su posición es semejante a la del acreedor, ambos luchan por evitar un daño, y cuando el tercero no hubiera procedido fraudulentamente, no hay razón alguna para otorgar preferencia al acreedor. El tercero conservará la adquisición, porque

(1) La oposición entre el *animus nocendi* y la conciencia de perjudicar no es tan clara y neta como puede parecer y creen los propugnadores de ambas doctrinas. Prácticamente ocurre que quien tiene conciencia de la propia insolvencia y, por tanto, de perjudicar, tiene también intención de causar daño: de tal conciencia se puede deducir el *animus nocendi*. Participo en esta materia de las opiniones de Venzi en Pacifici, *Ist.*, IV, pág. 497, n.

en igualdad de condiciones debe ser preferido quien posee; sólo cuando hubiere procedido fraudulentamente también, siendo más fuerte en este caso la posición del acreedor se le autoriza a exigir la revocación (1).

δ) *Actos impugnables*.—El punto más delicado de toda la doctrina es el que concierne a la determinación de los actos impugnables. Para hacer dicha impugnación, los actos deben ser una enajenación patrimonial. Abstracción hecha de los anteriores requisitos (y excluyendo todas las enajenaciones anteriores al crédito no determinantes de la insolvencia o no realizadas con fraude); no todas las enajenaciones autorizan el ejercicio de la acción pauliana, ni es lícito tampoco atribuir a la palabra «enajenación» un significado demasiado restringido. Es enajenación no sólo la transmisión de una cosa o de un derecho a otra persona (2), sino también su abandono por el deudor para que otro pueda adquirirlos, y no sólo se halla protegido el acreedor contra la efectiva y actual disminución del patrimonio del deudor, sino contra todo acto del deudor que tienda a hacer más gravosa la condición económica de aquél, como el contraer obligaciones y otras cargas patrimoniales. Se incluyen consiguientemente las renunciaciones de derechos y constituyen un ejemplo importante la renuncia a la herencia (art. 949); la renuncia a hacer valer

(1) En algunos casos es dudoso, si se requiere, el fraude de ambos contrayentes o basta sólo el del deudor. Así, por ejemplo, en la constitución de la dote, y ello porque hay que decidir previamente si se trata de un acto oneroso o gratuito. Leone, *La costituzione di dote agli effetti dell'art. 1.235* (Filang, 1911, páginas 517 y siguientes).

(2) Se discute si la *datio in solutum* se puede impugnar con la *a. pauliana*. Según algunos, es susceptible de revocación sin más, y según otros lo es solamente cuando el valor de la cosa dada en pago supera el de la obligación que se quiere extinguir. También se muestran divergentes los mantenedores de esta última opinión, admitiendo algunos la revocación sólo por el excedente de valor y otros, en cambio, la total. Butera, *L'azione revocatoria e la datio in solutum* (*Foro it.*, 1918, I, páginas 175 y siguientes); Carnelutti, *Azione pauliana e dazione in pagamento* (*Riv. dir. comm.*, 1917, II, páginas 626 y siguientes); Solazzi, *Consilium fraudis e dazione in pagamento* (*Foro it.*, 1917, I, páginas 404 y siguientes).

la prescripción (art. 2.112) (1). Se discute vivamente si se pueden incluir los actos de mera omisión y los que impiden realizar una adquisición.

El Derecho romano excluía de la pauliana las renunciaciones de adquisiciones futuras (2); e igual principio debe estimarse vigente por la fundamental consideración de que la omisión de una adquisición, aun cuando obedezca a la voluntad de perjudicar a los acreedores, no ataca la integridad patrimonial ni disminuye el patrimonio que el deudor tenía al contraer la obligación y tampoco habría en ella un acto concreto y positivo que hubiera que revocar. En estos casos podrá aplicarse mejor la acción subrogatoria.

Por el contrario, no pueden impugnarse los actos que constituyen una disminución patrimonial, pero que reconociendo por causa un vínculo contraído anteriormente representaban ya una virtual disminución del patrimonio; ejemplo: el pago de obligaciones vencidas, ya sean naturales o civiles. Ni tampoco por otro motivo son impugnables los actos concernientes a los derechos cuyo ejercicio, por su naturaleza o por precepto legal, se reserva a la persona del deudor; en tal caso se aplican las limitaciones ya estudiadas al tratar de la acción subrogatoria, cuyo criterio decisivo es común a la pauliana en este punto.

Si la pauliana, conformemente a su fin, se propone la revocación del acto fraudulento, su efecto es restaurar la integridad patrimonial del deudor en forma que los acreedores pueden ejercitar sus acciones sobre los bienes que salieron del patrimonio o sobre sus equivalentes. Pero como quiera que protege al acreedor perjudicado por el acto, la revocación no puede aprovechar más que a aquel que la intentó ni puede producir efecto

(1) Sobre los artículos 949 y 2.112, en relación con el 1.925, véase Atzeri, *Delle renunzie*, 2.^a ed., Turín, 1915, páginas 673 y siguientes).

(2) Ulpiano, fr. 6. D. 42. 8. «Quod autem eum possit aliquid quocere, non id agit ut adquirat, ad hoc edictum non pertinet: pertinet enim edictum ad deminuentes patrimonium suum non ad eos qui id agunt ne locupletentur»; fr. 134, pr. D. 50. 10. «Non fraudantur creditores, cum quid non acquiritur a debitore, sed cum quid de bonis deminiatur».

más amplio que el que exige su propio fin; esto significa que el acto dispositivo será revocado en los límites y en la medida del perjuicio causado al acreedor. La acción se intenta contra el tercer adquirente y sus herederos; no puede, en cambio, intentarse contra el tercero mediato. Sin embargo, también contra el tercer poseedor o tercero mediato, como suele llamarse, produce efecto la revocación; una vez produzca efecto la revocación frente al adquirente que contrató con el deudor, lo produce también contra los sub adquirentes, exceptuándose de éstos sólo los que hubieren adquirido derecho sobre los inmuebles anteriormente a la transcripción de la demanda de revocación sin tener participación en el fraude, y ya sea su adquisición hecha a título oneroso o lucrativo (art. 235, párr. 2.º (I)).

Los principios expuestos son los de la pauliana en el orden civil. La acción pauliana está sujeta a especial regulación cuando se trata de deudores comerciantes; a causa de la mayor protección que el crédito requiere en las relaciones mercantiles, surge por razón de la quiebra a que están sujetos dichos deudores un régimen legal más riguroso que el establecido para los deudores civiles, en cuanto que los actos de aquéllos que implican una disminución o modificación del patrimonio se presumen hechos en fraude de los acreedores y se revocan en favor de la masa de los mismos. Sentado el principio según el cual son nulos de pleno derecho todos los actos y operaciones del quebrado y todos los pagos por él efectuados después de haberse pronunciado la sentencia declarativa de la quiebra (art. 707 del Código de Comercio), y lo son también respecto a la masa de los acreedores todos los actos y enajenaciones a título gratuito posteriores a la fecha en que suspendió pagos, así como también los pagos de deudas no vencidas realizados luego de dicha fecha mediante dinero, traspaso, venta, compensación, etc. (art. 707, párr. 1.º), hecha alusión al precepto del art. 1.235 del Código civil, relati-

(1) En lo relativo a los adquirentes, véase Coviello, *L'ultima epv. dell'art. 1.235 c. c.* (Filang, XVII, 1892, I, pág. 290, II, páginas 353 y siguientes); Brezzo, *Sulla condizione dei terzi mediati di fronte agl istituti dell'az. revoc.* (Giur. it., 1895, IV, páginas 1 y siguientes).

vamente a todos los actos, pagos y enajenaciones hechos en fraude de los acreedores, cualquiera que sea el tiempo de su realización (art. 708), el Código de Comercio sienta una presunción general de fraude en orden a todos los actos que de cualquier modo disminuyan o modifiquen el patrimonio, siempre que se realicen en período sospechoso. Dos momentos son en este respecto decisivos, anteriores y más o menos próximos a la declaración de la quiebra: uno más remoto, que es el de la fecha de suspensión de pagos; el otro más próximo, constituido por el período de los diez días anteriores a la declaración de la quiebra. Correspondientemente a estos momentos se exigen o no determinados requisitos para que dicha presunción sea aplicable. No se exigen tales requisitos en orden a los actos, pagos y enajenaciones hechas a cualquiera título en los diez días que preceden a la declaración de la quiebra (art. 709, párr. 1.º), porque en este caso la inmediata proximidad del acto a la declaración de la quiebra determina una certeza casi absoluta de fraude del mismo. Cuando se retroceda a la fecha de suspensión de pagos, la presunción sólo tiene lugar en determinadas condiciones y serán anulados: los actos, pagos, enajenaciones a título oneroso, si el tercero tenía conocimiento de la suspensión de pagos del comerciante, aunque éste no hubiere sido aún declarado en quiebra; los actos y contratos conmutativos en los cuales los valores dados y las obligaciones asumidas por el quebrado excedan notablemente a lo que le fué dado o prometido; los pagos de las deudas vencidas y exigibles que no hayan sido pagadas con dinero o efectos comerciales; las prendas; las anticresis e hipotecas constituidas sobre los bienes del deudor (art. 709, números 1, 2, 3 y 4). No se incluyen, en cambio, en la presunción de fraude las inscripciones hipotecarias hechas en virtud de un título reconocido válido, siempre que fueren anteriores a la sentencia declarativa de la quiebra. Esta presunción es *iuris tantum*, es decir, admite prueba en contrario (art. 709), correspondiendo al deudor o al tercer adquirente demostrar que el acto no fué realizado con intención fraudulenta. Finalmente, en cuanto al pago de obligaciones cambiarias, el art. 711 preceptúa que, respecto a las

letras de cambio pagadas después de la sentencia declarativa de la quiebra, la acción para obtener la restitución de lo pagado puede promoverse solamente contra el último obligado que tuviere conocimiento de la suspensión de pagos al tiempo en que fué girada la letra (1). Hay que tener presente, además, el artículo 9.º de la ley de 24 de Mayo de 1903, núm. 197, sobre el concordato preventivo y el procedimiento de las pequeñas quiebras que completan la regulación de la pauliana en el régimen comercial.

III. *Medios de ejecución* (2).—El momento culminante de la manifestación de la *necessitas* del vínculo obligatorio es aquel en que el acreedor, a falta de cumplimiento voluntario del deudor, recurre a los medios ejecutivos. Desde un punto de vista abstracto es indiferente que el incumplimiento obedezca a la voluntad del obligado o a su falta de medios económicos; pero prácticamente tiene enorme importancia que el deudor no *quiera* pagar o sea total o parcialmente *insolvente*, porque en este segundo caso, aunque el crédito subsista, su satisfacción por medios ejecutivos es imposible.

Estos medios son la ejecución forzosa en los bienes, ya que la de la persona no se admite, y una ejecución que sólo indirectamente satisface el crédito.

Nuestra legislación admitió solamente la ejecución en los bienes y abolió la personal, desterrando los antiguos e inhumanos procedimientos de esta última (3). Último vestigio de ésta

(1) Bonelli, *Il sistema revocatorio nell diritto fallimentare* (Riv. italiana p. le Sc. giur., XIX, 1895, páginas 289 y siguientes).

(2) La doctrina referente a la ejecución no pertenece al Derecho civil, sino al procedimiento; no son oportunos por esta razón los preceptos del art. 2.076 y siguientes del Código civil que tratan de la expropiación forzosa de inmuebles, de la graduación y de la distribución del precio entre los acreedores. Solamente se justifica en parte su colocación en el Código civil por el estrecho nexo que los enlaza con el régimen de publicidad inmobiliaria.

(3) Para la exposición de los medios de ejecución y del procedimiento coactivo en la antigüedad y en la Edad Media (esclavitud del deudor, pignoración de personas libres, privación de sepulturas, repre-

fue en nuestro Código la prisión por deudas (Código civil, artículos 2.093-2.104; Código de Procedimiento civil, artículos 750 y 777), que los Códigos italianos anteriores acogieron todos, y alguno (como el Código napolitano, artículos 1.931 y siguientes) de modo tan amplio y con tan escasas garantías de la libertad personal del deudor, que puede considerarse abandonada al arbitrio de los particulares. Era éste un medio considerado particularmente eficaz para constreñir al deudor a pagar o para impedirle contraer obligaciones cuyo cumplimiento no le era posible. Pero como tal eficacia en la práctica resultaba muy dudosa y por otra parte repugnaba al sentimiento y a la dignidad humana privar al deudor, a instancia del particular, aunque con la intervención del juez, de la libertad personal, la prisión por deudas civiles o mercantiles, admitida antes muy limitadamente, fué abolida por la ley de 6 de Diciembre de 1877, núm. 4.166, y sólo fué conservada con carácter excepcional para la ejecución de las condenas pronunciadas en los juicios criminales y por las restituciones, resarcimientos y reparaciones debidos por los autores y cómplices de crímenes y delitos.

Ejecución generalmente indirecta (1); y en efecto, de las tres clases de obligaciones de dar, de hacer y de no hacer, las dos últimas no son susceptibles de ejecución directa por no ser posible constreñir a la persona obligada a realizar el acto debido o a impedirle que realice el prohibido. Ni siquiera externamente es directa la ejecución si en las obligaciones de hacer el acreedor permite que otros realicen (lo que por otra parte no es siempre

salias) véase Salvioli, *Storia del dir. it.*, 8.^a ed., 1921, páginas 713 y siguientes; Baumgart, *Entwicklung der Schuldhast nach. it. Recht des Mittelalters*, 1914.

(1) Diversamente en el derecho germánico (Reg., § 888) y en el austriaco (Reg., § 335), que hacen posible la realización coactiva de las obligaciones de hacer. Sobre la cuestión de la ejecución y de sus imperfecciones, cfr. Menger, *Beiträge zur Lehre von der Execution* (*Arch. f. civ. Pr.*, LX, páginas 379 y siguientes); Ziebarth, *Die Real execution un die obligation*, Halle, 1886; Rocco, *Il fallimento*, Torino, 1917, páginas 11 y siguientes errara, *L'esecuzione processuale indiretta*, Nápoles, 1915; Saffatti, *Per una maggiore tutela delle obbli. di fare o di non fare* (*Studi per Chironi*, 1).

posible), la prestación debida por el deudor, ya que contra éste se deberá en definitiva accionar para el reembolso de gastos y para obtener el debido resarcimiento del daño (art. 1.220); y apenas constituye un principio de ejecución directa la facultad otorgada al acreedor en las obligaciones de no hacer, de destruir lo hecho por el deudor contraviniendo a la prohibición, ya que en tal caso el deudor sólo es responsable de los gastos y perjuicios causados (art. 1.222). Del mismo modo la obligación de dar no se presta tampoco a ello por lo general si el «dar» consiste en la transmisión de la propiedad u otro derecho real, ya que siempre que no se trate de sumas de dinero, el Juez no puede atribuir al acreedor la propiedad de una cosa determinada, aun cuando ésta hubiere sido prometida por el propio deudor, ni puede tampoco el acreedor pedir su adjudicación sin promover su venta. La ejecución es inmediata y directa sobre la cosa en el caso solamente en que el «dar» (y ésta es su más frecuente significación, dado el moderno principio de la suficiencia del mero consentimiento para transmitir la propiedad), implique simple obligación de entregar la cosa que pertenece ya a quien la reclama; se aplica en tal caso el procedimiento para exigir la entrega de muebles (Código de Procedimiento civil, arts. 742 y siguientes); o inmuebles (arts. 745 y siguiente). El procedimiento ejecutivo sobre bienes persigue tan sólo expropiarlos al deudor y realizarlos mediante su venta en subasta, distribuyendo luego el valor obtenido, entre los acreedores.

Es mobiliario o inmobiliario, según se refiera a bienes muebles o inmuebles del deudor, y sujeto a normas procesales muy diversas (para el inmobiliario, Código civil, arts. 2.076 2.080; Código de Procedimiento civil, arts. 659, 707; Código de Comercio, arts. 800, 801; para el mobiliario, Código de Procedimiento civil, arts. 577-658). Ambos puede emplear el deudor siempre que se halle provisto de título ejecutivo (Código de Procedimiento civil, art. 553), y puede optar por uno u otro libremente en virtud de la no vigencia en la actualidad de una norma antigua que exigía que el acreedor se dirigiera primeramente contra el patrimonio mobiliario para poder proceder contra el inmobiliario (art. 2.078).

Contra este último pueden dirigirse, lo mismo el deudor hipotecario que el quirografario, respetando, no obstante, las razones de preferencia que con arreglo a la gradación corresponden al primero; la única limitación (abstracción hecha de los bienes declarados insecuestrables o sustraídos a la ejecución), es la impuesta al acreedor hipotecario, por la que éste no puede proceder a subastar otros inmuebles del deudor, sobre los cuales no tenga hipoteca, sino en el caso de ser los bienes hipotecados en su favor insuficientes (art. 2.080).

Pero siendo libre el acreedor de accionar contra todos los bienes del deudor, debía fijarse un límite a la ejecución excesiva cuando el interés del primero pudiera ser satisfecho íntegramente con menor perjuicio para el segundo. Este límite resulta impuesto por el art. 567 del Código de Procedimiento civil, que faculta al Juez cuando la acumulación de medios ejecutivos resulte excesiva, a reducir el procedimiento autorizando al acreedor para usar del medio elegido por él, o en defecto de elección del acreedor determinado por el propio Juez; contra el exceso de subasta de inmuebles o de pignoración de muebles, fijan un límite los artículos 2.088 del Código civil y 587 del Código de Procedimiento civil que autorizan al Juez a reducir las cuando su valor resulte evidentemente superior al que se necesita para satisfacción del crédito.

Mucho menos sencillo se ofrece el caso inverso, o sea el de que el patrimonio del deudor no baste a satisfacer a los distintos acreedores. Dada la insolvencia del deudor (sobreentendiéndose una insolvencia parcial, ya que en la total el acreedor no tiene otro remedio que resignarse a la pérdida), los principios de justicia exigirían que todos los acreedores sufriesen la proporcional reducción de sus respectivos créditos, respetando, naturalmente, las razones de preferencia derivadas de la existencia de privilegios y derechos reales de garantía. Varias razones aconsejarían también el poner a disposición del deudor medios idóneos para evitar o templar las funestas consecuencias de una ejecución forzosa. A tales exigencias responden las instituciones del procedimiento del concurso, de la cesión de bienes, del *beneficium competentiae*, que reconocidas y reguladas diversamente por las le-

gislaciones antiguas y modernas, no fueron todas acogidas por la italiana, y si lo fueron, con muchas restricciones.

El *procedimiento de concurso* se funda en la presunta igualdad de todos los acreedores, quienes (salvo legítimas razones de preferencia), deben ser tratados igualmente frente al desastre económico del deudor común. No es justo que quien primero promueva la ejecución porque fué más diligente y solícito que los otros, goce de una condición privilegiada respecto a éstos, los cuales, ignorantes de haberse incoado aquélla, no tuvieron posibilidad de tomar parte en la misma y concurrir a la distribución del patrimonio liquidado. La base en que se apoya esta institución, es que todos los acreedores son llamados a intervenir en el juicio ejecutivo, denunciando sus créditos, si quieren conservar la eficacia de los mismos, y están obligados a sufrir proporcionalmente la pérdida derivada de la insolvencia parcial del deudor. Es, pues, un procedimiento único y colectivo que aprovecha por igual a todos y evita que un sólo acreedor absorba en perjuicio de los demás el activo del patrimonio.

Ahora bien, este sistema que modernas legislaciones extranjeras (1) han adoptado, aplicándolo a todos los deudores insolventes, comerciantes o no comerciantes, lo admite nuestra legislación, aplicándolo solamente a los comerciantes, ramificándose en las instituciones de la quiebra y del concordato preventivo (Código de Comercio, arts. 683-687, L. 24 de Mayo de 1903, n. 197 sobre el concordato preventivo y procedimiento de las pequeñas quiebras (2) que pertenecen al Derecho mercantil exclusivamente y que en vano, hasta la fecha, se ha querido extender a las materias civiles (3). En éstas rige el sistema, según el cual, todo

(1) Los ejemplos más notables los ofrecen las leyes concursales alemanas de 10 de Febrero y 20 de Mayo de 1898 y la ley federal suiza de 12 de Enero de 1892. Véanse, además, Kohler, *Lehrbuch des konkursrechts*, Stuttgart, 1891; Seuffert, *Deutsches konkursprozessrecht*, Leipzig, 1899; Helmann, *Lehrbuch des deutschen Konkursrechts*, Berlín, 1907.

(2) Las modificaciones a esta ley rec amadas tenían por objeto presentar un proyecto de «reforma de la ley sobre pequeñas quiebras», presentado por Scialoja al Senado el 16 de Febrero de 1910.

(3) Sacerdotti, *Sull'estensione del istituto del fallimento ai nom con-*

acreedor que más diligente que los demás, proceda ejecutivamente contra el patrimonio insuficiente, puede agotar todo el activo de éste, haciendo vana la esperanza de los restantes acreedores. El procedimiento de concurso es en esta esfera voluntario, porque la acción ejecutiva es individual: sólo cuando varios acreedores intervienen espontáneamente en el procedimiento iniciado por uno de ellos, se procederá, si los créditos no son privilegiados, o si lo son, igualmente, a la distribución proporcional (1).

La *cessio bonorum*, introducida en el Derecho romano al principio del imperio (2), y acogida por el Código francés (artículos 1.265-1.270), y por alguno de los Códigos italianos anteriores (C. alb. 1.355-1.362), fué una institución cuyo fin era liberar al deudor que cayó sin mala fe en estado de insolvencia, de las consecuencias de la ejecución y sobre todas de la privación de libertad personal. Mediante ella el deudor abandonaba todos sus bienes a los acreedores para que éstos procediesen a su venta y satisficiesen con el precio sus respectivos créditos; si voluntaria, era regulada totalmente por la convención celebrada entre el deudor y los acreedores; si judicial, el abandono hecho por el deudor constreñía a los acreedores a aceptar la cesión. Restringida ya en Francia por leyes posteriores, la institución fué totalmente abolida por el Código italiano.

Tampoco existe hoy el otro remedio que tenía por objeto mitigar los duros efectos del procedimiento ejecutivo el *beneficium competentiae*. Mediante él se socorría en el Derecho romano (3) al deudor insolvente contra el agotamiento íntegro de sus recursos por obra de sus acreedores; a la acción de éstos se fijaba un límite prohibiéndose que el deudor fuese condenado (4) *mercianti*, Padora, 1882; Vivante, *Il fallimento civile*, en *Tratt. dir. comm.*, I, páginas 451 y siguientes.

(1) Para una exposición sintética del sistema con que la ley italiana regula el concurso de varios acreedores en el procedimiento de expropiación cuando el deudor no sea comerciante y para la crítica de este sistema, véase Rocco, *Il fallimento*, páginas 96 y siguientes.

(2) Dig. 42 3 «de cessione bonorum»

(3) § 38, 40, *Inst* 4, 6; frs. 16-18, D. 42. 1; fr. 49, D, 2. 14, etc.

(4) El remedio lo ofrecía ya el juicio de cognición en el cual se limitaba la condena contenida en la sentencia; es dudoso si tenía también

más allá de la medida requerida, para que no le faltasen los medios de subsistencia (*in id quod facere potest*). Sólo constituye una apariencia de protección contra la absoluta indigencia a que puede reducir al deudor y a su familia la acción de los acreedores, la exclusión que se hace de los objetos más imprescindibles en la vida (Código de Procedimiento civil, art. 595), y si se reconoce también la inembargabilidad de las pensiones alimenticias (art. 592) de los estipendios y sueldos (ley de 30 de Junio de 1908, número 335, art. 1.º, salvo algunas excepciones), y si contienen otros preceptos análogos, pero siempre excepcionales (art. 586 y siguientes), es indiscutible que la introducción de un remedio más amplio y general en Italia, sería muy conveniente a ejemplo de las legislaciones extranjeras, y para proteger la pequeña propiedad rural; la admisión y reconocimiento de los bienes de familia inembargables, comprendiendo en ellos la habitación, y el fundo del que el deudor y su familia obtienen su sustento, sería altamente loable (1).

lugar en el juicio ejecutivo. Originariamente el *beneficium competentiae*, consistía en limitar la condena del deudor al *id quod facere potest* para evitarle la ejecución personal y la venta de los bienes, con la consecuencia de la infamia; en el D. justiniano su fin fué no privar al deudor de un mínimo para su subsistencia: Zanzucchi *Sul c. de beneficium competentiae* (*Bull. Ist. dir. rom.*, XXIX, pág. 61 y siguientes). Véase, además, Pampaloni, en *Studi per Schupfer*, I, páginas 57 y siguientes, en *Studi Senesi*, XV, 1898, páginas 293 y siguientes y en *Riv. it. p. sc. giur.*, 411, 1913, páginas 198 y siguientes; Wünsch, *Zur Lehre vom beneficium competentiae*, Leipzig, 1897.

(1) Es esta la institución del *Homestead* que se ofrece en algunos Estados de la América del Norte y que fué introducida también en Francia con la ley de 12 de Julio de 1909. Véase Levasseur, *Le Homestead en Amérique* (*Rev. d'ec. pol.*, 1894); Saleilles, *Le Homestead aux Etats Unis*, París, 1895; Cureau *Le Homestead ou l'insaisissabilité de la petite propriété foncière*, París, 1895; Barth *De la constit. d'un bien de famille insaisissable en France*, París, 1910; Osmont, *Le bien de famille et la loi die 12 Juillet, 1909* París, 1910. En nuestra legislación se puede recordar el precepto de carácter excepcional limitado a Cerdeña de la ley de 2 de Agosto de 1897. número 382 por el que se declaran inejecutables por veinte años la casa y el terreno adyacente y el del art. 27 del Real decreto de 30 de Noviembre de 1919 núm. 2.138, según el cual no se puede proceder a la ejecución forzosa de la casa popular más que en defecto de otros bienes muebles o

inmuebles (excepción hecha de los créditos de los empresarios y obreros) Sobre los intentos de introducción en Italia de la institución, véase Luzzatti, *La tutela economica giuridica e sociale della piccolo proprietà*, Roma, 1913, y su proyecto de la ley 1910 (*Atti parlamentari*, 1910, así como el meritorio trabajo de Neppi. Modona, *Il bene di famiglia insequestrabile*, Firenze, 1912 y la monografía de Maroi, *Il problema della abitazioni popolari*, Milano, 1913, que antes que el Decreto citado proponía la aplicación del *homestead*, a las casas populares.

NOTA DEL TRADUCTOR.—El título XVII del Código civil se ocupa de la regulación «de la concurrencia y prelación de créditos». El capítulo II de este título se refiere a la «clasificación de créditos». El art. 1.922, enumera los créditos que gozan de preferencia con relación a determinados bienes muebles del deudor; el siguiente enumera los preferentes con relación a determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor, y el 1.924, los preferentes con respecto a los demás bienes muebles e inmuebles del deudor. Finalmente el 1.925 establece que «no gozarán de preferencia los créditos de cualquiera otra clase, o por cualquiera otro título no comprendidos en los artículos anteriores». Los artículos 1.926-1.929 regulan la prelación de créditos. Podemos distribuir los acreedores como lo hace Valverde en los siguientes grupos: A) Acreedores singularmente privilegiados (artículos 1.922-1.923). B) Acreedores simplemente privilegiados (art. 1.924) y C) Acreedores comunes art. 1.925).

Según López de Haro, la retención significa «la acción o el hecho de conservar una cosa en poder del que la tiene en virtud de una facultad jurídica y por propia voluntad» (*El derecho de retención*, pág. 7 (Madrid, Editorial Reus 1921). Por tanto, el derecho de retención será aquella facultad jurídica que autoriza a la retención. Aplicaciones de este Derecho en nuestro Código civil pueden hallarse en los artículos 194 (si se sigue la opinión del mismo López de Haro, quien dice que «adjudicados los bienes previa declaración de muerte de un ausente, a favor de sus herederos si el ausente vive al recobrar sus bienes entendemos contra la opinión de los jurisconsultos que han comentado nuestro Código civil, que debe abonar las expensas necesarias y que quien las hiciere goza del *ius retentionis*, mientras no se le paguen, id. páginas 179, 180, 453, 522, 1.600, 1.730, 1.747, 1.780 y 1.866.

Pena convencional es aquella que las partes mismas establecen para el caso en que la obligación principal no se cumpla. Parece ser que la *stipulatio poenae* servía para garantizar el cumplimiento de las obligaciones naturales que civilmente no eran exigibles.

Nuestro Código, en el art. 1.152 establece: En las obligaciones con cláusula penal la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado. Sólo podrá hacerse efectiva la pena cuando ésta fuere exigible conforme a las disposiciones del presente Código.

El deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso de que expresamente le hubiera sido reservado este derecho. Tampoco podrá el acreedor exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena sin que esta facultad le haya sido claramente otorgada (art. 1.153).

El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiere sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor (artículo 1.154).

La nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal. La nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula penal (art. 1.155). *Arras*. Si hubiesen mediado arras o señal en el contrato de compra y venta, podrá rescindirse el contrato, allanándose el comprador a perderlas o el vendedor a devolverlas duplicadas (artículo 1.454).

Acción subrogatoria. El art. 1.111 del Código civil, dice: «los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, excepto los que sean inherentes a su persona; pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho».

La acción revocatoria. En el Código civil español es (según el art. 1.294) una acción subsidiaria y no podrá ejercitarse, sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio. El concepto de acción *pauliana* se contiene en el apartado segundo del art. 1.111. El art. 1.297 establece varias presunciones de fraude. Se presumen fraudulentas, según dicho artículo, las enajenaciones hechas a título gratuito y las hechas a título oneroso por las personas contra las cuales se hubiere pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes. La jurisprudencia ha concedido en esta esfera amplio lugar a la libre apreciación del Juez.

Según el art. 1.295 se exige para el ejercicio de la revocatoria la existencia de un tercer adquirente que no lo sea de buena fe. Si el que hubiese adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de acreedores no pudiera devolver lo adquirido, deberá indemnizar a aquéllos de los daños y perjuicios que la enajenación les hubiere ocasionado (art. 1.298).

La ley Hipotecaria en el apartado 3.º de su art. 37, diverge del artículo 1.295 del Código civil. El art. 1.295 declara no proceder la rescisión cuando las cosas objeto del contrato se hallaren legalmente en poder de terceras personas que hubieren procedido de buena fe. La ley Hipotecaria, en cambio, declara procedente la rescisión en el caso de mala fe del tercer adquirente y cuando *la segunda enajenación se hubiere hecho a título gratuito*. La discrepancia entre el Código y la ley Hipotecaria se patentiza teniendo en cuenta que el adquirente a título gratuito de buena fe, si no ha inscrito no está obligado a restituir la cosa, y en cambio, si ha inscrito, tendrá que sufrir la rescisoria, la cual surtirá efectos contra él. Nótese el absurdo, como dice Morell y Terry, en este caso el que inscribe por el hecho de inscribir, se hace de peor condición que el que no inscribe.

De la ejecución indirecta en bienes muebles e inmuebles no hemos de tratar aquí.

En orden a la cesión de bienes, diremos que una sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Mayo de 1912 la diferencia con precisión de la dación en pago; en la cesión de bienes no hay una enajenación, sino una entrega de los bienes a los acreedores; el deudor confiere a los acreedores la *posesión y administración* de los bienes cedidos y un mandato facultándoles para la venta de dichos bienes en beneficio de los cesionarios.

El deudor puede ceder sus bienes a los acreedores en pago de sus deudas. Esta cesión, salvo pacto en contrario, sólo libera a aquél por el importe líquido de los bienes cedidos. Los convenios que sobre el efecto de la cesión se celebren entre el deudor y sus acreedores se ajustarán a las disposiciones del tít. XVII de este libro y a lo que establece la ley de Enjuiciamiento civil (art. 1.175 del Código civil).