EVOLUCIÓN

Revista mensual de Ciencias y Letras

ÓRGANO DE LA «ASOCIACIÓN DE LOS ESTUDIANTES»

MONTEVIDEO

EFECTOS JURÍDICOS

DE LOS CONTRATOS RESPECTO A TERCEROS

Este trabajo es una conferencia presentada á la clase de Derecho Civil tercer año, en octubre de 1902, por el entonces estudiante, Rodolfo Sayagués Laso. Á pedido de numerosos estudiantes, y á indicación de algunos profesores, se publica en nuestra revista, con consentimiento del autor, quien no ha querido alterarla en lo más mínimo, para que se la considere como simple obra de estudiante, aunque á su juicio, algunas de las opiniones que vierte son susceptibles de reforma, y lo serán en un trabajo más meditado que sobre el mismo tema publicará mas adelante

N. DE LA R.

MONTEVIDEO

1906

A MI EMINENTE MAESTRO

Dr. DUVIMIOSO TERRA

CODIGO CIVIL.—LIBRO IV.—TÍTULO I.—SECCIÓN III.—DE LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LOS CONTRATOS

Artículo 1265 — Los contratos legalmente celebrados forman una regla á la cual deben someterse las partes como á la ley misma

Todos deben ejecutarse de buena fé, y por consiguiente obligan no sólo á lo que en ellos se expresa, sino á todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes á la equidad, al uso ó á la ley.

1266. — Los efectos de los contratos se extienden activa y pasivamente á los herederos y demás sucesores de las partes, á menos que lo contrario resulte de una disposición especial de la ley, de una claúsula de la convención, ó de la naturaleza misma del contrato

1267. — Los contratos no pueden oponerse á terceros, ni invocarse por ellos, sino en los casos de los artículos 1228 á 1230.

1228. — El contrato que hiciere una persona á nombre de otra, estando facultada por ella ó por la ley, producirá respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado el mismo.

1229. — El contrato celebrado á nombre de otro por quien no tenga su representación voluntaria ó legal, será nulo, á no ser que lo ratifique la persona á cuyo nombre se haga.

1230. — Si contratando alguno á nombre propio, hubiese estipulado cualquier ventaja á favor de tercera persona, aunque no tenga derecho de representarla, podrá esta tercera persona exigir el cumplimiento de la obligación, si la hubiese aceptado y hécholo saber al obligado, autor de ser revocada.

1268. — Las partes pueden por mútuo consentimiento extinguir las obligaciones creadas por los contratos y retirar los derechos reales que se hubiesen transferido; y pueden también por mutuo consentimiento revocar los contratos por las causas que la ley autoriza

1269. — Podrán los acreedores pedir al juez que los autorice para ejercer todos los derechos y acciones de su deudor

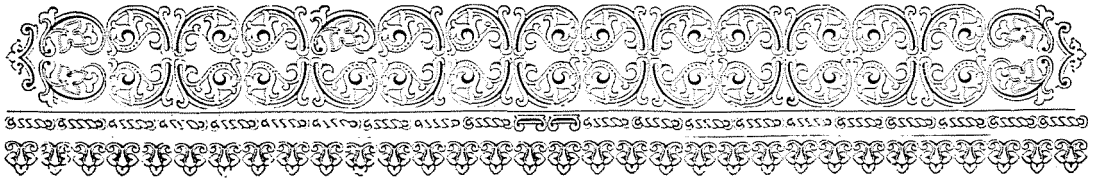
Exceptúanse los derechos que no ofrezcan un interés pecuniario y actual, y aquellos que por su naturaleza ó por disposición de la ley no pueden ser ejercidos sino por el deudor, ó que, á lo menos, no pueden serlo contra su voluntad por otra persona.

1270 — Podrán también los acreedores pedir á nombre propio que se rescindan ó revoquen las enajenaciones otorgadas por el deudor, con fraude y en perjuicio de ellos

Consiste el fraude en el conocimiento de la insolvencia del deudor.

Si la enajenación fuese á título oneroso, deberán probar los acreedores que medió fraude por parte de ambos contrayentes; si fuese á título gratuito, bastará que se pruebe el fraude respecto del deudor.

La acción de que habla este artículo, expira en un año contado desde que el acreedor ó acreedores supiesen la enajenación



Efectos jurídicos de los contratos respecto á terceros

CONSIDERACIONES GENERALES

I

El contrato es el acuerdo de dos ó más voluntades para crear, modificar ó extinguir obligaciones. Tal es la definición adoptada por el Código Civil Italiano, en el fondo idéntica á la consagrada por una uniforme doctrina, sancionada por una general jurisprudencia y elevada á la categoría de precepto legal universal. Definición analítica y sintética á la vez, si es posible esa antitesis, expresa con concisión los elementos esenciales del contrato, dando también de él, una idea de conjunto.

Según que las personas intervengan ó no en la formación de un contrato, se llaman partes ó terceros.

¿Quiénes son partes entonces? ¿Quiénes son terceros?

Partes son, dice nuestro código siguiendo así la doctrina general, en primer término, los que suscriben el contrato.

En segundo lugar, partes son los sucesores á título universal, de los que forman el contrato, por aplicación de aquel principio: *stipulamus nobis heredibusque nostris*, que sancionado por el derecho romano, ha pasado junto con la valiosa herencia jurídica que trasmitió al moderno.

En fin, son también partes los sucesores á título singular, porque se reputa que han concurrido á la formación del contrato representados por su causante, ó porque al suceder al causante se comprometen tácitamente á respetar las convenciones que aquél ha celebrado sobre la cosa de que se trata.

Naturalmente, las demás personas que no intervienen en la formación del contrato, son terceros, divididos por algunos, en extraños y terceros interesados, según sean completamente ajenos á su formación y á sus efectos, ó bien que, aunque agenos á su formación, tengan interés en sus efectos.

Es importante dejar bien fijado este concepto de parte y de terceros porque en esta materia se usa con frecuencia de esos términos y es fácil confundir las ideas si antes no se explican las palabras, y porque los efectos generales de los contratos son muy diversos según se refieran á esas dos clases de personas.

En efecto, es principio que hasta hoy nadie ha pretendido desconocer que la letra de los contratos es ley entre las partes, pero sólo entre las partes, de donde deriva aquella regla de que los contratos no perjudican ni aprovechan á terceros, por la sola y sobrada razón de que no han intervenido en el contrato ni real, ni ficticiamente.

Así la materia de que trata la sección 3.ª del capítulo I, de la parte 1.ª de este libro, del Código Civil puede dividirse, y de hecho se divide, en dos partes: una rige los efectos jurídicos de los contratos entre las partes y la otra trata de los efectos jurídicos de los contratos respecto á terceros. De ésta última tratará solamente esta disertación.

II

Dos principios cardinales, fecundas fuentes de reglas particulares y criterio completo para la solución de todas las cuestiones, dominan esta materia.

Reconocidos siempre, más ó menos veladamente por los autores, buscados siempre con empeño por la jurisprudencia universal, esos principios tienen hoy, en los códigos, una acogida tan general que se ha concluido por considerarlos como evidentes por sí mismos y ni siquiera se discuten.

Emanados de la más pura equidad, han nacido para garantía de ésta; y para su justificación, solo hay que invocar el sentido común.

Según uno de ellos, todos los bienes del deudor, presentes y futuros, son la garantía, la prenda común de todos sus acreedores.

Pero, se equivocaría el que tomara los términos prenda común en el sentido jurídico y absoluto que le dan los códigos al hablar del préstamo prendario. Son la prenda, sí, pero una prenda especial, *sui géneris* que no impide como en la verdadera prenda, la enajenación *bona fide* de los bienes que la constituyen, y que, en vez de estar en manos del acreedor, continúa en las del deudor. Mas es una verdadera prenda en cuanto responden de las deudas contraídas y en cuanto su enajenación fraudulenta ó su abandono no perjudican los derechos de quienes son su garantía.

La justicia de esta sabia disposición solo se percibe cuando se advierte que sin trabar la circulación de los bienes, sin obstaculizar el comercio de las cosas asegura eficazmente y en cuanto es exigible, los derechos que emergen de un crédito.

El otro principio es doble, ésto es, tiene dos formas: Nadie debe enriquecerse á expensas de otro ó con daño de otro, es una; y todo el que cause un daño debe repararlo, es la otra. Pero ambas no son sino una expresión de los principios de justicia, más bien que de los de la equidad.

La exacta comprensión de esos dos principios, la compenetración íntima de todo lo que comprenden, es el criterio seguro, preciso y verdaderamente filosófico, que nos servirá para la solución de las cuestiones que se suscitan en esta materia.

La necesidad de la comprensión fija y firme de esos dictados de la justicia, se hace más notable cuando se ven los extravíos de los autores, los errores y las contradicciones en que incurren, sólo por no seguir con lógica las consecuencias que de ellos se derivan; y cuando se conocen las herejías jurídicas de una jurisprudencia errónea y contradictoria también, que pretende muchas veces resolver las cuestiones análogas aplicando principios diferentes.

III

El artículo 1267 de nuestro Código Civil tomado del 1165 del Francés, al establecer que los contratos no perjudican ni aprovechan á terceros, reproduce la fórmula romana y me exime de mayores explicaciones en las cuestiones que podrían surgir en esta materia. Fórmula clara por sí é inspirada en aquellos principios ya explicados, no presenta en su aplicación ninguna dificultad. No tiene ninguna excepción ni en la doctrina ni en la legislación positiva.

En la doctrina, porque ningún autor ha insinuado ninguna, y en la legislación positiva, porque tanto la salvedad que nuestro Código Civil hace en el artículo 1267, como la que el Francés observa en el 1166, no son verdaderas excepciones.

No es la de nuestro código porque la referencia á los artículos 1228 á 1230 son verdaderas confirmaciones del principio establecido, en el sentido de que como exije la ratificación ó la representación del tercero, éste, entonces, deja de ser tercero para transformarse en parte.

No la es la del Código Francés porque al establecer éste que: «Sin embargo podrán los acreedores ejercer» etc. después del artículo que establece el principio general, no quiere dar á entender que en los casos que cita haga excepciones. Nada de eso. Cuando los acreedores ejercen los derechos de su deudor obran en nombre del deudor como sus representantes y sus causahabientes universales; no son terceros: es el deudor mismo quien acciona por su intermediario. Y cuando atacan los actos del deudor como hechos en fraude de sus

derechos, no están ciertamente vinculados por las convenciones de su deudor puesto que ellos piden su nulidad. No hay pues, excepción al principio del artículo 1267: es más bien la aplicación del derecho común.

Después de esta cuestión no hay en esta materia ninguna otra digna de estudio fuera de las acciones conocidas con el nombre de subrogatoria, pauliana y simulatoria y que constituyen el principal objeto de este trabajo.

ACCIÓN SUBROGATORIA

1.º CONCEPTO, ORÍGEN Y FUNDAMENTO.

1. La acción subrogatoria, tal cual la entienden los autores y la prescriben los códigos, consiste en la facultad que la ley da á los acreedores, para ejercer los derechos y acciones de su deudor, en cuanto puedan ser ejercidos por otro que no sea el propio deudor

Nuestro código en el artículo 1269 como el Francés en el 1166, de donde fué tomado, admiten esa definición lo mismo que sus concordantes: el Chileno, el Argentino, el Español, etc. En este punto sólo se nota una pequeña divergencia: el Código Italiano altera algo el sentido de la definición que precede al anteponer á ella las palabras: «*para conseguir lo que se les debe*» modificación de bastante importancia por la interpretación particular que se ha pretendido darle, conforme lo veremos también al estudiar la teoría de Giorgi sobre la naturaleza de la acción subrogatoria.

En doctrina, en general, la definición aquella es uniformemente aceptada. Según ella, los elementos de la acción subrogatoria son: un acreedor, un deudor omiso en el ejercicio de sus derechos y acciones, y facultad concedida al primero para ejercer los derechos y acciones del segundo, que puedan ser ejercidos por uno que no sea el deudor. Correspondería hacer ahora el análisis de estos elementos, pero por razón de método y por no destruir la unidad de este parágrafo serán examinados más abajo.

Pero, basta esa enumeración para hacerse cargo de una observación que fluye naturalmente á los que no conocen el fundamento de esta acción. La acción subrogatoria, se suele afirmar, es completamente arbitraria y casi violatoria del derecho de propiedad. Porque si uno es dueño de los derechos y acciones que puedan corresponderle, debe ser dueño también de querer ó no ejercerlos y esta acción al obligarlo á ejercerlos por intermedio de su acreedor desconoce aquel principio.

¿Es posible que sea cierto ese razonamiento aplicado á una acción que como la subrogatoria tiene una tradición histórica muy antigua? Ya veremos que no; por ahora sólo basta decir que si esa acción se ha mantenido durante tantos siglos y en épocas tan diversas debe tener un fundamento completamente justo. Porque, en verdad, la acción subrogatoria tiene su origen, con pequeñas variantes en el derecho romano.

2. Al principio, en el derecho formulario, el procedimiento era desfavorable no sólo para el establecimiento de la acción subrogatoria, sino hasta para la apropiación directa de los bienes corporales del deudor. Los dos únicos medios parecidos: la *manus injectio* era un medio de ejecución completamente personal y la *legis actio per pignoris capionem* era una prenda extrajudicial concedida sólo en casos excepcionales y á acreedores privilegiados.

Posteriormente, el pretor Rutilio, concedió la *misio in bona*, ejecución real en la que el *majister* vendía la universalidad de los bienes á un *bonorum emptor* á beneficio de los acreedores. Pero no ejercían éstos ningún derecho de su deudor; el que lo hacía era el *sucesor in universum jus*.

Diocleciano más tarde estableció la *bonorum distracto*, en sustitución de la *misio in bona*, de la cual sólo se diferenciaba en que la venta se hacía en detalle, nombrando siempre el pretor un *curador* para que ejerciera los derechos del deudor.

En fin, más tarde el pretor concedió al acreedor con sentencia favorable contra el deudor recalcitrante, la *pignoris capio*, verdadero derecho de prenda con el cual invertía todos los bienes del deudor.

Mas sería error creer que eso podía hacerse directamente por el acreedor, porque intervenían los *apparitores* que vendían ó cobraban los créditos del deu-

dor, y que vendian sólo los demás bienes del deudor moroso.

En suma, el carácter dominante en el procedimiento romano consistía en subrogar judicialmente los acreedores á la persona del deudor, diputando con este fin á una persona, que, en su interés, pero por orden del magistrado, ejercitaba los derechos y las acciones del deudor.

Resurgido después de los siglos bárbaros el estudio del derecho romano, la Glosa, y los primeros intérpretes encontraron en aquellos institutos que he citado, el germen de la facultad, de que todo acreedor debe gozar, de obrar con acción útil contra los terceros deudores de su deudor. Desaparecida con la forma del procedimiento la necesidad de que el acreedor fuese representado por un oficial nombrado por el magistrado, quedó el ejercicio de los derechos y las acciones en manos del mismo acreedor. *Debitor debitoris est debitor meus*, se dijo entonces. La escuela culta que se desarrolló luego, confirmó ese precepto que, desde entonces, ha sido reconocido universalmente, sufriendo sólo pequeñas modificaciones de detalle que no alteran su idea fundamental expresada en aquel aforismo recién citado.

Posteriormente Pothier, acogió en su notable obra esa doctrina sobre la llamada acción subrogatoria, y los codificadores franceses prohijaron también esa idea y la insertaron en el Código Napoleón.

Demás está el decir que de allí pasó como casi todas las demás prescripciones, á los diversos códigos y entre ellos al nuestro, no sin antes hacerle dos modificaciones de importancia y de fijar mejor su alcance precisando los términos y añadiendo un inciso explicativo.

Así dice nuestro código: «Art. 1269. « Podrán los acreedores pedir al juez « que los autorice para ejercer todos los « derechos y acciones de su deudor.

« Exceptúanse los derechos que no « ofrezcan un interés pecuniario y ac- « tual, y aquellos que por su naturaleza « ó por disposición de la ley no pueden « ser ejercidos sino por el deudor, ó que, « á lo menos, no pueden serlo contra su « voluntad, por otra persona».

La modificación de importancia á que me he referido es la frase «*pedir al juez*» que resuelve la tan debatida cuestión de si es ó no preciso la autorización judicial.

Y la ampliación la constituye ese segundo inciso en donde se pretende dar, infructuosamente, sin embargo, el criterio determinante de los derechos que el acreedor puede ejercer.

Pero, como observa Giorgi, esta fórmula no contiene más que el gérmen de una teoría. «Inapta para satisfacer las necesidades de las aplicaciones prácticas, invoca de la doctrina su explicación y complemento; pide el análisis lógico que separe y ponga de relieve sus extremos sustanciales; espera del sentido práctico de la jurisprudencia sus reglas más particulares y sus distinciones Reglas y distinciones que el legislador presupuso y confusamente presiente sin haber podido afirmarlas; reglas y distinciones que la fórmula indeterminada y generalísima de la ley presenta en germen á la ciencia y á la práctica para que fecundada, la desarrollen y la proporcionen á las exigencias de las contínuas y diversas aplicaciones.»

3. ¿Cuál es, ahora, el fundamento sobre que reposa la acción subg.? ¿Es una injusticia como parece á primera vista, ó es una consagración de los principios de la justicia, conforme lo establece la doctrina uniforme?

El fundamento de esta acción se encuentra en uno de aquellos principios de que hice mención al principio: ésto es, que todos los bienes de un deudor, presentes y futuros, son la garantía, la prenda común de sus acreedores; y como entre los bienes patrimoniales, entran no sólo los corporales, sino también los incorporales como lo son los derechos y acciones, claro está que éstos garantizan los créditos existentes.

Pero, se alega, eso es retroceder la explicación y hay que justificar ese principio que se invoca como fundamento. Tarea por cierto fácil. Cuando una persona contrae una deuda es porque piensa pagarla con los bienes que tiene ó que puede adquirir y en esta confianza el acreedor suministra el crédito al deudor. Ahora, si el deudor no cumple su compromiso, si no quiere aumentar su patrimonio con lo que legítimamente le corresponde, disminuye por eso mismo la garantía de su deuda y defrauda así la confianza de sus acreedores.

Si en esas circunstancias no se permi-

tiera al acreedor hacer efectiva la garantía de sus créditos supliendo la omisión de su deudor, se dejaría librado á la mala voluntad de un deudor recalcitrante la efectividad de los créditos de su acreedor. Además, no se pierda de vista que, más de una vez, el deudor no ejercerá la acción por la seguridad de que no aprovechará nada de lo que obtenga, pues esto irá á los manos de sus acreedores. Es, entonces, muy justo que el acreedor diligente subsane los perjuicios, eventuales, si se quiere, pero probables en todo caso, que le ocasionaría la continua inacción de su deudor.

2.º NATURALEZA DE LA ACCIÓN SUBROGATORIA

I

¿Qué es el acreedor cuando ejerce esta acción?

1. El punto que más dificultades suscita en la doctrina, el que divide más profundamente la opinión de los autores al tratar de esta acción, es el relativo á la naturaleza jurídica de la acción subrogatoria y á la posición del acreedor al ejercer los derechos y acciones de su deudor.

Hay una incertidumbre tal á este respecto que uno se pierde en un fárrago de opiniones opuestas ó distintas, á punto que puede decirse que cada autor tiene su teoría. Así, toda enumeración de las doctrinas que pretenda ser completa no logrará serlo por la diversidad de los conceptos que se tienen acerca de esta acción.

2. Larombière y Colmet de Santerre piensan que el acreedor es un verdadero mandatario del deudor, mandatario interesado, pero mandatario al fin, deduciendo la consecuencia de que no necesita autorización judicial, desde que su mandato emana de la ley.

La doctrina del mandato es, hoy, generalmente rechazada El mandatario, cuando ejerce las acciones de su mandante no obra en su interés; su causa no se identifica con la de su mandante, sino que, por el contrario, obra en interés del mandante y su interés permanece siempre distinto del de su mandante. Y en la acción subrogatoria, el acreedor obra en su interés propio, no preocupándose más que de aumentar la garantía de su crédito, sin pensar en el deudor y sin fijarse en si hay ó no otros acreedores á quienes pueda aprovechar la acción que ejerce.

El mismo Larombière, queriendo escapar á esta observación, decisiva insinúa la idea de un mandatario que obra en interés propio, en causa ajena. Pero, entonces, esta teoría se confunde con la de Giorgi que considera al acreedor como un *procurator in rem suam.*

3. Este autor, lo mismo que Demolombe, Massé et Vergé y Proudhon, sostiene que « la posición jurídica del acreedor es la misma que la de aquél que ejercita por cuenta é interés propio, un derecho de otro, es decir, la del *procurator in rem suam.* » Mandatario del deudor, agrega Giorgi, puesto que ejercita un derecho, no suyo, sino del deudor, obra entonces no *jure propio* sino *ex juribus debitoris.* Actor en su interés personal, no tiene en mira la ventaja del deudor sino la suya propia que consiste en conseguir, tarde ó temprano, el pago de su crédito. Luego su interés es un extremo esencial de la facultad que quiere ejercitar y el criterio para determinar sus efectos. »

Como el mismo autor lo declara, esta teoría es combatida por la generalidad de los civilistas. Accollas mismo, casi ha tratado de resucita muertos á los que la sostienen. Se maravilla, en efecto, de que hoy, en el derecho moderno, se resucite una institución que, como la citada, murió en los mismos tiempos del derecho romano, pues no se encuentran vestigios de ella al fin del imperio romano. Y Giorgi, picado por una refutación tan mordáz pretende levantar la réplica reconociendo en parte la verdad de la argumentación y sosteniendo otra faz de la institución. « Nació es cierto, dice, el *procurator in rem suam* para servir á las necesidades del procedimiento romano, y en este sentido no tiene ya razón de ser, pero vive todavía como criterio jurídico para determinar las condiciones y los efectos civiles del ejercicio del derecho ajeno, hecho en interés propio. En tal aspecto el carácter de *procurator in rem suam* es, hoy como antiguamente, la posición jurídica de todo el que ejercita, por cualquier motivo, un derecho ajeno, en su propio interés. »

Examinando con detención esta doctrina se ve que en ella hay una parte exacta y una falsa. Exacto es que el acreedor obra en su propio y exclusivo interés, al ejercitar los derechos de su deudor; pero es falso, ó por lo menos innecesario y anacrónico, el traer á esta

cuestión, para explicarla, una institución que está enterrada, bien enterrada desde hace tantos siglos, como lo es la del *procurator in rem suam*. Recuérdese lo que he dicho, al tratar del origen de la acción subrogatoria, téngase presente que la evolución de las instituciones jurídicas produce el efecto de dejar sin valor actual las instituciones que fueron necesarias otro tiempo, y se adquirirá la convicción de que no es preciso, ni siquiera conveniente, resucitar instituciones muertas para explicar el carácter y la naturaleza de las instituciones vivas.

4. Completamente opuesta á esta doctrina, hay otra que pretende que el acreedor es un defensor de oficio del deudor y de los demás acreedores, además de ser su propio defensor. En pocas palabras: cuando un acreedor ejerce los derechos de su deudor tiene en mira, para defenderlos, su propio interés, el de su deudor y el de sus coacreedores.

Esta doctrina tiene, á mi juicio, de común con la de Larombiére este defecto: ha sido ingeniada para explicar algunas cuestiones, como la referente al pago de los gastos ocasionados, que no encuentran, en las otras, fácil explicación.

Debe rechazarse, á mi parecer, por reposar sobre un mal entendido, y porque confunde dos ideas distintas. Se confunden, en efecto, las posibles consecuencias ventajosas de la acción subrogatoria con el fin que mueve al acreedor cuando ejerce los derechos de su deudor. Sin duda que, en este caso, cuando el acreedor tiene éxito en su gestión, salen beneficiados todos: su deudor, sus coacreedores y él mismo. Pero ¿es posible sostener que ese era el fin que perseguía el que se aventuró en el juicio, ó el que empleó su actividad en hacer pagar las deudas de su deudor? De ninguna manera.—Hay que ponerse en lugar del acreedor para convencerse de que no hay tal defensa de oficio, ni tal desprendimiento por parte del que acciona. Beneficia á los otros, porque no puede impedirlo, y más de una vez, si pudiera, limitaría los efectos de su acción á él mismo.

Es preciso no confundir los efectos naturales del ejercicio de la acción subrogatoria con el fin que persigue el que la ejercita. Sólo separando bien esas dos ideas se logrará no aumentar la confusión que domina esta materia.

5. Labbé, Aubry y Rau y Laurent, siguen otra doctrina. Para ellos, el acreedor obra por derecho propio y no *ex juribus debitoris*. Fundándose en que Bigot Preameneau había dicho en su discurso, que es una acción directa la que intentan los acreedores, y que éstos no representan la persona del deudor, dicen que el acreedor ejercita un derecho del deudor como ejercitaría un derecho suyo, sin mandato legal, ni convencional.

Esta doctrina no soporta dos argumentos decisivos que se le han dirigido. Es el primero que, en el fondo, el derecho que ejerce el acreedor deriva del deudor y es por lo tanto inexacto decir que su derecho no emana del deudor. El segundo es que el deudor mediato no puede oponer al acreedor de su acreedor las excepciones que se refieran al primero, sino que debe limitarse á oponerle las relativas al segundo. Luego, si el acreedor obrara *ex jure* propio no se explicaría esa diferencia.

Esas doctrinas, que son las principales, tienen pues, sus puntos débiles. Son atacadas y no pueden sostenerse después de las objecciones que los autores les dirigen.

6 La tarea de demoler es bien fácil; lo difícil es reconstruir sobre las ruinas. Por eso, la dificultad se presenta cuando se trata de presentar una doctrina que sustituya á las mencionadas.

A mi juicio, no hay necesidad de discutir mucho para tratar de encuadrar esta institución en algunas de las conocidas. Ese empeño decidido de los autores ha fracasado siempre, porque se encuentran siempre en ella algunos rasgos distintos de los que tienen las instituciones análogas en el derecho moderno. Ese fracaso me hace creer que es empeño inútil porque la institución que nos ocupa tiene caracteres propios.

No veo entonces por qué se le ha de negar la individualidad. Si el acreedor, al ejercer la acción subrogatoria tiene caracteres de mandatario y del *procurador in rem suam;* si parece á veces ejercer un derecho propio y sin embargo no puede justamente compararsele á ninguna de esas figuras jurídicas, la consecuencia que de ello se deduce es que no puede confundirsele con ninguna de ellas.

El acreedor saca su derecho de la ley; está en una posición jurídica particular á él y las reglas que han de regir el

ejercicio de sus derechos le son completamente propias. Hé aquí, como me parece que puede resolverse la cuestión.

II

1. Resuelta esa primera cuestión, se presenta enseguida otra: la relativa á las atribuciones del acreedor al ejercitar la acción subrogatoria. Conviene dividir la cuestión legal de la cuestión doctrinaria, y en éste, como en el punto que acabamos de estudiar, los autores piensan de distinta manera.

Esas opiniones diversas se pueden reducir á tres grupos. En uno de ellos están Larombière y Proudhon. Estos piensan que la acción subrogatoria es un mero procedimiento conservatorio. Creada, dicen, para salvaguardar los derechos de los acreedores, ella está destinada á impedir la disminución de la garantía, de la prenda común, y está limitada por este mismo fin. No se puede ir más allá, una vez que se ha conseguido el fin para el cual el código la consagra. Todo lo que salga del límite de estas atribuciones es atentatorio al derecho del deudor, y desconoce la naturaleza de la acción subrogatoria. En una palabra: *hay subrogación de acciones y no de derechos*, y el acreedor debe limitarse á hacer pagar al deudor de su deudor y nada más.

2. Labbé y Demolombe, contrariamente á lo que creen los anteriores autores, opinan que la acción subrogatoria es un procedimiento directo para que el acreedor cobre su crédito de manos del deudor mediato.

La argumentación de estos autores, aparentemente, es sólida. En general, se reduce á sostener que la acción subrogatoria sería completamente ineficáz si el acreedor tuviera que limitarse á hacer entrar en el patrimonio de su deudor los bienes que á éste le debiesen. Ningún acreedor, por más corto de alcance que fuera, arriesgaría su trabajo y su dinero para que el deudor de su deudor pagase á éste, si luego su deudor pudiera enajenar ó perder de cualquier manera el producto del crédito cobrado. Sería ilusoria la garantía que se daría al acreedor, y la acción subrogatoria vendría á ser completamente inócua.

Por estos motivos sostienen estos autores, que el fin de la acción subrogatoria es hacer efectivo el cobro del crédito. Esta opinión es, por otra parte, la seguida generalmente. Laurent, es generalmente colocado entre los que siguen esta doctrina; pero, hace una modificación que altera su sentido general.

Reconoce que es un procedimiento dirigido al cobro del crédito, pero reduce el efecto, únicamente á hacer entrar el producto de la acción ejercida, en el patrimonio del deudor. Con razón, pues, Giorgi afirma que eso envuelve una contradicción.

3. En fin, hay una teoría intermedia, sostenida por Giorgi, que crée que el acreedor puede hacer las dos cosas: ó se limita á simples procedimientos conservatorios del patrimonio del deudor, ó llega hasta conseguir la chancelación de su crédito de manos del deudor de su deudor.

« El fin actual de los acreedores, dice, « puede ser doble: conseguir el pago « apropiándose directamente del pro- « ducto del derecho ó de la acción que « ejercita; ó bien conseguir una garan- « tía ó un medio de pago vertiendo el « producto en el patrimonio del deudor, « para apropiárselo ó vendérselo más « tarde. Si el acreedor quiere ó puede « cobrar rápidamente y el producto del « derecho ó de la acción se presta para « una apropiación directa, usará de uno « ú otro medio para hacerse pagar. Si « no puede ó no quiere cobrar en segui- « da, pero tiene motivo para temer que, « abandonando aquel ejercicio, le lle- « gue á faltar la posibilidad de cobrar « su crédito, lo mismo que si el producto « de la acción ó del derecho no es de na- « turaleza de poderselo apropiar inme- « diatamente, usará de la acción subro- « gatoria para conservar su prenda, es « decir, el patrimonio de su deudor; usa « rá de ella para hacer entrar el produc- « to en el patrimonio mismo, por donde « lo convierte en un medio de pago fu- « turo »

Como se ve, el sabio italiano, hace depender los efectos de la acción subrogatoria de la intención del acreedor y de la naturaleza del crédito á cobrar por éste. Pero, en cuanto á dar la razón de la autoridad que en derecho pueda tener esa intención, se limita á decir que del texto de la ley se desprende claramente que el legislador ha querido decir que

el acreedor puede intentar cualquiera de los dos procedimientos indicados.

En efecto, el Código Civil Italiano dice que «*Los acreedores, para conseguir lo que se les debe*», etc., de donde parece, en verdad, desprenderse que pueden llegar hasta cobrar directamente su crédito con el crédito de un deudor. Conviene, no obstante, hacer notar que no todos los autores italianos están conformes con esa interpretación y que algunos, como Borsari, créen que el acreedor no puede cobrar directamente.

Pero, de cualquier modo, por discutible que sea la cuestión, es improcedente traer á un debate puramente doctrinario, un artículo del derecho positivo.

4. Tales son las principales doctrinas. En presencia de ellas, yo no vacilo en considerar como verdadera la primera, que, expuesta por Larombière y Proudhon, sostiene que el acreedor sólo puede usar procedimientos tendientes á conservar el patrimonio de su deudor.

Me parece indudable que el fundamento de la acción subrogatoria no es otro que el indicado en páginas anteriores y resumido en el artículo 2346 de nuestro Código Civil: que todos los bienes de un deudor, presentes y futuros, son la garantía de sus acreedores, y como en esos bienes están comprendidos todos los derechos, éstos también garantizan las deudas. Pues bien, si el acreedor no puede en *ningún* caso apropiarse directamente de *ningún* bien de su deudor para la satisfacción de su crédito, ¿por qué se ha de hacer excepción cuando se trate de bienes incorporales? ¿Por qué se le va á dar entonces, el derecho de cobrar directamente su crédito á otro que no sea el mismo deudor?

En este caso, el deudor de su deudor podría negarse á pagarle, alegando, con razón, que él le debe á su acreedor y no al acreedor de su acreedor, y que, por lo tanto, si á él le pagara, su pago podría ser reputado no hecho por no haber pagado á su verdadero acreedor. Y no se alegue aquí la representación ni el mandato, porque esas doctrinas ya están refutadas No hay aquí ninguna sombra de mandato ni de representación: es el acreedor quien obra armado de un recurso que le facilita la ley.

Admitir otra cosa es, como lo afirma Borsari, permitir que el acreedor se haga justicia por sí mismo; es dar al acreedor un *jus in rem* en vez del simple *jus ad rem* que tiene sobre los bienes que componen el patrimonio de su deudor, es, en fin, permitir una ofensa al orden público que rechaza todo lo que desconozca el principio de autoridad.

En cuanto al argumento de la ineficacia de la acción subrogatoria limitada á esos efectos, se desvanece cuando se tiene presente que el acreedor tiene medios suficientes, consagrados en todas las leyes procesales, para impedir que el deudor haga desaparecer los bienes de su patrimonio. Y, en todo caso, si el deudor enagena de buena fé el producto de sus créditos no hace más que usar de su derecho de propiedad y es sabido que *qui jure suo utitur neminem lædit.*

3.º CONDICIONES REQUERIDAS PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN SUBROGATORIA

1.) El ejercicio de esta acción está subordinado á condiciones que, exigidas unas veces por la letra expresa del código, y otras, por la jurisprudencia, se dirigen á regular el procedimiento para hacer más eficáz el resultado de la acción. En rigor, como lo observa Laurent, es principio inconcuso que no puede el intérprete crear condiciones, porque eso sería hacer la ley.

Pero, es que hay condiciones requeridas para el ejercicio de un derecho que fluyen de la naturaleza misma de ese derecho, y el intérprete puede y debe admitirlas La dificultad está en determinarlas sin extender la ley; y, á veces, esa dificultad es muy grande.

Interés, crédito y observancia de las formalidades son las tres condiciones exigidas, á las cuales añade expresamente la ley una cuarta: que se trate de ejercer derechos no personales.

2.) *Interés.* Parecería supérfluo exigir esta condición, desde que es principio invariablemente aceptado en derecho procesal que la base de toda acción es el interés. Pero esta condición entraña ciertas consecuencias y por eso los autores la estudian detenidamente.

El interés debe ser ante todo actual. El acreedor no podría intentar esta acción si el patrimonio de su deudor fuera más que suficiente para garantir su crédito, porque entonces no tiene interés en hacer uso de este recurso, pudiendo

cobrar de inmediato á su deudor, si su crédito es simple.

De aquí surge la cuestión de si es necesario constituir en mora al deudor para constatar la negligencia del deudor. Laurent y Larombiére entienden que no, en tanto que Demolombe, Labbée, Marcadé y Colmet de Santerre créen que es necesaria la constatación de la negligencia del deudor y que sólo cuando se constate evidentemente que el deudor rehuse obrar, se podrá hacer uso de la acción subrogatoria; porque si no, podría ser que ya el deudor estuviera ejerciéndola ó que tuviera motivos fundados para no ejercerla.

La mora, observa en cambio Laurent, no está ex gida por la ley y no parece ser inherente al derecho que la ley acuerda á los acreedores. Lo único que puede exigirse es que haya certeza de que el deudor no obra, y eso se constatará por la misma acción de los acreedores. En efecto, si ellos obran contra el tercero, deudor de su deudor, éste les opondrá la excepción de que el deudor ya ejerce el derecho litigioso, y, si se constata el hecho, el deudor entrará en el litigio. Si no les opone esta excepción, será esa la prueba de que el deudor no acciona y los acreedores seguirán adelante.

3.) *Crédito.* ¿Basta un crédito cualquiera, ó es necesario que sea hipotecario ó que no lo sea? En general la doctrina resuelve que el crédito puede ser simplemente quirografario ó hipotecario. Algunos exigen que el acreedor sea quirografario. Excluyen á los hipotecarios, porque, se dice, éstos tienen ya su crédito garantido con el bien sobre que recae. Pero esto parece infundado. Los acreedores hipotecarios ó prendarios pueden tener tanto interés en que el patrimonio de su deudor se conserve y es injusto negarle esa garantia.

Respecto á la exigibilidad del crédito hay disconformidad en los autores. Hay quien como Laurent, Colmet de Santerre y Demolombe créen que el crédito debe ser exigible y vencido, y hay quien como Larombiére y Mourlon entiende lo contrario; no faltando tampoco quien como Giorgi y Aubry y Rau crée que hay que distinguir el caso en que el acreedor tiende á conservar el patrimonio del deudor, del caso en que pretende cobrar de inmediato su crédito. La divergencia proviene, como lo observa Giorgi, de la naturaleza diversa que los autores le dan á la acción subrogatoria. Los que ven en ella un mero procedimiento conservatorio, no exigen que el crédito sea vencido y exigible, mientras que los ven en ella sólo un procedimiento para el cobro, necesitan exigir un título exigible y vencido.

Pero, la verdad es que el acreedor de crédito no vencido aún, no tiene derecho para poner en duda la buena fé de su deudor, desde que él ha depositado su confianza en él al concederle el plazo ó la condición. Sólo cuando el plazo haya vencido ó la condición se haya cumplido, y no se le satisfaga su crédito, tendrá derecho para ejercer la acción subrogatoria porque sólo entonces el deudor no gozará de la confianza del acreedor.

El acreedor debe tener un título ejecutivo, dicen algunos como Labbé. Esto es inexacto: el fin de la acción subrogatoria no es ejecutar, ni cobrar al deudor del deudor; el fin es hacer entrar al patrimonio del deudor los bienes que están fuera de él. Por ésto no hay razón ninguna para exigir título ejecutivo.

Vanamente se invoca, como lo hace Labbé, la antigua tradición. La tradición carece de autoridad ante los principios y los textos análogos del derecho moderno.

Todos los acreedores, sin distinción de fechas, pueden ejercer esta acción. No hay, pues, desde ese punto de vista preferencia entre los acreedores por la fecha en que contrajeron sus créditos, como no la hay tampoco entre los créditos anteriores ó posteriores á la constitución del crédito del deudor. En ambos casos se trata de créditos exigibles y en igualdad de condiciones, los motivos sobre los que descansa la acción subrogatoria tienen la misma fuerza.

4.) *Formalidades.* Nuestro código resuelve en el articulo 1269 una cuestión que ha dividido siempre la doctrina y la jurisprudencia. Me refiero á la autorización judicial requerida para que el acreedor pueda ejercer los derechos y acciones de su deudor. La cuestión por lo tanto, si no carece de importancia pierde gran parte de ella porque no tiene sino un interés meramente doctrinario.

En doctrina, no se ve la necesidad de esta exigencia que, en muchos casos, resultará un trámite inútil. Desde que no se trata de cobrar directamente, sino de procedimiento puramente conservatorio del patrimonio del deudor, el acreedor podrá directamente entablar la acción contra el deudor de su deudor. La intervención del juez está, entonces, demás.

Se discute también, si el deudor debe ser citado para que comparezca en el juicio que siga el acreedor. La cuestión es importante porque van en ella envueltos principios de sumo interés.

Casi todos los autores niegan el efecto de cosa juzgada á la sentencia dictada en el litigio sostenido por el acreedor y el deudor de su deudor respecto al deudor inmediato, porque éste, se dice, no ha intervenido en el pleito. Entonces para obviar este inconveniente exigen, como lo hacen Demolombe y Giorgi, que el deudor sea citado al juicio.

La cuestión, legalmente, no puede resolverse así.

Laurent tiene razón cuando dice que esa obligación legal de citar al deudor no está en la ley y no se pueden crear obligaciones de esta clase sin ley que las establezca. Las razones alegadas tienen su valor en la doctrina, y en esa parte yo entiendo que la citación del deudor debe necesitarse; pero de la doctrina á la ley hay gran distancia.

Por otra parte, regularmente las partes interesadas, el acreedor ó el deudor mediato, se encargarán de suplir la omisión de la ley: una provocando la intervención del deudor inmediato y la otra citando al acreedor para que tenga conocimiento del juicio.

5. *El derecho ejercido no debe ser personal.* Grave cuestión entraña esta condición puesta por la ley al ejercicio de la acción subrogatoria. Grave, no porque se haya pretendido desconocerla, pues todos la reconocen como fluyendo de la naturaleza de esta acción, sino por la indeterminación de la fórmula que la encierra.

Derechos personales, dice la ley. ¿Pero cuales son los derechos personales y cuales los no personales? Aquí es donde se mortifican los autores y donde escollan las investigaciones de los sabios. Hallar el criterio determinante de los derechos personales y de los no personales es una cuestión tan difícil que el más minucioso de los autores-profesores, Mourlon, se declara vencido por la ardua tarea.

Pero hay escritores más firmes que créen hallar la solución. Laurent, por ejemplo, entiende que derechos personales son los derechos *morales* y aquellos que, siendo *morales* y *pecuniarios* á la vez tienen un carácter predominante de *morales*. Para llegar á esta conclusión divide los derechos en morales, pecuniarios y mixtos. Morales son aquellos de donde no resulta un interés pecuniario y actual; pecuniarios aquellos que pueden avaluarse en dinero, y mixtos los que participan de dos caracteres, como el derecho de pedir la separación de bienes.

Antes de esa solución se aceptaba generalmente la propuesta por Merlin, que fué el primero que intentó encontrar el criterio de que tratamos. Para este célebre jurisconsulto, son derechos personales los que no pueden ser trasmitidos á los herederos, ni cedidos. Parece que ésto es muy natural. Nunca será más personal un derecho que cuando no puede pasar á otra persona: será verdaderamente inherente á la persona.

La doctrina de Merlin se rechaza hoy, porque no ha tenido en cuenta la naturaleza particular del derecho que el artículo 1269 acuerda á los acreedores: por una parte es una consecuencia del derecho de prenda que le corresponde sobre los bienes del deudor y por otra es un derecho que ejercen á nombre del deudor.

En tanto que el derecho forme parte del patrimonio del deudor, los acreedores deberán tener la facultad de ejercerlo, puesto que es su prenda; pero no es su derecho el que ejercen, sino que obran á nombre del deudor. Queda por saber si ellos pueden obrar siempre á nombre del deudor, ó si el derecho es de tal naturaleza que su ejercicio por los acreedores sea imposible.

Ahora bien, Merlin ha confundido dos ideas distintas: la cuestión de saber si una acción es trasmitible ó cedible, que es diferente de la cuestión de saber si la acción puede ser ejercida por los acreedores. Resulta de ahí que existen derechos que son cedibles y sin embargo no pueden ser ejercidos por los acreedores, como la indemnización debida por un delito; y que hay otros, trasmisibles á los herederos y no pueden ser ejerci-

dos por el acreedor, como la acción revocatoria de una donación por ingratitud.

Aubry y Rau entienden que son derechos inherentes á la persona: 1.º Los que por disposición especial de la ley no pueden ser ejercidos sino por el deudor. 2.º Los que según el *motivo* ó el *fin* en cuya mira se les ha concedido no pueden ser ejercidos sinó por el deudor ó por lo menos no pueden serlo contra su voluntad por otra persona. Nótese que estas mismas palabras, que están traducidas literalmente, constituyen el 2.º inciso del artículo 1269 de nuestro código, y por tanto es aplicable á él la crítica que se dirige á Aubry y Ran y que se resume en estos términos: que sería necesaria una segunda definición para comprender la segunda categoría de derechos personales, porque la primera nadie puede ponerla en duda.

Naquet ha propuesto, en fin, que se consideren derechos personales los que no pueden cederse, ni empeñarse, opinión que no soporta la misma crítica que se le dirije á Merlin.

Entre tanto, véase como aprecia Giorgi esas diversas teorías:

« Sobre todas esas fórmulas no tene-
« mos qué decir más que una cosa sola.
« Será nuestra insuficiencia, pero no
« alcanzamos á comprenderlas clara-
« mente, y sobre todo no entendemos
« como se pueden proponer esas fórmu-
« las con la intención de sustituir una
« fórmula más clara á la usada por la
« ley. Trátese de determinar cuando
« concurre la analogía; ó trátese de
« determinar cuando el motivo ó el fin
« se oponen al ejercicio por parte del
« acreedor; ó trátese en último término,
« de establecer cuando el derecho es
« moral y pecuniario, las dudas y las
« dificultades no serán menores que las
« que se encuentran buscando derecha-
« mente cuales son los derechos y accio-
« nes exclusivamente inherentes á la
« persona del deudor. ¿Qué cosa concluir
« de todo esto? añade Giorgi. En el es-
« tado de confusión secular en que se
« agitan la doctrina y las leyes esta de-
« finición será peligrosa, exclama el más
« brillante y severo crítico del Código
« Napoleón, Demolombe, quien reconoce
« que es verdaderamente imposible, por-
« que la naturaleza misma del objeto se
« resiste; y ésto lo vamos á reconocer
« exponiendo tan diversas y á veces tan
« delicadas consideraciones de donde
« puede resultar, según la circunstan-
« cias y no perdiendo de vista los prin-
« cipios particulares de las diferentes
« materias, ese carácter personal que
« obliga á rehusar á los acreedores el
« ejercicio de un derecho ó de una ac-
« ción de su deudor. Por eso, los que
« han querido encerrar esta excepción
« en los términos de una definición ri-
« gurosa han fracasado evidentemente.

« Nosotros creemos, pues, termina el
« tratadista italiano, que una definición
« científica de los derechos exclusiva-
« mente inherentes á la persona del deu-
« dor no es posible de ninguna manera».

No vacilo en seguir, en este punto, la doctrina de Giorgi y Demolombe. Todas las tentativas han fracasado y la de nuestro Código, que no es más que la de Aubry y Rau, es pasible de la misma observación. Esta es una cuestión de hecho que sólo se resuelve, aún con incertidumbre, mediante una enumeración, en cuanto sea posible completa, de los derechos que se juzgan personales.

4.º EFECTOS DE LA ACCIÓN SUBROGATORIA

1. Los efectos de la acción subrogatoria deben ser examinados relativamente á las diversas personas cuyos intereses deben ó pueden ser tocados. Estas personas son: 1.º El acreedor que ejercita los derechos ó acciones; 2.º el deudor de cuyo derecho ó acción se trata; 3.º el deudor del deudor, contra quien se acciona y 4.º los otros acreedores del deudor.

2. Los efectos de esta acción respecto al acreedor que la ejerce son: en primer término constituirlo en actor del derecho de su deudor, de donde se sigue que el deudor mediato podrá oponerle todos los medios de defensa que podría oponerle al deudor inmediato, y no podrá oponerle las excepciones con las que lo rechazaría si el acreedor ejerciera un derecho suyo. Además, en cuanto se refiere directamente al acreedor, el deudor mediato podrá oponerle la falta de cualquiera de las condiciones que hemos enumerado anteriormente y podrá también en cualquier momento desinteresarlo, pagándole el total del crédito en que funda su derecho.

3. En cuanto á los efectos de esta acción con relación al deudor inmediato, la única cuestión digna de estudio es la relativa á los efectos de la sentencia intervenida en caso de un juicio entre el acreedor y el deudor mediato. Las opiniones están sumamente divididas. En general, puede decirse que el principio de *res judicata inter alios* debe recibir aquí también su aplicación: un juicio del cual el deudor no tiene conocimiento, ni se ha procurado dárselo, no puede tener efectos contra él, ni en su favor, á menos que después preste su asentimiento.

Para evitar ese peligro, tanto el deudor mediato como el acreedor tendrán cuidado de hacer citar al deudor inmediato para que el juicio no resulte inútil.

En fin, hay que agregar el efecto general de la acción subrogatoria: el de aumentar su patrimonio con el producto de la acción ejercida ó disminuirlo si la acción no progresa.

4. Respecto al deudor del deudor, los efectos de la acción ejercida por el acreedor serán: ó se verá desligado para siempre de la deuda, ó se verá obligado á pagar á su acreedor la cosa exigida por el acreedor de su acreedor. Tiene todos los recursos de que hemos hablado al tratar los efectos con relación al acreedor, recursos aceptados todos por la doctrina, salvo el relativo al desinterés del acreedor por el deudor mediato.

Laurent, siguiendo á Larombière, en efecto, no acepta que el tercero, deudor, pueda desinteresar al acreedor. Se expresa así:

« La acción del acreedor no tiende al « pago de lo que se le debe; su crédito « es sólo el título que le da interés y ca« lidad para obrar; pero él no moldea la « demanda en los límites de su interés, « sino que obra y la dirige á nombre del « deudor cuyos derechos ejerce». «Es el « derecho del deudor lo que ejerce el « acreedor, el derecho total, derecho in« divisible entre el deudor y el tercero. « No se concibe una acción dividida. Si « la acción fuera dividida se obligaría á « todos los acreedores á intervenir, ¿y á « qué esos gastos frustratorios, puesto « que los acreedores están representa« dos por el deudor y si el derecho del « deudor es el ejercido y el que forma el « objeto de la demanda? Larombiere « tiene razón al decir que el acreedor « obra directamente en el interés del « deudor é indirectamente en su interés. « En vano se lo niega: si la acción no se « detiene, si continúa ¿cuál será el re« sultado?. ¿Será el pago del acreedor? « De ninguna manera; el producto del « derecho entrará al patrimonio del deu« dor; luego, en su interés, ó mejor di« cho, en interés de todos los acreedores « la acción es ejercida. Esto decide la « cuestión: el acreedor no puede desin« teresarse por la oferta de pagarle que « el tercero le haga.»

De esa transcripción sólo debo observar que se equivoca Laurent y con él Larombiere, cuando afirman que el acreedor se mueve por el interés de su deudor. Decir eso es, como ya lo he repetido, desconocer la naturaleza del hombre, y juzgar la intención de una acción por los efectos que produce.

En cuanto al fondo del párrafo transcripto no hay necesidad de refutarlo, porque á continuación de él se lée lo siguiente:

« Es preciso, sin embargo, admitir una « restricción á esta opinión: según el có« digo, un tercero puede pagar la deuda « de otro, luego pues, el tercero deudor « podrá hacerlo; él puede, si es preciso, « obligar al acreedor á recibir el pago, « y una vez hecho el pago, el deman« dante no es más acreedor, y por con« siguiente no puede continuar la ac« ción.»

Pues bien, ni más ni menos sostiene la opinión contraria. Á nadie se le ocurre que la simple *oferta* pueda desinteresar; lo que se sostiene, es, precisamente, que una vez hecho el pago, el acreedor deja de tener interés y, por lo tanto, deja de tener acción.

5. Los efectos de la acción subrogatoria en lo que se refiere á los co-acreedores se discuten porque no se está de acuerdo sobre la naturaleza de la acción, y ésto decide la cuestión.

Larombiére, Massé, Colmet de Santeme, Laurent y todos los que ven sólo un procedimiento conservatorio en la acción subrogatoria, creen, á mi juicio con razón, que el producto de la acción aprovecha á todos los acreedores.

Labbé y Demolombe, como ven en la acción subragatoria un procedimiento directo para el cobro del crédito, se ven obligados á sostener que no aprovecha sino al que la ejercita, por-

que ese solo cobra. Y en fin, Giorgi, vuelve con su acostumbrada distinción y piensa que eso depende del fin que se propone el acreedor.

Como discutir este punto nos llevaría á discutir el otro de la naturaleza de la acción subrogatoria, ya tratado en páginas anteriores, creo que no se debe sino enumerar las consecuencias de las doctrinas, como queda hecho.

Naturalmente, que si á todos aprovecha la acción ejercida, los gastos ocasionados serán pagados por todos los acreedores, y si no, los pagará el que se aventuró en el juicio, temeraria é imprudentemente.

ACCIÓN PAULIANA

CONCEPTO, ORIGEN Y FUNDAMENTO

1. Acabamos de estudiar tan ligeramente como es permitido hacerlo en esta clase, la llamada acción subrogatoria. El que después de haber visto como la ley subrogando al acreedor en los derechos y acciones de un deudor lo proteje contra la inacción involuntaria ó maliciosa del mismo, creyese que mediante ese recurso jurídico la tutela del acreedor fuese completa, se equivocaría grandemente y demostraría ignorar cuáles son las vías por las cuales un deudor puede llegar á defraudar á sus acreedores. Muchas veces, un deudor, no por medio de omisiones sino por medio de acciones, puede consumar frudulentas sustracciones con perjuicio de los acreedores, sea que á ésto lo induzca el deseo de favorecer á un tercero, sin pensar en los acreedores, sea que lo impulse el simple deseo de perjudicar á sus acreedores, lo que es muy raro; pero es posible. La ley entonces ha debido protejer á los acreedores contra este peligro y ahora corresponde ocuparse del recurso jurídico concedido por aquella para lograr ese fin: ésto es, de la acción pauliana.

Se desprende de esas consideraciones que la acción pauliana es la facultad que la ley concede á los acreedores para pedir la rescisión ó la revocación de las enagenaciones efectuadas por su deudor con fraude y en su perjuicio.

Ese es el concepto generalmente aceptado por los autores y por los códigos. Entre èstos sólo el Argentino establece un restricción : no permitiendo que los acreedores hipotecarios ejerzan la cación pauliana. De esta restricción á su debido tiempo nos ocuparemos.

2. Esta acción es contemporánea del procedimiento Rutiliano de que he hecho mención al considerar el orígen de la acción subrogatoria. La historia, muy frecuentemente avara de sus noticias, para los sabios que buscan en la veneranda memoria de la sabiduría antigua el orígen de nuestras instituciones civiles, se limita á hacer saber que el magistrado romano que consignó en el Edicto Perpetuo el recurso jurídico de que voy á tratar, fué un pretor llamado Paulo. Y la calificación que, en gracia de este nombre, ha quedado á este recurso en el foro moderno, es la prueba más clara que la acción pauliana puede dar de su origen puramente romano.

Conjuntamente con este recurso, á juicio de la mayoría de los romanistas, se dió un interdicto dirigido al mismo fin. Los títulos del Digesto no dejan duda á este respecto, pero no dicen nada de la diferencia que había entre los dos recursos. Aun más: es dudoso cuál era en derecho romano la naturaleza de la acción pauliana: si era personal, real ó mixta. De ahí las profundas disputas de los doctos romanistas que aferrados cada uno á un trozo del Digesto ó de los Códigos pretenden dar una solución distinta.

Claro que á nosotros poco nos interesa el resultado de esa discusión, pues no porque sea de orígen romano, vamos á dejar de considerar la naturaleza de esta acción á la luz de los principios que informan la ciencia del derecho moderno.

Caído el imperio romano, sus instituciones jurídicas vagaron latentes durante los siglos bárbaros, hasta que fueron recogidas por los glosistas y los prácticos, quienes, con más ó menos sofismas y argumentos, trataban de darles una interpretación acomodada á las exigencias de la época, presentándolas, no obstante, como si fueran genuinamente romanas. La acción pauliana pasó ilesa por esas manos, y el derecho moderno la aceptó con más franqueza que algunos de los jurisconsultos que han inspirado la legislación actual. Pothier, en efecto, apenas si nombra la acción pauliana, considerándola como una institución que pronto desapareceria. Grave error

Definición

éste de Pothier, no sólo porque desconocía el fundamento de esta acción, sino por sus consecuencias, pues siguiendo siempre los compiladores del Código de Napoleón, los dictados de Pothier, apenas si en tres líneas dejaron esbozada la acción pauliana.

Los códigos posteriores, tratando después de suplir este vacío, añadieron á aquella fórmula descarnada, ciertas palabras que aclaran el sentido, explicando su amplitud y sus condiciones.

Esa es la historia de la acción pauliana.

3. ¿Es injusta esta acción ó es contraria á la equidad? Ni lo uno, ni lo otro. Conforme con los principios de la equidad, es la expresión de los principios de la justicia. Se apoya, en primer término, sobre ese principio, tantas veces repetido, de que los bienes de un deudor son la garantía de sus acreedores, y requiere la ayuda de aquellos dos principios según los cuales nadie debe enriquecerse con daño de otro, y todo el que comete un daño debe repararlo.

Aceptar la acción pauliana no importa, como erróneamente podría creerse, ligar al deudor, privándole del derecho de enagenar sus bienes. Nada de eso. Los bienes del deudor son la garantía de sus deudas, es cierto, pero lo son mientras estén en su patrimonio. En saliendo de él, mediante enagenaciones hechas de buena fé, dejan de ser del deudor y por eso dejan de garantir sus deudas. Pero si esos bienes son sacados de su patrimonio con el fin de que no sirvan de garantía á las deudas y perjudicando así los derechos que importan los créditos, entonces desaparece la buena fé y el acto es anulable, porque envuelve un ataque al derecho de los acreedores. Esa es la economía de la acción pauliana: para remediar los efectos de la mala fé se la ha consagrado en el código.

Claro es que el fundamento de la acción pauliana tiene que ser más complicado que el de la subrogatoria, porque el hecho de lesionar intereses de terceros, que pueden ser de buena ó de mala fé, hace que no baste el principio del artículo 2346 de nuestro Código Civil, como sucede en la acción subrogatoria. Por eso se recuerdan siempre los otros dos aforismos: uno, que todo enriquecimiento injusto ó con daño de otro no debe ser protegido, principio que se aplica al tercero adquirente de buena fé; y el otro según el cual todo daño debe repararse, y que se aplica al adquirente de mala fé.

Tales son los principios que justifican la acción pauliana, la cual lejos de ser de existencia precaria como lo creía Pothier, tiene su vida jurídica perfectamente asegurada mientras existan deudores de mala fé y acreedores cuyos derechos deban ser protejidos. Y no es posible decir cuando cesará de haber ninguna de esas dos clases de personas.

2.º NATURALEZA DE LA ACCIÓN PAULIANA

1. Hay casi uniformidad entre los autores modernos, en cuanto se refiere á considerar esta acción como personal. Algunas Cortes francesas é italianas insisten aún en creerla real pero esa limitadísima excepción desaparece ante la enorme cantidad de opiniones en contrario. Según ya he dicho, en derecho romano la acción era de una naturaleza dudosa. Párrafos hay de las Institutas de donde se desprende claramente el carácter real de esta acción basado en que no se tiene en cuenta la persona que posée la cosa, sinó el caracter del acto en cuya virtud la cosa salió del patrimonio del deudor. Párrafos hay, en cambio, del Digesto en donde se la considera como personal, en virtud de que siempre se tiene en cuenta los actos de alguna persona determinada y es sólo invocando esos actos, como se puede ejercer la acción pauliana.

La Glosa y los primeros intérpretes, siguiendo la segunda doctrina, la consideraban personal, mientras que los intérpretes más modernos, siguiendo á las Institutas, la miraban como real. Algunos hubo que la consideraban *personalis in rem scripta*. De modo que de ese conjunto de opiniones no se saca nada en limpio. Hay que atenerse, pues, como dice Laurent, á los verdaderos principios. Encarada así la cuestión, hay que resolver que es personal.

2. Es personal en su principio, porque de hecho son los acreedores quirografarios quienes la intentan, pues los prendarios y los hipotecarios, en la mayor parte de los casos, tienen su garantía particular. Es además personal por el motivo sobre que está fundada: él fraude del deudor.

Ahora bien, no hay nada más personal que el fraude. Es cierto que la acción se da también contra el tercero que contrató con el deudor, pero la regla es que será cómplice del fraude; y cuando ella se dá contra un donatario de buena fe, es porque el donatario es parte en un contrato fraudulento, y porque si no se diera, una persona se enriquecería injustamente, pues lo haría con daño de otro.

Fundada sobre el fraude, la acción emerge de una relación de obligaciones entre el deudor y el tercero, y, por tanto, es esencialmente personal.

3.° CONDICIONES PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PAULIANA.

1. De la definición dada anteriormente se desprende que los elementos de la acción pauliana son cinco: 1.° un acreedor que la ejerce; 2.° un deudor autor del hecho que motiva la acción; 3.° un tercero, contra quien se dirige la acción; 4.° fraude; y 5.° perjuicio para el acreedor.

2. *Quien puede obrar.* — Para poder obrar, esto es, para poder ser acreedor con derecho á ejercer la acción pauliana se precisa ante todo tener un crédito. ¿Ese crédito debe ser hipotecario, personal ó es indiferente que sea lo uno ó lo otro? El código Argentino, según queda dicho. no permite el ejercicio de esta acción á los que no sean acreedores quirografarios. Es una excepción al sistema generalmente seguido. ¿Es justificable esta excepción? No me parece.

La cuestión por lo demás no es nueva. Ya la discutieron los intérpretes de la Edad Media. Se decia entonces: el acreedor hipotecario no puede ser perjudicado por la enajenación fraudulenta que del bien haga el deudor pues su *jus in rem* seguirá á la cosa en manos de quien quiera que lo tenga. Luego, se concluía, conceder este recurso jurídico es superfluo y constituye un exceso de garantías, y todo exceso debe evitarse con cuidado.

Esa opinión encontró ya opositores en la época en que se emitió. Hoy en cambio no encuentra sostenedores y parece que debiera ser vana toda tentativa de querer resucitarla. La razón es fácil de alcanzar. Si el acreedor hipotecario ó prendario tienen remedios más seguros que la acción pauliana, esto quiere decir que muy raramente recurrirá á esta acción para garantir su derecho; pero, en buena lógica, no se puede concluir de ahí que deba ser privado de la facultad de ejercitarla cuando lo crea oportuno. Más de una vez puede suceder que el bien sobre el cual pesa el derecho real no alcance, por cualquier circunstancia, para cubrir el crédito, y negar entonces al acreedor hipotecario el derecho de prevenirse contra la malicia del deudor, sería establecer una irritante desigualdad entre los acreedores y, lo que es más grave, sería sancionar una inmoralidad y proteger al que, mediante un fraude, tiene un provecho ilícito.

Pues bien, á esta consecuencia, se llega con el precepto del código Argentino. Por eso decia que envolvia una irritante injusticia.

Otro carácter del crédito, es que debe ser anterior al acto ó contrato que se ataca. La razón es clara. Los acreedores posteriores no pueden sufrir perjuicio por una enajenación anterior á la fecha de su crédito, sencillamente porque la garantía de su crédito no comprendía aquel bien enajenado fraudulentamente. Claro es que ésto supone fecha cierta en el crédito como en el acto que se ataca. Pero puede suceder que ese requisito falte y entonces pueden presentarse tres casos:

1.° El acto tiene fecha cierta, y el crédito no la tiene.

2.° El crédito tiene fecha cierta, y el acto no la tiene.

3.° Ni el acto ni el crédito, tienen fecha cierta.

El primer caso es el más común y la solución es distinta según los autores. Laurent y la mayor parte de las Cortes francesas, consideran al contratante como un verdadero tercero y le permiten desconocer el crédito. Aubry y Rau, al contrario sostienen que no puede desconocerlo y sólo exceptúan el caso en que la insolvencia del deudor sea producida por el acto de que se trata. En fin, Demolombe, Larombière y Giorgi, entienden que hay que distinguir si el tercero es de buena fé ó procede con fraude. Si es lo primero, puede hacer uso del recurso que el Código Civil concede á todo tercero, en el artículo 1561, y si es fraudulento no se les dá ese recurso porque el fraude nunca puede llegar á ser arma de defensa.

Yo entiendo que en buena doctrina, no hay que apartarse de los principios

generales. El contratante podrá hacer uso del derecho acordado en el artículo 1561, porque queda sometido á la regla general. Por eso pienso que Laurent, tiene razón en este punto.

El segundo caso se resuelve también fácilmente. El acreedor es un tercero puesto que obra en nombre propio y no en representación de su deudor; luego, él puede desconocer la fecha del acto atacado y sostener que es posterior á su crédito. si el artículo 1561 se lo permite.

El tercer caso queda también sometido á la regla general de la prueba. El primero que produzca la prueba dará fecha cierta á su crédito y tendrá así, primero, el carácter de tercero pudiendo desconocer el acto ó el crédito, según el caso

Sólo se exceptúan del requisito de la fecha anterior dos casos: el primero, cuando el crédito posterior sirvió para extinguir el anterior, y el segundo, cuando el acto fraudulento se consumó con la intención de defraudar á un acreedor futuro La primera excepción es clara: el crédito anterior ha sido subrogado por el posterior y todo lo que podía perjudicar al primero perjudica al segundo. La segunda excepción sólo es rechazada por Maierini, quien piensa que el acreedor en su caso, sólo tiene la acción de indemnización por daños y perjuicios deriv dos del dolo. Pero, en general, se acepta la otra opinión por encontrarse los dos requisitos esenciales: fraude y perjuicio, y como medio de impedir los actos dolosos.

¿El crédito debe ser puro y simple y vencido, ó basta un crédito á plazo ó bajo condición? La cuestión es bastante dudosa y las opiniones contrarias pueden sostenerse con firmeza. Así Duranton piensa que hay que negar la acción pauliana al acreedor á término ó condicional porque para poder ejercerla es necesario que el deudor por razón del acto fraudulento sea insolvente; de otra manera no tendrá interés el acreedor en atacar la enagenación, pues se cobraría con el resto de los bienes. Ahora bien la insolvencia en la mayor parte de los casos, no se puede constatar sino ejecutando al deudor, y, precisamente, esos acreedores no pueden, por razón del plazo de la condición, ejecutar al deudor. Luego, no puede ejercer la acción pauliana.

Demolombe, Larombière, Proudhon y Maierini conceden el ejercicio de la acción pauliana á esa clase de acreedores. Dicen que la acción se ha instituido en beneficio de todos los acreedores, sin distinción, y tanto los condicionales como los simples, tanto los á plazo como los puros, son igualmente dignos de protección y de ser defendidos contra los ataques del dolo del mismo deudor.

En fin, Laurent la concede al acreedor á plazo y la niega al acreedor condicional.

La cuestión debe resolverse, según creo, en el sentido que lo hace Durantou, con esta sola restricción, que si por cualquier causa la prueba de la insolvencia ocurre antes del vencimiento del plazo de la condición, la acción debe concederse, como sucede en el caso de quiebra, por ejemplo. Esta solución podrá no parecer equitativa, pero es la más jurídica y la más lógica y por eso debe prevalecer.

Para terminar este punto, debo hacer notar el carácter especial en que acciona el acreedor. La ley lo dice expresamente: obra á nombre propio, por derecho propio y no á nombre del deudor; su derecho emana de su crédito y es garantido por la ley. Este carácter distingue eficazmente esta acción de la subrogatoria.

3. *Contra quien se dirije la acción.* — Generalmente se dirije contra el deudor y el que contrató con él en fraude de sus acreedores. Esto no presenta dificultad ninguna. La duda surge al tratar el punto de si una vez que el tercero vendió la cosa á otro que la adquirió de buena fé, procede la acción pauliana.

Si la cuestión tuviera que resolverse por la naturaleza de la acción, es decir, por si es real ó personal, claro es que tendríamos que resolverla negativamente desde que se ha considerado la acción como eminentemente personal. Sin embargo, no es ilógico sostener lo contrario. En efecto, afirma la doctrina y establece el artículo 2303 que los que no tienen en la cosa más que un derecho sujeto á rescisión, no pueden consentir más que derechos sujetos á la misma rescisión. Aplicando este principio, tenemos que el primer comprador no tiene más que un derecho sujeto á anulación, luego, no puede trasmitir al segun-

do sino un derecho sujeto á anulación porque *nemo dat quod non habet.* Luego, cuando la primera venta atacada se anula, la segunda cáe como una consecuencia: el primer comprador es considerado para los acreedores como no habiendo sido nunca propietario; por tanto para ellos, él no pudo trasmitir la propiedad que no tenia. Y es lo justo.

Esa solución responde al fin de la acción pauliana. Si no se admite, se llega á hacer inútil la acción, pues el primer comprador se apresurará á vender la cosa para quedar libre de los efectos de la acción pauliana. La razón, la justicia y la conveniencia están por esta solución que sólo es contrariada por Toullier, Aubry y Rau, habiendo estos últimos cambiado de opinión.

4. *Fraude.* — No se puede hablar de acción pauliana sin pensar inmediatamente en el fraude. Es un elemento inherente á la índole de la acción y aún en el comienzo de su historia se encuentra así caracterizada: *Quæ fraudationis causa gesta erunt*, decía el pretor Paulo en su edicto, y esa regla propuesta por la equidad natural, justificada por razones de fácil evidencia, fué sin oposición aceptada por el derecho común.

La determinación de la idea de fraude es un problema que ha inquietado á los autores y á los códigos. Nada al respecto se descubre bajo la fórmula descarnada del Código Napoleón. El nuestro, procediendo con más acierto, lo mismo que el Argentino, define el fraude. Es el conocimiento de la insolvencia del deudor, dice nuestro Código, dice Laurent, dice Giorgi, dicen casi todos los autores, en fin. Es la intención de perjudicar á los acreedores, dicen algunos autores antiguos, Reinhart entre ellos, y repiten algunas raras Cortes francesas é italianas.

Esta opinión, encierra un gravísimo error, pues de admitirla sería preciso creer que la acción que nos ocupa es una institución innecesaria por lo inútil é inexplicable que llegaría á ser, desde que felizmente, hoy los hombres no son malos por la naturaleza, y no ejecutan los actos por el sólo fin de perjudicar á otros.

Hay deseo de defraudar, dice muy acertadamente Toullier, cuando el deudor conoce el mal estado de sus asuntos, sabe que es insolvente y que el acto que va á ejecutar va á aumentar la insolvencia, y sin embargo lo ejecuta, ó al menos sabe que va á provocarla y sin embargo lo ejecuta. Lesiona entonces los derechos de los acreedores sabiéndolo y, por lo tanto, queriéndolo: tal es el fraude requerido en la acción pauliana.

El fraude tiene aquí un carácter especial. El fraude, en general consiste en maquinaciones dolosas empleadas para hacer equivocar á aquél con quien se contrata Ese no es el fraude de la acción pauliana. El deudor no es culpable de dolo; no pretende engañar á nadie, ni siquiera se puede decir que trata de dañar á sus acreedores, es decir, que ese sea su fin; ese deseo puede existir, pero no es esencial: la conciencia de que las perjudica es sufic ente. Hay entonces fraude cuando al deudor le falta la buena fé que debe presidir la ejecución de sus compromisos.

Claro pues, que la buena fé excluye toda idea de fraude; los hombres se hacen muchas veces la ilusión de que sus recursos son muchos, mientras que en realidad ó son ya insolventes ó están á punto de serlo. El que haga un acto sin saber que es insolvente ó sin saber que pronto lo será por la convención que se propone formar, no es culpable de fraude; y por consiguiente, en esas condiciones no hay lugar á la acción pauliana.

El fraude exigido en esta acc ón debe existir en el deudor siempre, y en el adquirente ó tercero debe existir cuando lo sea á título oneroso. Cuando lo es á título gratuito no se exige el fraude. La razón es que en ese caso hay un conflicto de derechos: el derecho del acreedor que por un acto fraudulento de su deudor vé menoscabado su derecho, y el interés del adquirente que de buena fé aceptó la donación; y entre uno que pierda su derecho y otro que no aumente su patrimonio, la ley no vacila: protege al primero. De no hacerlo así desconoceria aquel principio de que nadie debe enriquecerse á expensas ó con daño de otro, y en nombre de este principio se concede la acción pauliana.

El fraude del tercero adquirente á título oneroso consiste, lo mismo que en el caso del deudor, en el conocimiento de las deudas y en el conocimiento de la insolvencia anterior del deudor ó producida por el acto que se ataca. Aquí, como en el caso del deudor, no es *nece-*

saria la intención de perjudicar á los acreedores.

Por otra parte, no bastará el simple conocimiento de las deudas, porque en verdad, de hecho no es raro que uno contraiga nuevas deudas para extinguir otras viejas y aunque el tercero sepa eso, sino sabe la insolvencia no habrá acción pauliana, porque entonces no hay mala fé.

Cuando el tercero es adquirente á título gratuito y el acreedor lo es también á título gratuito ¿cual de los dos derechos debe prevalecer? Es indudable que debe ser el derecho del poseedor, porque aunque el crédito es anterior, y su derecho á la cosa, si es permitido expresarse así, existía ya antes del derecho del tercero á la misma cosa, el derecho de éste es de mejor calidad por cuanto se aplica aquel principio de que *in pari causa melior est conditio possidentis.* Así, la teoría del fraude en la acción pauliana puede resumirse en los términos que lo hace Maierini: Estando *in pari causa* los acreedores y los adquirentes, deben ser preferidos éstos cuando no hayan participado en el fraude del deudor, y la participación en el fraude es necesaria si los acreedores y los adquirentes no se encuentran *in pari causa*, siempre que se trate para los primeros de evitar un daño y para los segundos de obtener una ganancia.

5. *Daño ó perjuicio.*—No se puede hablar de acción pauliana, decia hace un momento, sin pensar en el fraude. Esto mismo puede decirse del perjuicio, que es también el fundamento de la acción. Sin fraude, no hay acción; sin perjuicio, tampoco. La razón se comprende fácilmente. La base de toda acción es el interés; cuando el acreedor acciona y ataca al acto es porque tiene interés en atacarlo, y ese interés desaparece cuando el deudor tiene bienes suficientes para pagar su crédito. Si él se presentara al juez pidiendo la rescisión del acto, el deudor podria decirle: ¿de qué se queja Vd.? ¿De que yo he cometido fraude contra Vd.? Pues bien, yo tengo el derecho, si es posible llamar á ésto derecho, de intentar defraudar á quien quiera, si no le causo perjuicio. Por lo demás, el caso es ilusorio en la práctica. Difícilmente se encontrará un acreedor tan insensato que se aventure en un juicio de nulidad cuando puede cobrar directamente su crédito.

El perjuicio debe ser causado por el acto que se ataca, y el acto no debe constituir el ejercicio de un derecho exclusivamente inherente á la persona del deudor: tales son los dos requisitos que se exigen al perjuicio, para que se origine la acción pauliana.

El perjuicio causado por el acto tiene que ser la insolvencia del deudor y conviene ahora observar que no basta que lo cause sino que perdure después de causado, pues sino, no habria interés, como si después de ser insolvente el deudor, volviera á ser solvente.

Además, la insolvencia debe ser la consecuencia inmediata del acto, no bastando una consecuencia mediata, es decir, que si la insolvencia es posterior al acto, debe presumirse que ella no fué causada por éste.

Los autores tratan aquí como en el fraude, la cuestión de á quien incumbe la prueba de esas condiciones. A mí me parece ociosa, porque no hay motivo para dudar que se debe aplicar el principio general, según el cual todo el que alega un hecho debe probarlo.

6. Como ya he repetido, para el ejercicio de la acción pauliana se requiere la simultaneidad ó concurrencia de estas condiciones, de tal manera que si falta una de ellas, la acción no procede. La cuestión no se discute, sino en lo referente al fraude y al perjuicio.

En efecto, hay algunos autores y algun código como el Francés, que no mencionan más que el fraude. Muchas veces, una discusión no tiene más motivos que la confusión de términos por no haberse puesto antes de acuerdo sobre el significado de las palabras. En este punto sucede precisamente eso. Así, se oye hablar á algunos en el sentido de que basta el fraude, porque sin él no hay perjuicio, identificándolo con el perjuicio. No hay fraude sin perjuicio se dice, luego, añadir perjuicio al fraude es una superabundancia.

Así las cosas, se vé claro que no vale la pena discutir más, porque si las dos expresiones aunque distintas tienen igual significado, las dos opiniones están de acuerdo y son igualmente aceptables. Sólo que, como lo que importa son las ideas y no las palabras, es preferible la doctrina que ajuste las pala-

bras á las ideas, y por eso creo que es más correcto exigir fraude y perjuicio.

Otra cosa sucede cuando se exije solamente fraude en el sentido propio del término. Aquí la cuestión es más grave. Se da á la acción pauliana una extensión excesiva, comprendiendo un número de casos mucho mayor que los que la propia ley quiere comprender, y se llega por ese medio, á desconocer la verdadera índole de quella acción.

Porque si hay algo cierto en esta materia, es que no puede haber acción sin interés y el interés cesa desde que no hay perjuicio. Lo que me parece decisivo es un ejemplo tomado á la práctica común.

Un deudor, sabiendo que su activo es igual á su pasivo y en la seguridad de que si los acreedores lo ejecutan se verá sin recursos, trata de enagenar fraudulentamente varios bienes raíces transformándolos en dinero Encuentra un comprador bastante poco escrupuloso para hacerse cómplice del fraude y la venta se realiza Poco después el deudor hereda una valiosa sucesión y vuelve á ser bien solvente. Aquí tenemos el fraude en todo su rigor, con toda la más maligna intención. ¿Procederá entonces la acción pauliana para hacer revocar la venta? No sabemos de nadie que haya intentado, en ese caso práctico, declarar procedente la acción pauliana; no creemos por otra parte, que nadie intente probar que la acción debe admitirse, en el caso improbable de un acreedor bastante terco é insensato para entablar su acción revocatoria pudiendo cobrar directamente su crédito. Después de ésto creo innecesario decir una palabra más sobre este punto.

He dicho que los dos elementos, perjuicio y fraude, deben concurrir simultáneamente. Se acaba de ver que sin perjuicio no cabe la acción pauliana. Pues bien, sin fraude tampoco procede. Si un deudor enagena el único biene que tiene para garantir á sus acreedores y con el fin de emplear el dinero que obtenga, en una operación muy lucrativa, y sucede que esa operación resulta ruinosa, ¿en nombre de qué principio de justicia y de qué conveniencia real se pediría la revocación de aquella enagenación? Y sin embargo, perjuicio hay; evidente para los acreedores que no pueden cobrar sus créditos. Luego, sin la concurrencia simultánea de esos dos requisitos no procede la acción pauliana.

4.° ACTOS QUE PUEDEN SER ATACADOS POR LA ACCIÓN PAULIANA

1. La palabra acto no tiene en esta materia un sentido jurídico especial, sino el *más general y amplio* posible. Comprende todo lo que hace el deudor, con hechos positivos ó negativos, dirigidos á defraudar á los acreedores y que podrán atacarse siempre que causen el daño y no constituyan el ejercicio de un derecho inherente á la persona del deudor.

Los actos así mirados se pueden dividir en enagenaciones, obligaciones y renuncias.

2. Las enagenaciones constituyen la categoría de actos más frecuentemente atacados por esta acción. Es el medio más usado por los deudores fraudulentos. De ellas se hace la división entre enagenaciones á título oneroso y á título gratuito, al solo efecto de exigir el fraude en las dos partes ó en una sola, conforme queda dicho en páginas anteriores. Natural es que entren aquí todos los medios contractuales por los cuales un bien salga del patrimonio del deudor, pero que salga realmente y no que deje de entrar, pues ésto distingue las enagenaciones de las renuncias.

3. Las renuncias son consideradas por todos los autores y por todos los códigos como pudiendo ser atacadas por los acreedores. Y es lo justo. Tanto fraude y perjuicio puede haber renunciando, ésto es, negándose á adquirir, como desprendiéndose de un bien. Lo mismo puede decirse de las obligaciones.

Pero no perdamos de vista el código. Conviene sin duda estudiar las cuestiones desde el punto de vista doctrinario, pero el código debe ser siempre un elemento de estudio, y el de más importancia porque dice la verdad legal.

Por eso perderíamos el tiempo si nos pusiéramos á dilucidar extensamente las cuestiones muchas y complicadas que atormentan a los autores en este punto, por la simple razón de que la ley nuestra ha excluído del número de los actos atacables todos los que no sean *enajenaciones*. Esa dilucidación pues, no presenta sino un interés puramente teórico, inte-

rés que tiene su razón de ser en una obra de aliento y no en estos ligeros apuntes.

4. Nuestro código es el único de los que he podido ver que limita los actos atacables á tan pequeño número.

La razón quizá podría hallarse en dos fundamentos, uno legal, otro doctrinario. El legal es que está previsto en diversos lugares del código los efectos de ciertas renuncias, como sucede con la renuncia á una sucesión, con la de la prescripción etc. La doctrinaria es que lo único que garantiza los derechos de los acreedores son los bienes del deudor y no los que eventualmente puedan serle ofrecidos. Además, en la mayoría de los casos el derecho á renunciar es eminentemente personal.

Y no se aleguen sofismas ni argumentos rebuscados. Enajenaciones dice el código. Y *enajenar* es «transferir el dominio á otra persona» sea á título oneroso sea á título gratuito. Claro que se enajena cuando se renuncia á un derecho que se tiene ya adquirido irrevocablemente, pero eso es enajenar y por tanto, disminuir el patrimonio y no simplemente negarse á aumentarlo.

5.° EFECTOS DE LA ACCIÓN PAULIANA

1. Relacionada á la vez con la naturaleza y con los efectos de la acción pauliana, hay una cuestión que, hoy como ayer, ha producido un cisma entre los autores. ¿La acción pauliana es una acción tendiente á la anulación del acto atacado, ó es una simple acción personal de indemnización por los daños que ocasiona la enajenación ó el acto fraudulento? Tal es la cuestión.

No exajera Laurent, cuando dice que asombra ver que se proponga cuestión semejante, y asombra más aún ver como algunos la resuelven en el segundo sentido, ésto es, negando que sea acción de nulidad. La cuestión es importante por las graves consecuencias que entraña.

2. Giorgi, Demolombe, Larombière, Maierini, Pacifi-Manzoni y algunos más sostienen esa opinión que Laurent combate tan victoriosamente, á mi juicio.

He aquí brevemente resumidos los principales argumentos en que se basa esta opinión.

Cuando un acreedor ejerce la acción pauliana, lo que pide es, y sólo es, que el acto hecho en fraude de sus derechos no se le pueda oponer, de manera que él pueda conseguir el pago de lo que se le debe como si ese acto no existiera. No pide que se declare nulo el acto, ni que sea revocado de una manera absoluta, sea respecto á las personas que lo consintieron, sea respecto á las que no han intervenido en él. No acciona, no se mueve más que en su interés individual y relativo. El acto subsiste, pero los efectos se paralizan frente á los acreedores.

Al rededor de ese razonamiento giran los argumentos de los distintos autores que sostienen la doctrina que de él se desprende. Forma el núcleo, si así se puede decir, de todas las razones traídas al debate.

Por eso, si se logra probar: primero, que el fundamento atribuido á la acción pauliana en ese razonamiento, es falso, y segundo, que jurídicamente no tienen sentido las consecuencias que de él se derivan, quedará probado que la doctrina es errónea.

3. Sostener que la acción pauliana es una acción personal en reparación del perjuicio causado al acreedor que la intenta es desconocer profunda, radicalmente, la índole y la naturaleza de esta acción; es destruir sus más justos fundamentos y es violentar los principios sobre los cuales una constante tradición, una sana doctrina y una juiciosa jurisprudencia han basado la acción pauliana.

En efecto; si es cierto que los bienes de un deudor son la garantía de sus acreedores; si constituyen la prenda común de ellos y si no pueden dejar de serlo, sino mediante la buena fé del que los enajenara, es claro que la acción que se concede á los acreedores, cuando el deudor obra con fraude y en su perjuicio, ha de tender exclusivamente, entiéndase bien, EXCLUSIVAMENTE á reponer las cosas en el estado en que se hallaban antes del fraude. La acción de los acreedores no pasa de ahí pero llega siempre, nótese bien, SIEMPRE hasta allí.

Ahora bien, sentado ésto, ¿cómo es posible sostener que ese fin se consigue transformando la acción pauliana, de acción rescisoria, revocatoria ó de anulación como verdaderamente es, en una simple acción de indemnización de perjuicios como se pretende? Y como, por una parte, esta consecuencia surge obli-

gadamente de aquella premisa, y como, por otra parte, aquella premisa es el verdadero fundamento de la acción pauliana, queda bien demostrado que la doctrina que no reconoce que la acción pauliana tiende á la anulación del acto fraudulento, violenta y desconoce el fundamento de esa facultad que garantiza el derecho de los acreedores contra las maquinaciones dolosas de su deudor.

Esto solo bastaría para rechazar una doctrina que tan ilógica se muestra en su desarrollo. Pero es que en sus consecuencias es más antijurídica todavía. Se llega en efecto hasta sostener, nada menos, que el acto atacado por el acreedor puede ser rescindido parcialmente, ésto es, hasta el monto del crédito que le da el derecho. En una palabra, se habla de rescisión y de revocación parcial de una enajenación! Esto sí que no se concibe.

Un acto se revoca ó no. Y se revoca solo por el total. Esto es lo jurídico y lo lógico. Lo demás es absurdo. Por ésto también debe rechazarse la doctrina que combato.

4. Se ha pretendido rehuir la crítica dura que precede aduciendo razones que no son tales, y argumentos tan falaces que perjudican más que favorecen la teoría que se quiere defender.

Giorgi, ese talento jurídico italiano, con gran habilidad intenta esa defensa, bien que infructuosamente. « ¿Qué sucedería, pregunta, si los bienes no hubiesen salido del patrimonio del deudor? ¿Cuál sería el efecto de la garantía? Permitir al acreedor venderlo y pagarse con su precio. Ahora bien, es éste también el efecto que debe tener lugar aun cuando los bienes hayan salido del patrimonio del deudor por medio del acto fraudulento. Pero para obtener este resultado no es ciertamente necesario, que los bienes se vendan todos cuando superan el monto del crédito y son divisibles. » En otra parte el mismo autor expresa su opinión en el sentido de que si el acreedor pudiera pedir la rescisión del acto cuyo valor pasara al de su crédito, excedería por eso mismo los límites de su interés que están encerrados dentro de los límites de su crédito.

Otro talento jurídico, pero francés, Demolombe, presenta en apoyo de su tesis argumentos como éste. Cuando soy acreedor por una suma determinada y mi deudor vende fraudulentamente un bien de un valor muy superior al de mi crédito, si yo me presento ejerciendo la acción pauliana, el tercero puede pagarme y desinteresarme, no pudiendo yo proseguir la acción. Ahora bien, eso que el tercero puede hacer antes de la sentencia, puede hacerlo también después de ella, y por lo tanto, la acción se limita al monto del crédito y es una verdadera acción por indemnización.

Fácilmente salta á la vista la inconsistencia de esa argumentación. A Giorgi puede contestársele que el estado de cosas antes de la enagenación fraudulenta del bien es muy distinto del estado posterior á esa enajenación. Por lo mismo la relación jurídica entre el acreedor y el tercero en estas circunstancias tiene que ser muy distinta de la relación entre el acreedor y el deudor en aquellas.

Antes de la enajenación el acreedor pide el pago de su crédito *á quien se lo debe*, esto es, á su deudor, y éste, ó le paga ó se excusa. Después de la enajenación el acreedor pide al *tercero*, no que pague, pues *no tendría derecho para ello*, pide sólo que reintegre el bien al patrimonio de donde indebidamente salió. Ahora bien, así planteada la cuestión es una heregía jurídica pretender resolverla aplicando á esas dos situaciones distintas, el mismo principio.

Y en cuanto al principio que sienta el mismo Giorgi, de que los límites del derecho del acreedor están encerrados dentro del monto de su crédito, es exacto sólo en parte. Si se quiere indicar con eso que desinteresado el acreedor por cualquiera persona, mediante el pago de su crédito, no puede seguir la acción, estamos de acuerdo, y nadie lo ha pretendido negar. Pero eso es debido, conforme lo hemos dicho anteriormente, á que el acreedor deja de ser tal. Mas inferir de aquí, como lo hace Giorgi, que el acreedor no puede pedir la revocación de un acto cuyo valor pase de su crédito, es desconocer el principio de que todos, *todos* entiéndase bien, los bienes del deudor responden de *todas* las deudas que contraiga y el de que la ley y la doctrina lo arman de un derecho indiscutible, cual es el de pedir la anulación de un acto fraudulento que lo perjudica. Y un acto no se puede jurídicamente anular, rescindir ó revocar sino por el total.

En cuanto á lo que observa Demolombe, basta decir para refutarlo, que una cosa es lo que puede hacer el tercero en cualquier momento *hasta* la sentencia que declara la revocación, y otra lo que puede exigir por derecho propio el acreedor que intenta la acción pauliana. Ese derecho del tercero, que no le es exclusivo, sino que lo tiene cualquiera, no ha sido, ni es negado, pero está muy lejos de resolver la cuestión. Porque si el tercero puede desinteresarme yo puedo pedir la revocación, y no por eso puede decirse que la acción tienda al cobro del crédito. Este es el error La acción tiende siempre á la revocación y puede terminar con el pago. Esto es lo jurídico.

Demolombe agrega que el tercero puede pagar después de la sentencia. Muy exacto. En cualquier tiempo puede pagar. Pero deduce de ahí que la revocación pronunciada en la sentencia queda sin efecto. Muy erróneo es ésto Después de pronunciada la sentencia ni al acredor, ni al deudor, ni al tercero les es permitido hacer nada contra ella La revocación es pronunciada y el acto revocado por el total. Lo único que pueden hacer el tercero y el deudor es ratificar, digo mal, volver á hacer aquel contrato que fué declarado nulo, siempre que hayan cambiado las circunstancias. Así, A, deudor de B, por 5000 $ vende á C, fraudulentamente, el único bien que posée, y que vale 10.000 $. B se dirije contra C y pide la revocación de aquel acto por el total. Puede suceder que C pague á B su crédito antes de la sentencia y entonces la acción no progresa por falta de perjuicio en C; ó puede que no le pague y la sentencia se pronuncia y se ejecuta. Hecho ésto, la revocación queda verificada y ningún poder del mundo va á dejarla sin efecto. Entonces C paga á B, dice Demolombe y la revocación tiene que dejar de ser. No es cierto, digo yo. Si C paga á B, éste no podrá cobrarle á A, pero el bien queda siempre en el patrimonio de A. Lo único que éste puede hacer es *volver* á vender á B el bien objeto de la acción; ésto es, hacer el acto, ó como dicen algunos impropiamente, ratificar el acto, y nada más.

He dado mucha extensión á esta parte porque su solución es la clave que resuelve todas las cuestiones que se suscitan al tratar de los efectos de la acción pauliana. Si se resuelve en un sentido la cuestión principal, las otras se resuelven como consecuencia de esa solución. Es lo que vamos á comprobar enseguida.

5. Los efectos de la acción pauliana pueden mirarse con relación á las diversas personas que pueden interesarse. Así puede ser respecto al tercero, al deudor, al acreedor que acciona y á los coacreedores.

6. —*Respecto al tercero.*— Son fáciles de comprender. Pronunciada la revocación está obligado á devolver la cosa al deudor, la cual se reputa que nunca ha dejado de salir de su patrimonio. Está por consiguiente obligado á devolver la cosa con todos sus accesorios, y las obligaciones, en general, se rigen por los principios generales. Se distinguirá pues, entre el tercero de mala fé y el de buena fé, obligándose á éste á restituir los frutos sólo hasta donde se hubiere enriquecido, y aquél será obligado á restituir todos los frutos percibidos y los que hubiere dejado de percibir. La culpa será regida igualmente por esos principios: el de buena fé prestará sólo la culpa grave; el de mala fé hasta la leve

¿Que derechos tendrá el tercero de mala fé después de ejecutada la sentencia? Porque es indudable que él no puede quedarse sin la cosa y sin el dinero, como pretenden algunos, basándose en que el que comete un fraude debe cargar con las contingencias de su acto ilícito. Esto no puede ser cierto porque si se admitiera esa opinión, otro, es decir el deudor, con un acto ilícito se enriquecería, lo que es contrario á la justicia. Los autores distinguen y para distinguir recurren á una ficción. Si el bien alcanza sólo á cubrir el crédito, el tercero se queda con una simple acción personal contra el deudor; si sobra algo, el remanente vuelve al tercero.

Esta opinión no me parece exacta. Sobre ó no sobre algo, alcance ó no alcance, el tercero no recibe nada del bien, cuya enagenación se ha revocado. El efecto de la revocación es siempre el mismo. *El bien entra en el patrimonio del deudor* y se considera como si nunca hubiera salido de él.

Por lo tanto, yo entiendo que en todos los casos el remanente queda en el pa-

trimonio del deudor, de donde no debió haber salido, y en todos los casos, también, el tercero tendrá la acción personal contra el deudor por el precio pagado.

Se alega que eso puede llevar á resultados injustos, porque el deudor puede ser insolvente y no podría en tal caso cobrar lo que se le debe, suposición tanto más verosímil cuanto que se trata de un deudor fraudulento. Pero ahora si es la oportunidad de recordar aquello de que cada uno cargue con su culpa. El que contrató con fraude, que se exponga á las consecuencias. Le quedará siempre la acción personal que la hará ó no efectiva según pueda. Y si no puede hacerla efectiva de nadie más que de él, es la culpa.

Por eso me parece innecesaria y antijurídica la ficción que usan todos los autores en este punto. Si sobra algo, el remamente pertenece al tercero, dice Laurent, por esta ficción: la cosa ha sido vendida *como si estuviera* en el patrimonio del deudor y por consecuencia *como* si le perteneciera. Esto es una ficción. En realidad lo cierto es que el propietario verdadero es el tercero; luego, desaparece la ficción, y es á él á quien debe entregársele el remanente.

Es curiosa pero es muy poco jurídica esta facilidad para hacer aparecer y desaparecer ficciones. Las ficciones no están á la orden del día ni á disposición de todos. A veces son necesarias pero el abuso de ellas es siempre peligroso. Además, choca que, por no seguir la lógica de los principios, se quiera apartar la vista de la realidad, que en este caso no tiene nada que pueda hacerla rechazar. La solución dada más arriba no tiene inconvenientes y está de acuerdo con los principios de la justicia.

La única ficción necesaria en esta materia, es la que reputa que el bien nunca ha salido del patrimonio del deudor, pero una vez entrado á él es del deudor, y al venderse no se vende como si fuera del deudor, sino que se vende por ser del deudor.

7. *Respecto al acreedor que ejerce la acción*, los efectos se reducen á quedar garantido su crédito y á poder hacer efectivo el cobro de él, si puede hacerlo. Va sin decir que el acreedor puede hacer tomar todas las medidas preventivas, si tiene fundados temores de que desaparezca el bien en manos de su deudor que no quiere pagarle. Pero ésto es materia de que tratan las leyes procesales, y no las de fondo.

8. *Respecto al deudor*. Este guarda en la acción pauliana un aspecto pasivo. No hace nada, si no se le obliga á intervenir en el juicio. La cuestión que se suscita es la de quien paga los gastos ocasionados por el ejercicio de la acción. Generalmente se resuelve que no debe pagarlos nadie más que el acreedor que ejerce la acción. Esto no es cierto. La cuestión se resolverá bien, distinguiendo el caso en que el acreedor ha justificado los extremos de su acción, del caso en que ésto no sucede. En el primero, los gastos serán pagados por el deudor, pues por su culpa se hicieron. En el segundo los pagará el acreedor, pues se atrevió á iniciar una acción sin derecho para ello. Creo que esto es lo justo y lo jurídico.

9. *Respecto á los coacreedores*. Se pregunta si los efectos de la acción aprovechan á todos los acreedores ó si sólo aprovecha al que ejerció la acción.

Algunos, Aubry y Rau. Giorgi, etc., resuelven negativamente la cuestión, alegando que los efectos de la cosa juzgada no pueden extenderse en ningún sentido á los que no han intervenido en el juicio. Ni á favor, ni en contra de los acreedores que no han intervenido, podrá revocarse la sentencia.

Laurent responde que los principios de la cosa juzgada no tienen nada que ver aquí porque el acreedor no pide nada en su nombre personal Los acreedores tienen un mismo interés, y por lo tanto, cuando uno de ellos se mueve representa á los demás No puede decirse entonces que no hayan sido parte en el juicio: virtualmente, lo han sido.

Creo, como Laurent, que todos los acreedores anteriores aprovechan de la revocación del acto, pero no por los motivos que invoca, que creo erróneos. Lejos de ser cierto lo que dice, nada es más verdad en esta materia que el acreedor obra en su nombre propio y no en nombre de otro. No representa á nadie porque la identidad de intereses no puede llevar sus efectos hasta la representación en un juicio que intente otra persona; aparte de que representaciones virtuales no se admiten en derecho.

La razón debe buscarse, á mi entender,

en otro lado. Si los efectos de la acción pauliana aprovechan á todos los acreedores, es por la naturaleza misma de la acción, y porque no puede ser de otra manera. Desde que el fin que se persigue es hacer entrar el bien al patrimonio del deudor para que sirva de garantía á todos los acreedores anteriores á la fecha de ía enagenación fraudulenta, desde que ese es el fundamento de la acción pauliana, es ocioso plantear la cuestión que tratamos ahora Equivale á discutir si los efectos esenciales de un hecho deben ocurrir ó no.

Lo único que ha podido originar esta cuestión es la creencia errónea de algunos que entienden que el acreedor cuando ejerce la acción pauliana busca directamente el cobro de su crédito. Como esta opinión no tiene fundamento serio, y eso queda ya demostrado en páginas anteriores, tampoco tiene fundamento la consecuencia lógica, pero falsa como la premisa, que se pretende sacar.

6.º PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PAULIANA

1. «La acción de que habla este artículo, expira en un año contado desde que el acreedor ó acreedores supiesen la enajenación.» De esta manera ha venido el código á resolver la cuestión tan debatida en el derecho romano como en el derecho moderno. El código francés y el italiano, menos previsores, omitieron decir ésto y por eso sus comentaristas discuten profundamente la cuestión.

2. Hay quien considera que no prescribe sino á los 30 años, porque, dicen, siendo acción real debe prescribir en esa fecha. Esa solución no podría ser aceptada por nosotro , pues hemos demostrado que la acción es personal, como el fraude que la origina.

Los que son de esta opinión se dividen y es claro que en estas circunstancias toda solución tiene que ser arbitraria. Algunos como Laurent entienden también que prescribe á los 30 años y que así debe ser.

3. La cuestión para nosotros no reviste sino un caracter puramente doctrinario. Y en doctrina debe resolverse de una manera análoga á lo que dice nuestro código.

En efecto: la acción pauliana tiende á resolver un derecho; por lo tanto va á perturbar un estado de cosas preexistente y por ésto, el lapso de tiempo para ser destruido tiene que ser corto Pero, fijar arbitrariamente un plazo cualquiera de un modo absoluto puede llevar á desconocer derechos tan respetables como los de los terceros, ésto es, los derechos de los acreedores. Así las cosas, la única manera de conciliarlas, es adoptar un término que sea corto relativamente. Esto se consigue fijando como punto de partida para la prescripción la fecha en que el acreedor tuvo conocimiento del fraude, ó lo que es lo mismo, desde que pudo obrar. Como se vé, ésto no es más que la aplicación de aquella sabia máxima romana: *Contrà non valentem agere prescriptio non currit.* Y ésto decide la cuestión.

LA SIMULACIÓN

1.º CONSIDERACIONES GENERALES

1. La malicia de los hombres suele hacer ineficaces los medios jurídicos que ingenian los autores y adoptan los códigos para evitar las usurpaciones de derechos. Nunca mejor que ahora cabe recordar aquel proverbio: «Hecha la ley hecha la trampa». Acabamos de ver cómo mediante la acción subrogatoria y la acción pauliana los derechos de los acreedores son protejidos contra las omisioues y los actos fraudulentos de los deudores poco decorosos. Pues bien, se ha encontrado el medio de eludir esas trabas á la usurpación. Ya no se trata de un deudor que omite involuntaria ó maliciosamente ejercitar un derecho; ya no se trata tampoco de un deudor que fraudulentamente perjudica á los acreedores mediante actos ó enagenaciones que disminuyen su patrimonio. Se trata ahora de un deudor sin conciencia que fragua actos que demuestran *en apariencia* disminuciones *bona fidæ* de sus bienes; que simula, en fin, obligaciones que en realidad no existen.

El legislador no podía, con su silencio, sancionar una inmoralidad, ó mejor dicho, una agresión tan descarada al derecho de los acreedores. Ha debido preveer, pese á los que proclaman que el legislador legisla demasiado, á la eficáz garantía de esos derechos amenazados.

2. Desgraciadamente las legislaciones modernas son excesivamente parcas en este punto: algunas, no dicen absoluta-

mente nada; otras, como la nuestra, dejan entrever, en el contexto de sus disposiciones, la acción conducente á ese fin; y las menos, casi excepciones, contienen francamente preceptos claros referentes á la acción de simulación.

El Código Francés, el Italiano, el Español, el Chileno, el nuestro lo mismo que el Alemán no contienen disposiciones expresas á este respecto. Sólo he visto el Código Argentino que le dedica varios y muy sensatos artículos, que reglamentan eficazmente el ejercicio de esta acción de simulación.

Establece en primer término, que es nulo todo acto jurídico que sea simulacro ó tenga indicio de error, dolo, violencia ó fraude; y enseguida, bajo el título de «Simulación de los actos jurídicos», establece los preceptos á que me referido.

Esto explica, entonces, la pobreza de comentarios alrededor de un asunto que es tan importante.

En general, los autores tratan la simulación muy lijeramente, casi tímidamente, como una cuestión que no estando expresamente consagrada á la ley, debe ser tratada con mucha reserva.

3. En rigor ¿puede decirse que nuestro Código no ha tratado de la simulación, por olvido ó más bien se ha mostrado lógico al no tratar de ese modo de defraudar derechos? La verdad es que en él no se encuentran sino disposiciones aisladas referentes á la simulación, como la del artículo 816 que declara nula toda disposición hecha en favor de un incapaz, aunque *se disfrace* bajo la forma de un contrato oneroso ó usando el nombre de una persona interpuesta

Algunos han creido entonces que nuestro Código no debió ocuparse de esta acción, porque todos los casos posibles de simulación ó están previstos especialmente ó están sujetos á la regla general de simulación.

Un contrato con causa simulada es un contrato sin causa; un contrato con objeto simulado es un contrato sin objeto desde que no es objeto real el que sólo es aparente. Luego, se concluye, el legislador habría sido redundante al preveer la simulación. ¿Que ganaríamos con que dijera que un contrato con objeto simulado es nulo, si ese contrato sería de cualquier manera anulado por falta de objeto?

Esa argumentación tiene fuerza, pero es exacta hasta por ahí no más. Me parece aventurado decir que un contrato con objeto simulado sea siempre un contrato sin objeto. Puede tener objeto sin que sea el que aparece como tal. Y entonces no podría anularse por falta de objeto.

De cualquier manera que se resuelva esa cuestión, debemos siempre lamentar que no haya evitado las dudas consignando expresamente disposiciones claras, terminantes en materia de simulación. El código Argentino ha sido más preciso.

2.º CONCEPTO DE LA SIMULACIÓN

1. En general se dice que un acto es simulado cuando por voluntad de los que lo forman tiene un significado distinto del real, ó como dice Bargagno: *simulatus dicimus, quum tacite aliquod agimus, espresse aliud simulamus.*

La simulación puede ser absoluta ó relativa. Es absoluta ó total cuando las partes no han tenido intención de hacer ningún acto jurídico. Es relativa ó parcial cuando á un acto jurídico cierto y real, se le da una falsa apariencia que oculta su verdadera naturaleza. Una y otra simulación encierran ordinariamente una intención inmoral ó injusta; pero ésto no siempre se verifica, pudiendo muy bien simularse un acto sin intención de violar la ley, ni de ofender derechos de nadie.

2. Si la simulación es absoluta, el acto es inexistente y como tal no produce efecto ninguno. Es, como enérgicamente decía Baldo, un cuerpo sin alma. En tal caso no es solamente imaginario, sino que es verdaderamente imaginario y Modestino ya decía que los contratos imaginarios no producen ningún vínculo y que con la fé de hechos simulados no se obstaculiza la realidad.

3. Si la simulación es sólo relativa es siempre cierto que la falsa apariencia dada por las partes del acto no tiene ningún valor jurídico; al contrario, sólo se debe mirar lo que realmente se ha querido. Este es el mismo principio expresado en el aforismo: *plus valet quod agitur, quam quod simulate concipitur.* En tal caso para saber si el acto es ó no válido es preciso examinar su verdadera naturaleza removiendo las falsas apa-

riencias. El acto realmente querido por las partes podrá, por tanto, ser inexistente ó anulable ó revocable y aún perfectamente válido sin que ésto modifique de ningún modo el principio de que la simulación está privada de toda eficacia jurídica.

4. Se discute si la simulación existe cuando se aparenta un accesorio ó si es necesario que lo aparentado sea lo esencial. Se alega que para anular un acto por simulación es necesario que todo él sea simulado y si eso no sucede el acto no será anulado. Esto es cierto, pero eso no quita que todo lo simulado se anule también y que si lo principal del contrato vale porque es real, lo accesorio caiga porque es simulado. Esto es lo mismo que decir que la simulación puede ser parcial ó total.

3.º EFECTOS DE LA SIMULACIÓN

1. Producido un acto simulado nace por eso mismo una acción para todo el que tenga interés en ello á fin de que no se reconozca valor al acto que se ataca.

A la simulación se aplica aquel principio: *quod nullum est, nullum producit effectum*, y á ésto se debe que toda persona interesada pueda en cualquier tiempo y de cualquier modo hacer constatar la realidad de las cosas, cubierta por la simulación.

2. Comprobada la simulación las cosas quedan en el estado que realmente tienen. Si las partes no se propusieron contratar, no habrá contrato; y si una parte concedió derechos sobre la cosa objeto del contrato simulado, esos derechos se resolverán porque fueron acordados por quien no tenía derecho.

Si las partes se proponían contratar, pero sobre una cosa distinta de la que aparece en el contrato, el acto valdrá en cuanto á la cosa sobre la cual manifestaron la intención de consentir y sobre la cual, en definitiva consintieron.

Si, en fin, las partes han ocultado una parte de la verdad del contrato, como si el precio enunciado en el contrato es menor ó mayor del real, caso más frecuente de simulación, el efecto de su comprobación será el de fijar para todos el verdadero precio, ó la verdad toda del contrato ó del acto, en su caso.

Es natural entonces, dados los efectos de la simulación, que la acción para pedir su constatación no prescriba. Porque, es claro, en todo momento puede hacerse declarar que una cosa no ha existido realmente. A nadie, que tenga interés, se le puede negar el derecho de destruir una apariencia para hacer descubrir la realidad.

Comparación entre la acción subrogatoria, la acción pauliana y la acción por simulación.

1. Esos tres recursos, cuyo examen lijero queda hecho, están encaminados á protejer los derechos de los acreedores contra los actos ó las omisiones que puedan perjudicarlos. En este sentido la primer semejanza que entre ellos se encuentra, es la del fin común á que están dirigidos.

Su fundamento es también el mismo. Ese principio, tantas veces repetido en el curso de la conferencia que va á terminar, en virtud del cual los bienes todos de un deudor son la garantía, la prenda común de sus acreedores, es el fundamento sobre que reposan las tres acciones estudiadas. Es, como dice un autor, el tronco del cual parten tres ramas dirigidas todas en el mismo sentido; es, en fin, la razón última á que se acude siempre que no bastan los principios más particulares.

Pero así como las tres ramas, no por salir del tronco común dejan de tener caracteres propios, así también esos tres recursos jurídicos no por emerger de la misma fuente jurídica dejan de tener individualidad propia que los distingue netamente. Su fin último es el mismo; su fin mediato es diferente.

2. *Diferencia entre la acción subrogatoria y la pauliana.*

1.º La acción subrogatoria y la pauliana presentan caracteres propios bien definidos. La primera sólo se da para reparar las omisiones involuntarias ó maliciosas del deudor; la segunda exije un acto real que se ataca. La una se da por omisión, la otra por acciones del deudor.

2.º La acción subrogatoria no supone el fraude en el deudor, más bien lo excluye; entre tanto, es de esencia de la acción pauliana, el fraude del deudor.

3.º La acción subrogatoria no da derecho propio al acreedor que la ejerce. El derecho de éste emana del deudor.

La acción pauliana supone que el acreedor ejerce un derecho propio y hasta á veces, es un derecho que no puede ser ejercido sinó por él.

4.° A consecuencia de ésto el acreedor al ejercer la acción subrogatoria no puede ser rechazado sino por las excepciones oponibles al deudor, cuyo es el derecho que ejerce. Eso no sucede en la acción pauliana.

5.° La escusión previa de los bienes del deudor no es necesaria al ejercer la acció subrogatoria para constatar si los bienes restantes son suficientes para el pago de los créditos; en cambio tal ejecución constituye generalmente un preliminar indispensable para constatar el perjuicio derivando del fraude consumado.

6.° En fin, la acción subrogatoria puede ser ejercida por todos los acreedores que tienen un título exigible y sin distinción de fechas; la acción pauliana sólo pueden ejercerla los acreedores cuyo crédito es anterior á la fecha del acto impugnado.

3. De todo ésto se infiere que esos dos medios jurídicos son independientes uno de otro y que el acreedor, rechazado al usar uno de ellos, puede hacer uso del otro, si le es posible. Si, por ejemplo, un acreedor ejerce la acción subrogatoria para hacer anular un contrato que le perjudica, por falta de objeto, ó por causa lícita y no puede probar los extremos de su acción, puede enseguida atacar el mismo contrato por haber sido fraudulentamente formado entre el deudor y el tercero.

4. *Diferencia entre la acción pauliana y la de simulación.*—Las diferencias entre la acción pauliana y la acción por simulación son, en genera', bien apreciables.

1.° En la acción pauliana se ataca un acto real que existe ciertamente, siendo la mejor prueba de ello que se pide se deje sin efecto; en la acción simulatoria no se pide que se revoque un acto, porque el acto en cuestión no existe; lo único que se pide es que se declare que no existe y que no ha existido nunca

2.° La acción pauliana no puede ser ejercida sino por los acreedores anterioá la fecha del acto que se ataca; la simulatoria, entre tanto, puede ser ejercida por todos los que tengan interés y aún por las mismas partes contratantes.

3.° Los acreedores pueden hacer declarar que ha habido simulación sin necesidad de la previa escusión de los bienes del deudor; en la acción pauliana, en cambio, esa escusión es la regla general para comprobar eficazmente el perjuicio.

4.° El fraude es condición *sine qua non* en la acción pauliana: si no se comprueba su existencia, la acción no puede progresar. Ese requisito no es necesario ni esencial en la acción simulatoria. Puede haber simulación sin fraude y sin intención de perjudicar.

Esta última diferencia no siempre ha sido reconocida por todos los autores, ni por todas las jurisprudencias. Algunas voces se han levantado contra ella, pretendiendo que el fraude es extremo sustancial de la simulación. En apoyo de su tesis presentan ejemplos. A éstos ejemplos se puede responder con otros en los cuales se aprecia claramente la ausencia del fraude.

Dicen ellos que cuando un deudor se combina con un tercero y aparenta venderle un mueble, suscribiendo un contradocumento que establece la realidad de las cosas y lo hace con el fin de que los acreedores no cobren sus créditos y le quede por lo tanto recursos para vivir, ¿qué otra cosa hay ahí que una simulación frudulenta?. No se diga que cabe el recurso de la acción pauliana, porque aquí no hay ningún acto real, sino ficticio y la acción pauliana no se ejercita sino cuando el acto existe. Cuando otro deudor vende realmente un bien, pero en el escrito de venta se expresa un precio menor del real para que los acreedores tampoco cobren sus créditos no hay fraude evidente?

Sin duda, y muy ignorante sería el que lo desconociera. Pero cuando una persona, por razones de conveniencia propia, disfraza los préstamos usurarios que hace bajo el aspecto de mutuo, al solo objeto de que no se sepa públicamente su oficio, ¿en dónde está el fraude? Cuando un padre, al solo objeto de no perturbar la paz de la familia y queriendo hacer una mejora al hijo, compra un bien con su propio dinero estableciendo en la escritura que lo hace con dinero del hijo, ¿en donde está el fraude? En ninguna parte, y poco exacto sería querer afirmar lo contrario.

La confusión nace porque hay simulaciones fraudulentas y simulaciones

que no lo son, y el no distinguirlas bien puede engendrar errores como el apuntado recién.

La diferencia se encuentra, sin embargo, fácilmente, entre la acción pauliana y la simulatoria por simulaciones fraudulentas.

En aquella existe un acto real y el perjuicio que se sigue es efectivo; en ésta no existe ningún acto porque lo simulado es inexistente, y el perjuicio, por lo mismo, es eventual.

5.° La prescripción de la acción pauliana se opera al año de conocido el fraude; la acción simulatoria no prescribe mientras subsista el derecho del que la intenta.

5. *La acción pauliana y la de nulidad.* —Cabría ahora distinguir la acción pauliana de la acción de nulidad, pero como ésta es agena á mi tema, sólo he de decir que mientras la acción pauliana solo se dá contra el fraude que acarrea el perjuicio, y prescribe al año de conocido el fraude, la acción de nulidad se dá contra la violencia, el dolo, el error, la incapacidad y las demás causas establecidas en la ley, siendo el tiempo de su prescripción, variable, según los casos.

Conclusión

Si, como es de esperar, la evolución cumple su ley, y las generaciones del porvenir alcanzan una moralidad media muy superior á la nuestra, es de imaginarse el asombro que experimentarán cuando estudiando las instituciones actuales conozcan los tres recursos que contra la mala fé del deudor han tenido que crear las legislaciones. Y ese asombro será mayor aún, cuando sepan que esos medios fueron vanos y que la proligidad de los legisladores se estrelló siempre contra los ardides que el fraude tendió á los derechos agenos. Porque desgraciadamente, son tan numerosos como evidentes, los recursos que se ponen en práctica para eludir esas trabas puestas por la ley á la usurpación.

Consolémonos, no obstante, si consuelo puede á eso llamarse, con la idea de que las generaciones que nos precedieron eran aún más malas que nosotros, y de que nosotros con nuestra propia experiencia contr buímos á levantar la media de moralidad de que aprovecharán las generaciones venideras. Pues si hay algo cierto aquí es que no hay mejor medio para hacer más morales las costumbres de un pueblo que el establecimiento de sanciones civiles, ésto es, negando la protección de la ley contra aquellos actos que desconociendo los derechos, fomentan la mala fé.

R. Sayagués Laso.

Octubre 20 de 1902.