
JURISPRUDENCIA. Prelacion de créditos.—Memoria presentada por don Carlos Aguirre Várgas a la comision examinadora de Código Civil para optar el título de profesor extraordinario en dicho ramo i mandada publicar en los ANALES DE LA UNIVERSIDAD por el Consejo de Instruccion Pública a indicacion de la citada comision.

~~~~~

El título que lleva por epígrafe *De la prelacion de créditos* es uno de los últimos de nuestro Código Civil en orden numérico, como que precede inmediatamente al de la *Prescripcion*.

Al colocarlo así el Lejislador, tuvo en cuenta la naturaleza de la materia que en dicho título se trata i la disposicion análoga de otros Códigos, de donde se han extraido o imitado los principios i el método que se observan en el nuestro.

Por razon de la materia, debia tratarse, en efecto, de la prelacion que correspondiese a las obligaciones, una vez conocidas todas éstas, ya nazcan de contratos o cuasi-contratos, de delitos o cuasi-delitos, lo que es objeto del Libro IV, i se encuentra progresiva i lójicamente desarrollado en los cuarenta títulos anteriores al en que vamos a ocuparnos.

Por razon del método, habiéndose tomado por base la Lejislacion Romana, fuente universal del Derecho que rige a las naciones cultas, i por modelo los Códigos mas reputados que habian sabido interpretar i acomodar ántes que el nuestro los principios de aquella Lejislacion a las nuevas exigencias del estado social; se explica que nuestro Código haya seguido mui de cerca el orden adoptado en los que, como él, obedecen a la misma tendencia, i resumiendo las mismas doctrinas, corresponden a una necesidad análoga.

---

Comienza el Título XLI por establecer en el primero de sus artículos, el 2465, que toda obligacion *personal* da al acreedor el

A. DE LA U. 1.<sup>a</sup> SEC. 77-78

derecho de perseguir su ejecucion sobre todos los bienes raices o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el art. 1618.

La enunciacion de este principio jeneral, innecesaria de todo punto, desde que la idea misma de *obligacion* lleva envuelto el alcance jurídico que el Lejislador ha debido forzosamente atribuirle, i que se desprende de cada uno de los preceptos anteriores en que se reconoce su existencia, debe traernos a la memoria los antecedentes históricos que han venido preparando las conclusiones de nuestro Derecho actual i a los cuales debemos referirnos para el mejor conocimiento de las doctrinas que nos toca analizar en el presente trabajo.

El principio de que los bienes del deudor responden a las obligaciones contraidas por él, si nos parece tan natural ahora, no fué, sin embargo, la regla primitiva del Derecho Romano.

En el rigor inflexible de las instituciones de ciudad que dieron orijen a los preceptos del Derecho Civil, la persona del deudor, objeto de la obligacion personal, i no los bienes, era quien respondia por las deudas al acreedor. Éste tenia la facultad de hacer suyo al deudor, de apropiárselo en pago, i lo que es mas, de matarlo. Sabido es que, habiendo varios acreedores, les era lícito repartirse de los miembros del infeliz deudor para llevarlos cada uno a su casa, como si se tratara de descuartizar una res en cacería salvaje.

Dentro del sistema de las acciones de lei, i suprimida la bárbara costumbre de despedazar el cuerpo del deudor, se jeneralizó el recurso llamado *per manus injectionem*, el que consistia en echar mano el acreedor de la persona del deudor, capturándola, aprehendiéndola, por vía de pago. Solo en algunos casos, excepcionales i limitados, podia procederse directamente contra los bienes, por medio de la accion de lei, conocida con el nombre de *perpignoris capionem*, o exaccion de prenda. La *injectione manus* era el procedimiento jeneral del antiguo Derecho Quiritario. Reconocida por la lei de las Doce Tablas, se aplicaba tal vía de ejecucion en los casos de confesion de la deuda (*oris confessio*) i de cosa juzgada (*res judicata*). El deudor tenia el plazo de treinta dias (*dies justi*) para satisfacer su obligacion, a manera de tregua o armisticio legal, segun la expresion de los jurisconsultos. Si trascurrido este plazo no se satisfacía la deuda, el acreedor podia arrastrar al deudor delante del magistrado (*in jus vocare*), donde, cojiéndole por alguna parte del cuerpo, proferia la fórmula sacramental: *Quod*

*mihí judicatus sive damnatus es (talís nummi) quem dolo malo non solvisti, ob eam rem ego tibi manus injicio, «porque juzgado o condenado (en tal suma) dolosamente no la has pagado, yo pongo sobre tí mis manos».* El deudor no podía rechazar la aprehension del acreedor (*manum sibi depellere*), sino que reducido a la esclavitud de hecho, si tenia escepciones que poner o acciones que entablar, no pudiendo en su calidad de siervo obrar por sí mismo, debía valerse de un *vindex*, fiador abonado i solvente, que lo defendiera reclamando la persona i la libertad del deudor. A falta de un *vindex*, o fiador, el deudor era declarado *addictus*, es decir, prisionero del acreedor, quien se lo llevaba consigo. El *addictus*, siervo de hecho, no lo era de derecho, ni ante el acreedor, ni ante la sociedad, hasta que no sufriera la *capitis diminutio*; la cual debía verificarse si transcurridos sesenta dias, en los que varias veces era conducido a presencia del majistrado para proclamar en el *comitium* la cantidad porque estaba *addictus*, no se habia presentado ningun pariente o amigo que pagara por él. Con la *capitis diminutio* del deudor se extinguía su deuda, aunque tambien su vida de ciudadano i de hombre libre.

El Derecho Pretorio, a quien tantos servicios debe la Jurisprudencia, pues trabajó incesantemente por acercar los principios del Derecho Civil a los del Derecho Natural (*Jus gentium* entre los romanos), introdujo como medio jeneral de pago la *pignoris capio*, aplicada ántes a casos especiales, en que se trataba del servicio militar, de los sacrificios, o del tesoro público. La *pignoris capio* era una especie de prenda, reconocida entre las acciones de lei, i que se verificaba pronunciando al efecto ciertas palabras sacramentales (*certis verbis*).

De este modo al precepto imperativo i rudo, proclamado por el antiguo Derecho Quiritario, de que lo que respondia a las deudas era la persona del deudor, le sucedió el principio natural del *jus gentium*, difundido por el pretor, de que la responsabilidad debía afectar directamente a los bienes del obligado. El Derecho Quiritario se humaniza. El sistema privilegiado i riguroso de las acciones de lei, cede su importancia a un nuevo sistema, mas conforme con las ideas del Derecho Natural, i cuyo oríjen debemos buscar en la necesidad que tuvieron los romanos de administrar justicia a los extranjerios, que en sus diferentes categorías de *peregrini*, *hostes*, *barbari*, no podian participar del goce de los derechos civiles, únicamente propios del ciudadano de Roma. Introdújose, pues, el sistema de las *fórmulas*, o instrucciones escritas que

el pretor entregaba a los litigantes, para que conforme a ellas dictase el juez la sentencia. La fórmula, como dice Savigni, era una sentencia condicional. Constaba de varias partes, que los jurisconsultos distinguen, i de las cuales la principal es la *intencio* o la cuestion misma de derecho que debia fallarse.

Dictada la sentencia, bajo el sistema formulario, siempre seguia al reconocimiento del derecho del demandante una condenacion pecuniaria al demandado. Aun cuando se ventilara una accion real, el resultado era el mismo, el pago de una cantidad de dinero, mandamiento que podia llevarse a efecto *mánu militari*, con el auxilio de la fuerza pública.

Para llevar a efecto la sentencia condenatoria, se inventó por el pretor la *missio in possessionem* del acreedor en la universalidad de los bienes del deudor. Por este medio, derivacion de la *manus injectio*, en vez de apoderarse el acreedor de la persona física del deudor, se apoderaba de la persona moral o jurídica de éste, es decir del conjunto de todos los derechos que le correspondian al deudor. Conservóse el plazo de los treinta dias, *dies justi*, como armisticio legal; i *extre ordinem*, el pretor daba un decreto, vencido este plazo, para que se aprehendiera al deudor (*duci jubere*), se pusieran en posesion del acreedor todos los bienes (*bona possideri*), se anunciara por carteles la venta de ellos (*proscribique*), i se vendiesen despues (*venireque*). Conservóse igualmente el otro plazo de los sesenta dias que daba la lei de las Doce Tablas para pregonar la venta (*proscriptio*), hacer el nombramiento de un síndico (*magister*), arreglar las bases o condiciones de la enajenacion (*lex bonorum vendendorum*). La venta de los bienes (*bonorum emptio*) equivalia, pues, a la *capitis diminutio* del deudor *addictus*, o entregado al acreedor; lo mismo que los diversos trámites anteriores iban equivaliendo a los del recurso *per manus injectionem*, con la diferencia de que en vez de aplicarse, como hemos dicho, este recurso a la persona física deudor, se aplicaba a su persona moral, esto es, a los bienes.

El adquirente o comprador de los bienes del deudor era su sucesor universal. Representaba con todos sus derechos i obligaciones la persona jurídica del deudor, quien, despojado de ella, perdía su *caput* i su *existimatio*, i pasaba a ser una persona nueva, que nada debía, i a quien no podia perseguirse ya por aquel que tambien habia dejado de ser su acreedor.

A fines de la república o a principios del imperio, se dictó en Roma una lei Julia, que permitia a los deudores escapar de la in-

famia de la *bonorum emptio* con el recurso de la *bonorum cessio*. Tal es el origen de la cesion de bienes, o abandono universal que de los suyos hace el deudor insolvente a sus acreedores. Como en el caso de ejecucion forzosa, se procedia a la venta de todos los bienes cedidos; pero habia esta diferencia, que el deudor no quedaba preso e infamado, si bien, por otra parte, tampoco quedaba libre de sus deudas, pues los acreedores conservaban el derecho de perseguirle para obtener el pago de lo que les quedara adeudando, salvo el beneficio *in quantum facere potest*, que equivale al que nosotros llamamos *de competencia*.

Introducida mas tarde la *distractio bonorum*, como privilegio de ciertas personas nobles (*clarae personae*), en virtud del cual, en vez de venderse los bienes en masa, se podian vender por partes mediante el ministerio de un curador de bienes (*curator*); i extendido posteriormente este privilegio a varios deudores, aunque no fuesen *clarae personae*; se llegó a sustituir la venta universal de bienes por la venta parcial, evitándose de este modo la *emptio bonorum* i la sucesion universal que semejante venta traia consigo.

Por otro lado jeneralizóse la *pignoris capio*; i de prenda privada se convirtió en prenda pretoria, mediante a la intervencion del majistrado o del pretor, que autorizaba a los acreedores para que se pagasen por este arbitrio de sus deudas.

Estas tres vias de ejecucion, reconocidas por el Derecho Pretorio, corresponden a otros tantos modos de pago en la Jurisprudencia Romana: el concurso forzado (*emptio bonorum*), el concurso voluntario (*cessio bonorum*), i la mera ejecucion sin concurso de acreedores (*pignoris capio*). En los tres casos se aplicaba el principio de que los bienes del deudor respondian de la deuda, a diferencia de lo que sucedia en el antiguo Derecho Quiritario, segun el cual la responsabilidad afectaba directamente a la persona e indirectamente a los bienes.

Mas, aunque los principios civilizadores del *jus gentium* desvirtuaran la máxima del Derecho Civil de que el deudor respondia fisicamente con su persona al cumplimiento de las obligaciones contraidas, subsistió siempre la ejecucion personal, a modo de apremio; i necesitamos atravesar muchos siglos, recorrer muchos estados de civilizacion posterior, para llegar, al traves de las modificaciones sucesivas del Derecho, a la abolicion reciente de aquel medio inhumano, cuyos orijenes se pierden en la barbarie, i cuyo fin hemos presenciado con el alborozo que infunden los nobles sentimientos del corazon.

La prision por deudas, esclavitud de hecho, ha sobrevivido a la esclavitud de derecho. Adoptada aquélla por las Lejislaciones que habian bebido el espíritu de la Jurisprudencia Romana, transmitida en herencia española a nuestro Derecho Patrio, cayó bajo la reglamentacion del decreto supremo de 8 de febrero de 1837, que, inspirado en la necesidad urgente de reformar el procedimiento ejecutivo que se observaba en aquella fecha, i en virtud de facultades estraordinarias, dictó el Gobierno Nacional, i cuyas disposiciones, muy conocidas, están aun en vigor en todo lo que se relaciona con la tramitacion de las ejecuciones i casos de concurso.

Solo el 23 de junio del año de 1868 se promulgó la lei que declara abolida la prision por deudas, en homenaje a la humanidad, i reconocimiento de las ideas que habian logrado abrirse camino en Códigos nuevos que interpretaban un estado social tambien nuevo. Conforme al artículo único de esa lei, la prision por deudas solo tendrá lugar en los casos siguientes:

- 1.º En los de quiebra fraudulenta o culpable;
- 2.º En los de penas que consisten en multas pecuniarias que estén substituidas por prision, segun las leyes;
- 3.º Contra los administradores de rentas fiscales, municipales o establecimientos de educacion o beneficencia creados o sostenidos por el Estado, o sujetos a la inmediata inspeccion del Gobierno; i
- 4.º Contra los tutores, curadores i ejecutores testamentarios, por lo que hace a la administracion de los bienes que les está confiada en virtud de dichos cargos».

El principio proclamado por el art. 2465 del Código Civil, mas de diez años ántes que se promulgara la lei del 68, cobraba así un vigor i un alcance que no tenia a la fecha en que se le sancionó; i el «dá al acreedor el derecho de perseguir su ejecucion sobre todos los bienes raices o muebles del deudor», por la restriccion del apremio personal, quedaba como si en vez de la palabra pleonástica *personal*, que precede a semejante frase, se hubiera puesto el adverbio limitativo *solo*.

## I

Pero si por nuestro Derecho actual, en casi todos los casos, son los bienes i no la persona física del deudor, lo que responde del cumplimiento de las obligaciones o deudas contraidas, al revés de lo que sucedia en el antiguo Derecho Quiritario de los romanos;

tócanos discernir cuáles bienes están afectos a la responsabilidad de esas obligaciones. Si por un lado eliminamos de la escena la persona del deudor, por otro colocamos en ella el patrimonio, que la representa.

De aquí las siguientes cuestiones:

¿Cuáles son los bienes afectos al pago de las obligaciones?

¿Cual es la importancia relativa de éstas sobre los bienes del deudor?

Un principio de Derecho Natural contestaría a la primera pregunta repitiendo lo que el art. 2465 ha afirmado ya: «Todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros».

Pero el mismo principio pondría a la regla la misma limitación que le pone el artículo citado: «Excepto algunos bienes no embarcables», que por razón natural deben dejarse al deudor como medio i recurso de subsistencia.

Contestar a la segunda pregunta ¿cuál es la importancia que debe atribuirse a las diversas obligaciones que obran respecto de un mismo deudor para ser pagadas con los bienes de éste? sería entrar de lleno en el órden, a la vez natural i legal, que responde en otros Códigos al epígrafe *Graduacion de acreedores* i en el nuestro al de *Prelacion de créditos*.

Larga e ímproba tarea nos impondríamos al recordar, aunque someramente, las vicisitudes, las vacilaciones, los cambios de toda especie por que ha pasado la Legislacion Civil en esta materia. Bástenos para dar idea de la filiacion de nuestro Derecho actual el que las instituciones que nos rijen sobre prelación de créditos, arrancando del Derecho Romano, fuente inagotable de la Jurisprudencia universal, pasaron modificadas al Derecho Español, de éste al Derecho Patrio anterior al Código Civil i del Derecho Patrio al Código mismo.

La naturaleza de las obligaciones pende de su oríjen; su graduacion es el resultado de la importancia variable que hayan tenido en las diversas civilizaciones i en los diversos tiempos.

Obligaciones hai que por su naturaleza afectan bienes determinados i las cuales, por razón de su oríjen, de las personas a cuyo favor han sido constituidas, de los medios conforme a los que se puede hacerlas valer, deben gozar de condicion preferente.

Como nuestro propósito es analizar las disposiciones del Código Civil que tratan de ésta materia, manifestando algunas de las dificultades que ocasionan en la práctica; solo haremos referencia a los

antecedentes históricos cuando ellos puedan ilustrar la inteligencia legal que haya de darse a tales disposiciones.

## II

Hemos visto que «todos los bienes, raíces o muebles, del deudor, sean presentes o futuros», responden al pago de las deudas, según el principio general enunciado en el art. 2165; pero también hemos hecho notar que este principio tiene una limitación: «Todos los bienes», excepto los no embargables, que enumera el art. 1618.

Según este artículo no son embargables:

«1.º Las dos terceras partes del salario de los empleados en servicio público, siempre que ellas no *excedan* de novecientos pesos; si *exceden*, no serán embargables los dos tercios de esta suma, ni la mitad del exceso.

«2.º El lecho del deudor, el de su mujer, los de los hijos que viven con él i a sus expensas, i la ropa necesaria para el abrigo de todas estas personas.

«3.º Los libros relativos a la profesion del deudor hasta el valor de doscientos pesos, i a eleccion del mismo deudor.

«4.º Las máquinas e instrumentos de que se sirve el deudor para la enseñanza de alguna ciencia o arte hasta dicho valor i sujetos a la misma eleccion.

«5.º Los uniformes i equipos de los militares según su arma i grado.

«6.º Los utensilios del deudor artesano o trabajador del campo necesarios para su trabajo individual.

«7.º Los artículos de alimento i combustible que existan en poder del deudor hasta concurrencia de lo necesario para el consumo de la familia durante un mes.

«8.º La propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente.

«9.º Los derechos cuyo ejercicio es enteramente personal, como los de uso i habitacion.

«10.º Los bienes raíces donados o legados con expresion de no embargables, siempre que se haya hecho constar su valor al tiempo de la entrega por tasacion aprobada judicialmente; pero podrán embargarse por el valor adicional que despues *adquirieren*».

Nada tendríamos que observar sobre las excepciones a que se refiere el artículo anteriormente citado, i que consignadas en



su mayor parte, con ligeras variantes, en el artículo 18 del Decreto de 8 de Febrero de 1837 i en las Leyes Patrias de 31 de Octubre de 1845 i 25 de Octubre de 1854, son bastante conocidas; si no se prestaran a dificultades las que son objeto de los números 1.º i 9.º

Por defecto de redaccion, que el autor del Código se apresuró a explicar, el primero de estos números contiene una regla verdaderamente absurda, a la cual, segun los propios términos del señor Bello, «es imposible de todo punto encontrar un sentido razonable». Donde el autor del Proyecto dijo *exeda*, refiriéndose a salario, el Lejislador dijo *exedan*, refiriéndose a las dos terceras parte de dicho salario; i donde el primero, continuando en su idea, puso otra vez la palabra en singular, el segundo la puso otra vez en plural; de lo cual ha resultado que una es la regla auténtica ideada por el autor del Código i otra la regla legal promulgada por los que sancionaron la lei. ¿A cuál de ámbas reglas debe ajustarse el magistrado? No ignoramos que el prestigio del sabio jurisconsulto a quien debemos la redaccion del Código Civil ha llegado a sobreponerse al respeto debido al Lejislador, pero si ello es un título de gloria para el maestro, abre la puerta a arbitrariedades que han debido evitarse tiempo há por los medios que nuestras leyes franquean. Es evidente que la interpretacion auténtica i razonable dada por el señor Bello al número 1.º del artículo 1618 está en contradiccion con los términos en que fué aprobado dicho inciso, términos que no solo contrarían el propósito de la Comision Redactora, sino las disposiciones análogas que se contienen respectivamente en los artículos 1.º i 4.º de las leyes del 45 i del 54 sobre prelacion de créditos. Pero lo que falta es salvar el error de una manera legal que haga innecesarios los subterfujos (1).

La dificultad que se desprende del número 9.º es algo mas grave.

No son embargables, segun la disposicion contenida en este número, «los derechos cuyo ejercicio es enteramente personal, como los de uso i habitacion»; a los que podria haberse agregado el de pedir alimentos, que por el artículo 334 «no puede trasmitirse por causa de muerte, ni venderse o cederse de modo alguno, ni renunciarse».

(1) Es interesante la cuestion, suscitada ya varias veces i resuelta en un sentido afirmativo, de si tratándose de la obligacion de pagar alimentos fijados por sentencia, puede embargarse del sueldo de un empleado mas de la cantidad que permite este número 1.º Los alimentos declarados por sentencia se consideran no como una deuda comun i ordinaria sino como una aplicacion que el alimentante debe hacer de sus entradas a ciertos gastos de familia.

La vaguedad del principio, que no alcanzaba a aclararse con ejemplos, ¿haría que el Lejislador lo repitiera en el inciso 3.º del artículo 2466, bajo la forma de especificaciones mas concretas? Es lo que vamos a ver.

Despues de haber reconocido en los acreedores la facultad de *subrogarse* en ciertos derechos del deudor, nuestro Código Civil, agrega: «Sin embargo, no será embargable el usufructo del marido sobre los bienes de la mujer, ni el del padre de familia sobre los bienes del hijo, ni los derechos reales de uso o de habitacion». El inciso 3.º del artículo 2466 es, pues, una exepcion a la facultad concedida a los acreedores de subrogarse en ciertos derechos del deudor; pero una exepcion que se presta a dificultades graves, que no siempre han sido resueltas con el mismo criterio. No es embargable el derecho de usufructo, que en tales casos es por naturaleza enteramente personal; mas ¿no lo serán tampoco los frutos mismos que provienen de semejante derecho?

Examinemos esta cuestion a la luz de los preceptos legales que gobiernan las relaciones de familia bajo el punto de vista de los bienes de la mujer i del hijo.

Conforme al artículo 1725, el haber de la sociedad conyugal se compone:

.....  
 2.º De todos los *frutos*, réditos, pensiones, intereses i lucros, de cualquiera naturaleza, que provengan, sea de los bienes sociales, sea de los bienes propios de cada uno de los cónyuges, i que se devenguen durante el matrimonio».

Con arreglo al artículo 1740, la misma sociedad es obligada al pago:

«1.º De todas las pensiones e intereses que corran, sea contra la sociedad, sea contra cualquiera de los cónyuges, i que se devenguen durante la sociedad;

«2.º De las deudas i obligaciones contraidas durante el matrimonio por el marido o la mujer con autorizacion del marido, o de la justicia en subsidio, i que no fueren personales de aquel o ésta, como lo serian las que se contrajesen para el establecimiento de los hijos de un matrimonio anterior.

.....  
 «3.º De las deudas personales de cada uno de los cónyuges, quedando el deudor obligado a compensar a la sociedad lo que ésta invierta en ello».

«El marido, dice el artículo 1749, es el jefe de la sociedad

conyugal, i como tal administra libremente los bienes sociales i los de su mujer».....

«El marido es respecto de terceros, segun el artículo 1750, dueño de los bienes sociales, como si ellos i sus bienes propios formasen un solo patrimonio, de manera que durante la sociedad los acreedores del marido podrán perseguir tanto los bienes de éste como los bienes sociales; sin perjuicio de los abonos o compensaciones que a consecuencia de ello deba el marido a la sociedad o la sociedad al marido».

De los artículos anteriormente citados resulta:

1.º Que los frutos producidos por los bienes de la mujer durante el matrimonio son bienes sociales;

2.º Que los bienes sociales responden a las deudas del marido, pudiendo ser perseguidos i por lo tanto embargados, por los acreedores del que segun la lei es el jefe de la sociedad conyugal, libre administrador de los bienes de ella i de la mujer, i, lo que es mas, verdadero dueño de tales bienes respecto de terceros.

¿Se habrá contradicho la lei al afirmar por una parte que los frutos de los bienes de la mujer casada, están afectos al pago de las deudas, i al afirmar por otra que el derecho de usufructo que compete al marido sobre los bienes de la mujer no es embargable? ¿O las disposiciones citadas de los artículos 1725, 1740, 1749 i 1750 pueden conciliarse de algun modo con la contenida en el inciso tercero del artículo 2466?

Supongamos que el marido deudor no tiene otros bienes que los proventos del usufructo legal de que goza sobre los bienes de la mujer; que estos bienes de la mujer sean cuantiosos i produzcan frutos civiles o naturales de correspondiente valía. Entre este deudor opulento i el acreedor, acaso necesitado, ¿se alzaría como una valla infranqueable la prohibicion de la lei para embargar el derecho de usufructo?

Si todos los problemas legales se resolvieran por equidad natural, la contestacion no seria dudosa.

Pero no debemos tampoco partir de la idea de que la equidad natural está reñida con las disposiciones de la lei.

El derecho de usufructo, convencional o legal, comprende dos facultades distintas que pueden separarse, i que la lei misma ordena separar en algunos casos: la administracion i el goce de los frutos.

La administracion es un derecho personal, inherente al marido, como jefe de la sociedad conyugal; derecho que solo pierde en vir-

tud de pactos expresos anteriores al matrimonio, o por incapacidad que le inhabilite legalmente para ejercerlo.

El goce de los frutos, consecuencia del matrimonio, tiene por objeto proveer a las cargas de familia, que en el régimen de comunidad pesan directamente sobre el marido (1). Los frutos entran a componer el haber social, son verdaderos bienes adquiridos durante el matrimonio, que pueden considerarse separados de la cosa que los produce e independientes del derecho de administracion, pero que están afectos a alimentar a los hijos i a los gastos del establecimiento de éstos.

Lo personal i privativo en el usufructo legal de un cónyuje sobre los bienes de otro cónyuje, es el derecho mismo de usufructo. Los frutos, por su naturaleza pueden desprenderse, transformarse, consumirse, convertirse en otros bienes, cuyo orijen, aunque debido al usufructo legal, no debe bastar a exceptuarlos de la responsabilidad que afecta a los bienes sociales respecto de terceros.

Al decir, pues, la lei que no es embargable el derecho de usufructo del marido sobre los bienes de la mujer, se ha referido a una verdadera subrogacion en el derecho de usufructo, i no a los frutos que provienen del ejercicio de semejante derecho, a lo ménos en cuanto excedan al costo de produccion i a las expensas que deben invertirse en el mantenimiento de la familia. I aun cuando en el caso que nos ocupa ha querido, por consideraciones de otro órden, beneficiar al marido mucho mas que a cualquier otro deudor, con todo, no seria dable extender a tal punto el beneficio que resultara una contradiccion evidente entre varias disposiciones de la misma lei, i un absurdo chocante al ponerlas en ejecucion.

Caso análogo al de que acabamos de hablar es el del usufructo del padre del familia sobre los bienes del hijo. Al comprenderlos la lei en una misma excepcion declarándolos no embargables, debió obrar por motivo semejante.

Pero las razones legales con que hemos impugnado la intelijencia literal i absoluta que pudiera atribuirse respecto del usufructo del marido a la excepcion contenida en el inciso 3.º del artículo 2466, no obran precisamente de un modo idéntico respecto del otro usufructo del padre de familia sobre los bienes del hijo. Es

---

(1) El artículo 1753 expresa mui claramente esta idea advirtiendo que, «aunque la mujer en las capitulaciones matrimoniales renuncie los gananciales, no por eso tendrá la facultad de percibir los frutos de sus bienes propios, los cuales se entienden concedidos al marido para soportar las cargas del matrimonio, pero con la obligacion de conservar i restituir dichos bienes, según despues se dirá.»

verdad que ambos usufructos son legales, es decir establecidos i reglamentados espresamente por la lei en consideracion a las relaciones íntimas de familia; es verdad todavía que si el marido es por derecho personal administrador de los bienes de la mujer, el padre, con análogo i aun mas exclusivo derecho, es el administrador de los bienes del hijo. Mas en el primer caso vienen espresamente en nuestra ayuda disposiciones claras i terminantes que el Lejislador mismo se encargó de poner frente a frente unas de otras para obligar a conciliarlas so pena de destruirlas; al paso que, tratándose del usufructo legal del padre, debemos guiarnos por consideraciones de un carácter mas jeneral, si bien basadas en el propio espíritu de la lei.

«El padre goza del usufructo de todos los bienes del hijo de familia» dice el artículo 243. «Se llama usufructo legal del padre de familia el que le concede la lei», agrega el mismo artículo en su último inciso.

El padre, que no está obligado a rendir fianza o caucion, como los demas usufructuarios (artículo 245) i que tampoco está obligado a hacer inventario, a no ser que pase a otras nupcias (artículo 249, administra los bienes del hijo en que la lei le concede el usufructo, ménos las cosas donadas, heredadas o legadas bajo la condicion de que no las administre, i las herencias o legados que hayan pasado al hijo por incapacidad o indignidad del padre o por haber sido éste desheredado (artículo 247). Mas la condicion de no administrar el padre, no se entiende que le priva del usufructo, ni la que le priva del usufructo, se entiende que le quita la administracion, a ménos de expresarse lo uno i lo otro por el donante o testador (artículo 248). El padre de familia responde de la culpa leve en la administracion de los bienes del hijo, i su responsabilidad se extiende a la propiedad i a los frutos en aquellos bienes del hijo en que tiene la administracion, pero no el usufructo; i se limita a la propiedad en los bienes de que es administrador i usufructuario (artículo 250). En caso de dolo o grave negligencia habitual hai derecho para quitar al padre la administracion de los bienes del hijo, i perderá ademas dicha administracion siempre que se suspenda la patria potestad por decreto judicial (artículo 251). No teniendo el padre la administracion del todo o parte del peculio adventicio ordinario o extraordinario, se dará al hijo un curador para esta administracion. Pero quitada al padre la administracion de aquellos bienes en que la lei le da el usufructo, no

dejará por esto de tener derecho a los frutos líquidos, deducidos los gastos de administracion (artículo 252).

Tales son las disposiciones que sobre la naturaleza i extension que haya de atribuirse a este usufructo legal debemos tener presentes al debatir la cuestion.

Vése que, conforme hemos dicho ántes, el Código distingue la administracion i el usufructo propiamente tal, es decir, el goce de los frutos de una cosa; i que, sin tener la administracion, tiene el padre derecho a los frutos líquidos, *deducidos los gastos de administracion*, siempre que se trate de aquellos bienes en que la lei le da el usufructo.

Si el padre, por la lei o por condicion expresa del donante o testador, no tiene ni la administracion ni el usufructo de tales o cuales bienes del hijo, claro es que no hai para qué ocuparse de si es o no embargable un derecho de que el padre deudor está privado absolutamente. Pero pueden verificarse estos otros casos:

- 1.º Que tenga la administracion, mas nó el usufructo;
- 2.º Que tenga el usufructo i nó la administracion;
- 3.º Que tenga a la vez la administracion i el usufructo.

En el primer caso, ningun interes tendrian los acreedores en embargar un derecho cuyo ejercicio en nada puede reportarles utilidad, ni podrian siquiera, dado que lo tuviesen, despojar al padre de una facultad que se le reconoce por razones poderosísimas de Derecho Natural basadas en el deber i el afecto, i de la cual la lei positiva no ha querido privarlo sino en el caso especial de que expresamente lo hayan alejado de ella los donantes o testadores que usan de liberalidad para con el hijo, o cuando el padre se haya hecho culpable de dolo o grave negligencia habitual. Podemos, por consiguiente, afirmar que en este caso el derecho de administracion aislado no es susceptible de embargo.

En el segundo caso los acreedores del padre que no tiene la administracion pero sí el usufructo, tienen interes en el embargo, ya que el padre deudor percibe los frutos líquidos, deducidos los gastos de administracion. ¿Son embargables esos frutos líquidos? Tal es la cuestion, formulada en sus mas simples términos.

Para mayor claridad pongamos un ejemplo análogo al que hemos puesto al ocuparnos en el usufructo legal del marido: Un padre que no tiene bienes propios, pero sí el usufructo legal cuantiosísimo que le proporcionan los bienes de un hijo, contrae una deuda. Vencido el plazo de la obligacion, el acreedor trata de cobrarla, i al efecto se presenta pidiendo el embargo de algunos bienes

que han correspondido al padre deudor a virtud de su usufructo legal. ¿Podrá el referido deudor rechazar el embargo con la excepción de que su derecho de usufructo no es embargable, según lo que dispone el inciso 3.º del artículo 2466?

Como todo usufructuario, el padre de familia hace suyos los frutos que provienen de las cosas sobre que recae el ejercicio de este derecho. Si tratándose del marido los frutos de los bienes de la mujer ingresan al haber social, tratándose del padre de familia, los frutos de los bienes del hijo ingresan al haber del padre, cuya responsabilidad solo se extiende a semejantes frutos cuando, teniendo la administración, no tiene el usufructo. Son, pues, exclusivamente del padre los frutos líquidos que provengan del usufructo, aun cuando aquél no tenga la administración, una vez deducidas las cargas de familia. ¿Por qué razón puede haber prohibido la lei que se embarguen esos frutos, separados ya de la cosa fructuaria, liquidados despues de haberse deducido los gastos de administración, verdadera propiedad del padre, quien puede llegar a enriquecerse con ellos, despues de satisfechos los gastos de familia?

El artículo 803 de nuestro Código Civil sienta el principio jeneral de que «los acreedores del usufructuario pueden pedir que se le embargue el usufructo i se les pague con él hasta concurrencia de sus créditos, prestando la competente caucion de conservación i restitucion a quien corresponda.»

Sentado este principio jeneral, debía entenderse que la disposicion comprendia tambien el usufructo legal del padre, con tanta mayor razon cuanto que el título IX del libro II que trata *Del derecho de usufructo* habla de todo usufructo, i el artículo 766 de dicho título se refiere expresamente al usufructo legal estableciendo que el derecho de usufructo se puede constituir de varios modos:

1.º *Por la lei, como el del padre de familia sobre ciertos bienes del hijo».*

.....  
Para que se suscitara duda sobre este punto era necesaria la vaguedad del número 9.º del artículo 1618, el cual declara no embargables los derechos cuyo ejercicio es enteramente personal, i la excepcion no bastante clara contenida en el inciso 3.º del artículo 2466.

Contemplados ahora el artículo 803 i el inciso 3.º del 2466, podemos ver que el uno establece este principio: el usufructo es em-

bargable; i el otro, esta excepcion: el usufructo legal no es embargable.

El punto de vista de la regla puede indicarnos el alcance de la excepcion. ¿Qué ha entendido la lei por la palabra *usufructo*, al afirmar en el artículo 803 que puede ser embargado por los acreedores del usufructuario? Es indudable que la lei se refiere a «la facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma i sustancia i de restituirla», pues esta es la definicion que da del usufructo como derecho real el artículo 764. I se echa de ver que, exijiendo de los acreedores la competente caucion de conservar i restituir, como requisito para que pueda llevarse a efecto el embargo, supone que se embarga tambien la administracion de la cosa fructuaria, administracion que en este caso no está separada ni es distinta del usufructo mismo, como sucede en el caso del usufructo legal que venimos contemplando.

Ya hemos visto, al hablar del usufructo legal del marido, que los frutos líquidos entran a componer el haber de la sociedad conyugal, i como pertenecientes a ésta, responden de las deudas del marido i son embargables por los acreedores, aunque con algunas limitaciones. Los frutos líquidos no son el usufructo mismo, ya que éste es un derecho personal no embargable, que la lei reconoce al marido como jefe de la sociedad conyugal; mientras aquéllos, perteneciendo a una entidad jurídica distinta de la persona natural de cada cónyuje, responden al pago de las deudas i son susceptibles de embargo.

La analogía entre el usufructo legal del padre de familia i el usufructo legal del marido es tan completa, que tenemos que llegar a la misma conclusion respecto de lo que en uno i en otro caso deba entenderse como no embargable.

Pero todavía hai mas. Se habrá notado que tanto en el número 9.º del artículo 1618, como en el inciso 3.º del artículo 2466, el Código declara no embargables los derechos de uso i habitacion, cuyo ejercicio es enteramente personal.

La naturaleza de estos derechos, que se limitan por definicion de la lei «a las necesidades personales del usuario i del habitador», comprendiéndose en dichas necesidades *las de la familia*, pero no las de la industria o tráfico en que se ocupa el beneficiado; corrobora nuestra afirmacion anterior de que la lei ha querido exceptuar del embargo solo aquellos bienes o aquellos derechos indispensables para la subsistencia del dendor o que se relacionan intimamente con las necesidades de la familia. Seria un absurdo que



teniendo bienes de sobra el padre de familia deudor, se libertara de pagar al acreedor, nada mas que porque proviniendo aquellos bienes de su derecho de usufructo legal, la lei les imprimiera el carácter de no embargables.

Nada mas personal i menos susceptible de embargo que el derecho de alimentos, el cual no puede transmitirse por causa de muerte, ni compensarse, ni cederse, ni renunciarse; i con todo las pensiones atrasadas no participan de este carácter, pues pueden renunciarse i compensarse, i el derecho de pedir las es susceptible de transmitirse, venderse i cederse.

Otro tanto sucede con los derechos de uso i habitacion; lo que no quita que el usuario i el habitador puedan dar los frutos que les es lícito consumir en sus necesidades personales.

Véase, pues, cómo la lei distingue entre el derecho mismo de alimentos i los alimentos, entre el derecho de usufructo i los frutos que provienen de este derecho.

Con lo que llevamos dicho sobre el caso en que el padre de familia tenga la administracion pero no el usufructo, queda tambien resuelta la dificultad en el caso que tenga juntamente la administracion i el usufructo.

Lo personal, lo no embargable es el derecho mismo de percibir los frutos, pero no debe extenderse la excepcion a los frutos sino en cuanto sean necesarios para costear los gastos de produccion o participen de la naturaleza de alimentos congruos.

Resumamos lo dicho acerca de uno i otro usufructo legal, agregando algunas consideraciones aplicables a ambos.

La circunstancia de no haberse referido la lei a estos usufructos en el número 9.º del artículo 1618, ántes que por un olvido del Lejislador, debe interpretarse como una distincion que debia tener cabida en otro artículo mas adecuado al caso, el 2466.

El hecho de haber reservado la excepcion de embargo del usufructo legal para el título de la Prelacion de Créditos, está indicando que la lei ha contemplado dicho usufructo bajo el punto de vista de la subrogacion que el mismo artículo 2466 otorga a los acreedores en algunos derechos especiales del deudor, como usufructuario, prendario, arrendador, arrendatario, etc., i del privilejio que en el mismo título se concede a la mujer i al hijo, para ser pagados de sus respectivos créditos contra el marido i el padre con preferencia a otros acreedores. La expresion *sin embargo* con que comienza el inciso 3.º del artículo 2466, despues de *podrán subrogarse*, con que comienza el inciso anterior, comprueba lo pri-

mero. Respecto de lo segundo, bastará observar que, componiéndose el haber social de matrimonio, de bienes propios de los cónyuges i de gananciales, i teniendo la mujer, segun el número 3.º del artículo 2481 derecho para pagarse con preferencia a otros acreedores del marido, debe entenderse que éstos solo pueden hacer valer sus créditos sobre el residuo que quede pagadas las deudas a la mujer, es decir, sobre los gananciales i los bienes propios del marido, i que tratándose del padre de familia i del hijo, como tiene éste igual preferencia a virtud del número 4.º del artículo 2481, debe entenderse tambien que los acreedores de aquél solo pueden perseguir los bienes propios del padre, una vez satisfecha la deuda al hijo, es decir, los frutos ya consumidos o transformados, que se consideren formar parte del patrimonio del padre.

Precisando los términos, lo no embargable, segun el inciso 3.º del artículo 2466, es: 1.º el derecho de administracion en el usufructo legal; i 2.º, el derecho de consumir los frutos en las necesidades de la familia. El marido i el padre de familia pueden oponer a los acreedores un verdadero beneficio de competencia, fundado en la razon de cargas de familia: la deuda de alimentos congruos a la mujer i al hijo, prefiere segun la lei a cualquiera otra.

### III

Siguiendo adelante en el plan de nuestro trabajo, i una vez demostrado: 1.º que lo que responde de las obligaciones contraidas son los bienes i no la persona misma del deudor, a diferencia de lo que sucedia en el primitivo Derecho; 2.º que no todos los bienes del deudor están afectos a la responsabilidad de las deudas, sino que, por razon de alimentos, deben exceptuarse algunos, cuales son los que el Código califica de no embargables en el artículo 1618, i los derechos en que no es permitido a los acreedores subrogarse, segun el inciso 3.º del artículo 2466; debemos ocuparnos ahora en ciertos bienes que, estando confundidos con los del deudor, no pertenecen, sin embargo, a éste, i en ciertos derechos que pueden hacerse valer contra el concurso para pagarse los que los invocan con anterioridad a los acreedores a quienes se reconoce un simple crédito.

El artículo 2465 nos habla de *obligaciones personales*. Las obligaciones nacen conforme al artículo 1437, ya del concurso real de las voluntades de dos o mas personas, como en los contratos o convenciones, ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga,

como en los cuasi-contratos, ya de un un hecho que ha inferido injuria o daño, como en los delitos o cuasi-delitos. Toda obligacion es naturalmente *personal*; i si este epíteto no es redundante aplicado a derecho, porque los derechos pueden ser reales o personales, está demas en el artículo 2465, aplicado a *obligacion*, como en el 1901, aplicado a *crédito*. Derechos *personales* o *créditos*, dice el artículo 578, son los que solo pueden reclamarse de ciertas personas, que por un hecho suyo o por disposicion de la lei, han contraido las obligaciones correlativas.»

El artículo 2466 nos va a hablar de derechos reales.

«Sobre las especies identificables que pertenezcan a otras personas por razon de dominio, i existan en poder del deudor insolvente, dice el artículo 2466, conservarán sus derechos los respectivos dueños, sin perjuicio de los derechos reales que sobre ellos competan al deudor, como usufructuario o prendario o del derecho de retencion que le concedan las leyes; en todos los cuales podrán subrogarse los acreedores.»

«Podrán asimismo subrogarse en los derechos del deudor como arrendador o arrendatario, segun lo dispuesto en los artículos 1965 i 1968.

«Sin embargo, no será embargable el usufructo del marido sobre los bienes de la mujer, ni el del padre de familia sobre los bienes del hijo, ni los derechos reales de uso o de habitacion.»

De este artículo, que hemos querido citar íntegro por la importancia capital que tienen sus preceptos en el caso frecuente de concurso, se deduce la regla jeneral implícitamente contenida en el artículo anterior (2465), que el deudor responde con sus bienes, i no con los ajenos, al cumplimiento de las obligaciones contraídas, o valiéndonos de otros términos, que no entran en concurso *las especies identificables que pertenezcan a otras personas, por razon de dominio i existan en poder del deudor.*

Así, pues, los dos artículos 2465 i 2466, encierran en el fondo la misma idea simple i sencillísima en apariencia: el deudor responde con todos sus bienes, excepto los no embargables, a las obligaciones contraídas por él en favor de sus acreedores. El segundo artículo no es mas que una explicacion del primero.

Pero ese principio tan sencillo i simple ofrece dificultades gravísimas de aplicacion.

Vamos a enumerar algunas, sintiendo que los límites del presente trabajo no nos permitan dar todo el desarrollo deseable a

las interesantes cuestiones de derecho que surgen de cada una de ellas.

1.<sup>a</sup> *El vendedor insoluto del precio de la cosa que aparece entre los bienes del deudor concursado, ¿puede hacer valer o nó una accion de dominio para reclamarla en virtud de la resolucion del contrato?*

2.<sup>a</sup> *El dueño de una cosa subastada en el concurso i que no ha comparecido a reclamarla, ¿conserva o nó su accion de dominio contra el subastador?*

3.<sup>a</sup> *¿Qué valor puede tener respecto de los acreedores un documento privado cuya fecha es anterior a la del concurso i que acredita la compraventa de bienes muebles, por ejemplo, pertenecientes al deudor concursado?*

4.<sup>a</sup> *Qué importancia debe atribuirse al derecho de retencion contra el deudor concursado?*

#### IV

Si invocáramos para contestar a la primera de las preguntas formuladas los principios imperantes en la Lejislacion Romana o Española, i aun en nuestra Lejislacion Patria anterior al Código, la cuestion no ofreceria duda,

El Derecho Romano concedia accion reivindicatoria a los vendedores insolutos, como puede verse en la Lei 19 del Dijesto *de contrahenda emptione*, i en el párrafo 41 de la Instituta *De divisione rerum*.

«*Venditae vero res et traditae, dice este último, non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit, veluti ex promissore aut pignore dato; quodquam quam cavetur ex lege duodecim tabularum, tamen recte dicitur et jure gentium, id est, jure naturali, id effici; sed, si is qui vendidit, fidem emptoris sequutus fuerit, dicendum est statim rem emptoris fieri.*»

«Vendidas i entregadas las cosas, no se adquiere su dominio por el comprador sino en el caso de que éste la haya pagado el precio al vendedor, o de algun otro modo haya cumplido con esta obligacion, v. gr. dando fador o prenda; lo que aunque prescrito por la lei de las Doce Tablas, puede decirse que es de Derecho de Jentes, esto es, de Derecho Natural. Mas si el vendedor hubiera seguido la fé del comprador, debe entenderse transferido el dominio».

Como se vé, el dominio del comprador dependia del pago del precio. Por consiguiente, en el caso de resolucion de la venta, el

vendedor, que no habia transferido su dominio al comprador, tenia una accion real, la que compete al verdadero dueño de una cosa para reclamarla de cualquiera otra persona.

El Derecho Español contenia idénticas disposiciones. La Lei 46, título 28, Partida 3.<sup>a</sup>, lleva por epígrafe: *Como non passa el señorío de la cosa vendida o dada a aquel que apoderan en ella, fasta que haya pagado el precio.*

*Empero, dice la parte referente de esta lei, si el que oviese vendido su cosa a otro, le apoderase de ella, et el comprador non oviese pagado el precio, o dado fiador o peños, o tomado plazo para pagar, por tal apoderamiento como este, non passaria el señorío de la cosa fasta que el precio pagase. Mas si fiador o peños oviese dado o tomado plazo para pagar, o si el vendedor se fiase en el comprador del precio, entonce passaria el señorío de la cosa a él por el apoderamiento, magüer el precio non oviese pagado; empero seria tenuto del pagar.*

Dos leyes patrias anteriores al Código modificaron esta disposicion del Derecho Español.

La primera de 31 de octubre de 1845, suprimió la accion reivindicatoria concedida a los vendedores insolutos; pero en cambio les otorgó privilejio en el concurso del comprador. El privilejio consistia en poder pedir que se les pagase con lo que produjeran las especies vendidas, con preferencia a los demas acreedores; o que les fueran entregadas las especies por el mismo precio de venta, aunque se hubieran vendido a plazo i no se cumpliera éste todavía. Para gozar del privilejio eran menester dos condiciones: 1.<sup>a</sup>, que las especies existieran en poder del comprador insolvente; 2.<sup>a</sup>, que se acreditara la identidad de ellas. Tambien se exijia en las ventas a plazo que el vendedor demandara el precio ántes de cumplidos seis meses desde que tuvo derecho para exijirlo.

La segunda lei patria, de 25 de octubre de 1854, derogó el privilejio otorgado por la primera i concedió a los vendedores al contado que no hubieran percibido el precio accion reivindicatoria contra el concurso del comprador. Dos condiciones exijia esta segunda lei para reivindicar: 1.<sup>a</sup>, que se hiciera constar la existencia e identidad de las especies; 2.<sup>a</sup>, que se entablara la accion en el plazo de un mes contado desde la entrega al comprador. Nada dispuso sobre los vendedores a plazo; por lo que se entendió que debia considerarse vijente la Lejislacion anterior a este respecto.

Tal era el estado de las cosas, cuando vino nuestro Código Civil

a modificar sustancialmente los principios a que obedecía el anterior Derecho.

Estableció desde luego aquel Código, en su art. 680, inciso 2.º, que «verificada la entrega por el vendedor, se transfiere el dominio de la cosa vendida, aunque no se haya pagado el precio, a ménos que el vendedor se haya reservado el dominio hasta el pago o hasta el cumplimiento de una condicion,» reserva de dominio que debe hacerse constar expresamente, pues con arreglo al inciso 1.º del citado artículo «la tradicion puede transferir el dominio bajo condicion suspensiva o resolutoria, con tal que se exprese».

La falta de pago, que en el Derecho Romano i Español resolvía el dominio, por nuestro actual Derecho resuelve únicamente el contrato. Esta es la deducción natural del principio contenido en el art. 680, principio que precisamente es contrario al que sancionaban las leyes romanas i españolas. Al preceptuar nuestro Código en el art. 1489 que «en los contratos bilaterales va envuelta la condicion resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado», i que en tal caso «podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolucion o el cumplimiento del contrato», dice claramente que lo que se resuelve es el contrato; i con la misma o mayor claridad expresa esta idea, al repetir en el párrafo *De las obligaciones del comprador*, art. 1873, que «asi el comprador estuviere constituido en mora de pagar el precio..... el vendedor tendrá derecho para exigir el precio o la resolucion de la venta». Todavía el Código, no contento con haber prescrito que «verificada la entrega se transfiere el dominio, aunque no se haya pagado el precio», i con haber indicado que lo que se resuelve es el contrato, va mas allá en el art. 1874, i ordena que «la cláusula de no transferirse el dominio sino en virtud de la paga del precio, no producirá otro efecto que el de la demanda alternativa enunciada en el artículo precedente».

Fuera de estas razones poderosas que nos inducen a creer que lo que se transfiere en virtud de la entrega del vendedor al comprador no es un dominio fiduciario, sino un dominio pieno, i que lo que se resuelve no es la tradicion, como sucedía en el Derecho antiguo, sino el título perfectamente válido en cuya virtud se efectuó dicha tradicion, tenemos otras no ménos convincentes: cuales son las que se desprenden de los arts. 1490, 1491 i 1896, por una parte, i de los arts. 889 i 895, por otra.

Segun el art. 1490, «si el que debe una cosa mueble, a plazo o

bajo condicion suspensiva o resolutoria, la enajena, no habráderecho de reivindicarla contra terceros poseedores de buena fé.

Conforme al art. 1691, «si el que debe un inmueble bajo condicion, lo enajena, o lo grava con hipoteca, censo o servidumbre, no podrá resolverse la enajenacion o gravámen, sino cuando la condicion constaba en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública».

En virtud del art. 1876, «la resolucion, por no haberse pagado el precio, no dá derecho al vendedor sino en conformidad a los arts. 1490 i 1491».

«La reivindicacion o accion de dominio es, segun el art. 889, la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesion, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela».

«La accion de dominio, dice el art. 875, se dirige contra el actual poseedor».

De semejantes premisas ¿qué conclusion debe inferirse?—Que la accion del vendedor insoluto no es reivindicatoria: 1.º, porque no se entabla por el dueño de una cosa, ya que «verificada la entrega, se transfiere el dominio, aunque no se haya pagado el precio» (art. 680); 2.º, porque no puede entablarse contra cualquier poseedor, ya que, en tratándose de cosas muebles, el tercer poseedor de buena fé no está obligado a entregar la cosa (art. 1490), i por lo que respecta a inmuebles, se necesita tambien la mala fé del tercero, o lo que es lo mismo, que la condicion conste en el título respectivo inscrito u otorgado por escritura pública (artículo 1491).

No entraremos, por lo demas, en la cuestion de si, no apareciendo del título la plata de pago del precio, deba entenderse que la condicion resolutoria de no haberse pagado consta del mismo título.

Salvemos la integridad de los principios legales i digamos que la accion del vendedor insoluto es personal; que lo que se resuelve no es el dominio, como sucedia en el Derecho antiguo, *rescisa traditione*, sino el título mismo, el contrato; que la resolucion *extingue* un derecho, con arreglo a la definicion del art. 1479, pero no *anula* la tradicion. La resolucion es cosa mui distinta de la nulidad, por mas que no siempre nuestro Código haya alcanzado a distinguir las claramente. La primera supone título perfectamente válido, que se invalida por circunstancia sobreviniente, *extingue* un derecho, que ha existido ante la lei, i que dentro del sistema urfídico ha sido causa bastante para que se transfiera el dominio pleno, i no el dominio fiduciario que algunos han pretendido des-

cubrir en la disposicion del art. 680. La segunda supone *ab initio* la inexistencia jurídica, o la existencia viciosa por lo ménos, del acto o contrato invalidado por falta de requisitos legales.

Verificada la entrega i transferido el dominio a virtud de un título válido, como es el de venta, aun cuando por circunstancia emanada del mismo contrato se invalide éste posteriormente, se necesita que el dominio vuelva mediante una segunda tradicion al dueño; i tal es lo que sucede con el pacto de retroventa, en virtud del cual segun el art. 1881, «el vendedor se reserva la facultad de recobrar la cosa vendida, reembolsando al comprador la cantidad de terminada que se estipulare, o en defecto de esta estipulacion, lo que haya costado la compra», i por el art. 1882 cuyos efectos se sujetan a lo dispuesto en los arts. 1490 i 1491.

La resolucion de la venta, como la retroventa o segunda venta, producen tan solo acciones personales para reclamar la *retro-tradicion*, o segunda tradicion de la cosa, invertidos los papeles de vendedor i comprador; ya sea que esta segunda tradicion deba efectuarse, sirviendo de título el mismo anterior invalidado, como parece suponerlo el inciso 3.º del art. 557, al tratar de la conservacion de los bienes raices en manos de personas jurídicas; ya sea que, mcoopretenden algunos, en el caso de resolucion de la venta sirva de título a favor del vendedor insoluto el cuasicontrato de precio no pagado, es decir el hecho de no haber cumplido el comprador con la obligacion de pagar el precio.

Apliquemos ahora estas doctrinas al caso de concurso del comprador.

Si el vendedor insoluto carece de accion reivindicatoria, debemos concluir que no puede invocar en su favor la disposicion del art. 2466.

Por otra parte su crédito (que de tal hemos calificado el derecho que le asiste) no goza de preferencia, ni como privilegiado ni como hipotecario.

Debe figurar entónces entre los acreedores comunes de la quinta clase de que habla el art. 2489.

I ya que no es posible ante la lei extraer del concurso la especie vendida i no pagada, dicha especie deberá avaluarse para reconocer al vendedor una acreencia equivalente.

Podrá decirse: ¿I qué ganaria el vendedor con pedir la resolucion del contrato i la entrega de la cosa, si en último término el precio es lo único que se le reconoce?—Bien que aparentemente las dos acciones que puede entablar el vendedor insoluto tengan



el mismo resultado, ello es que el demandante puede obtener un provecho estimable en dinero al elegir una i no otra de las acciones que le concede el art. 1873. Entre la fecha de la venta i la de la resolucion del contrato, las alzas i bajas del mercado pueden haber hecho variar el precio de la cosa vendida; de manera que, si el precio de venta fué, v. gr., 20,000 pesos, acaso el valor actual sea de 25 o 30 mil pesos. En tal supuesto, al vendedor le conviene pedir la resolucion del contrato. Si el precio actual fuera mas bajo que el precio anterior, entónces al vendedor le convendria pedir el cumplimiento del contrato.

Esta doctrina es sin duda la mas conforme no solo a nuestras leyes, sino a la equidad natural; como que tiende a igualar la condicion de los contratantes, no beneficiando al vendedor con un derecho de que la lei priva al comprador cuando éste se encuentra en las circunstancias que hemos supuesto respecto de aquél.

Supóngase, en efecto, que Pedro ha vendido una especie a Juan, quien ha pagado el precio, sin que el primero haya verificado la entrega de ella. Con arreglo al inciso 2.º del art. 1826, que dice: «Si el vendedor por hecho o culpa suya ha retardado la entrega, podrá el comprador, a su arbitrio, perseverar en el contrato o desistirse de él», Juan se halla en el caso de pedir alternativamente o el cumplimiento o la resolucion de la venta. El comprador Juan puede entablar dos acciones, pero ámbas personales: lo es la que tiene por objeto la devolucion del precio, porque sobre dinero no cabe accion reivindicatoria; i lo es la que tiene por objeto la entrega de la cosa, porque se apoya en un título, el de compraventa, i se entabla contra i no por el dueño de la especie; de que se infiere que en el caso de concurso al vendedor moroso el comprador debe figurar entre los acreedores comunes. Si el comprador a quien no se ha entregado la cosa reclama la entrega de ésta, lo único que puede hacerse para no perjudicar a los acreedores es avaluar la especie i reconocer un crédito por el valor actual de ella. I aquí repetiremos lo que hemos dicho ántes al tratar del concurso formado al comprador: si dicho valor actual es superior al precio de compra, al comprador le conviene pedir aquél i no éste; si inferior, el segundo i no el primero.

Hai, pues, una perfecta igualdad jurídica entre la condicion del vendedor i la del comprador, cuando el uno o el otro está en mora de cumplir lo pactado.

Pero hai mas todavía. Ante la lei el concurso de acreedores es un modo de pago introducido a favor del deudor. El título 14 del

libro IV de nuestro Código Civil lleva por epígrafe *De los modos de extinguirse las obligaciones*, i el párrafo 9.º de dicho título dice: *Del pago por cesion de bienes o por accion ejecutiva del acreedor o acreedores.*

Siendo, pues, el concurso un modo jeneral de pago, i teniendo por objeto la accion resolutoria que el vendedor entabla el pago particular de lo que se le debe; esta accion debe correr la suerte de las demas acciones de pago iniciadas contra el deudor insolvente i paralizadas por el concurso. El deudor cumple las obligaciones contraidas por él, pagándolas en la forma legal, aunque la forma del pago no sea precisamente la estipulada entre el acreedor i el deudor. Así llegaríamos a la consecuencia de que contra el concurso de un deudor no se puede propiamente hablando entablar accion resolutoria.

Esta doctrina, que acaso parezca extraña, es la de ilustrados comentadores del Derecho; i hace algunos años fué invocada i aceptada en el seno del mas alto i respetable tribunal de la República, en el cual tomaban asiento los mas sabios jurisconsultos i eminentes majistrados.

## V

La segunda cuestion de las enunciadas al tratar del art. 2466 o la que se refiere al derecho que pueda hacer valer el dueño de una cosa subastada en el concurso sin su intervencion ni conocimiento, ofrece, a nuestro modo de ver, ménos dificultades que la que acabamos de dilucidar.

Los argumentos principales en que se fundan los que niegan al dueño la accion reivindicatoria, pueden resumirse en los siguientes:

1.º Que la publicidad de todos los trámites del concurso i el llamamiento hecho a los que tengan que ventilar acciones contra el deudor, producen el efecto de hacer perder a los rebeldes un beneficio de que, debe suponerse legalmente, no han querido aprovecharse;

2.º Que la subasta i la adjudicacion hecha por el juez transfiera el dominio de la cosa, mayormente no habiendo comparecido, a pesar del llamamiento judicial, el que se dice dueño a poner en noticia del juez i de los acreedores su reclamo.

Debemos reconocer, en cuanto al primer punto, que la publicidad ordenada por la lei en los actos del juicio ejecutivo i de concurso, tiene por objeto llamar a los que se crean con algunos de-

rechos que hacer valer respecto del deudor o de los bienes que figuran en la masa; pero semejante reconocimiento de nuestra parte no puede importar el que se castigue al dueño de una especie subastada, cuando acaso ha tenido imposibilidad de comparecer al juicio, con la pérdida de un derecho tan sagrado e inviolable como el de propiedad. Se necesitaria que la lei expresamente atribuyera este efecto a la no comparecencia del que prueba mas tarde de un modo irrefragable su derecho de dominio sobre la cosa rematada.

Es verdad que se invoca, en este sentido, la disposicion contenida en el inciso 2.º del art. 48 del decreto de 8 de febrero de 1837, segun la cual «despues de celebrado el remate, queda hecha irrevocablemente la venta en favor del rematante».

Mas, de un lado, este inciso 2.º es una aclaracion o consecuencia que debe referirse al incisos primero; i de otro, el que la venta se considere *hecha irrevocablemente* en favor del rematante no tiene el alcance jurídico que se pretende atribuirle, como pérdida de dominio por parte de un tercero.

«Durante el término de la tasacion i pregones, dice el inciso 1.º del art. 48, *puede el deudor redimir los bienes ejecutados satisfaciendo la deuda i las costas*».

«Despues de celebrado el remate, agrega el inciso 2.º queda hecha, etc».

Vése, pues, que lo único que ha querido decir el inciso 2.º es que, efectuado el remate, no puede el deudor redimir los bienes ejecutados, satisfaciendo la deuda i las costas, pues queda irrevocablemente hecha la venta en favor del rematante. La lei se refiere evidentemente al dominio del deudor, i no al que pudiera corresponderle a un tercero sobre la cosa.

Pero, aceptando que aun respecto de este tercero se deba considerar *irrevocablemente hecha la venta* en favor del rematante, todavía el significado de esta disposicion legal seria equivalente a esta otra expresion: la *venta* (nótese que la lei habla de *venta* i no de dominio), la venta de la especie embargada se reputa válida. I sabemos, sin necesidad de que nos lo venga a decir el inciso 2.º del Decreto de Juicio Ejecutivo que, conforme al art. 1815 de nuestro Código Civil, *«la venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el lapso de tiempo»*; i que, con arreglo al art. 682 del mismo Código, *«si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa que se entrega, por él, o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradicion otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entre-*

*gada*. Si el tradente adquiriera mas tarde el dominio, o el verdadero dueño de la cosa ratificara la venta, entónces tendria lugar la disposicion del inciso 2.º del art. 682 i la del art. 1818, i el adquirente o comprador de cosa ajena se reputaria tener el dominio desde la fecha de la tradicion.

No se diga que la cláusula, *«mientras no se estingan por el lapso de tiempo»*, contenida en el art. 1815, puede entenderse en el caso de que tratamos con relacion a los trámites de publicidad i plazos que señala el decreto de Juicio Ejecutivo; que la intencion clara de la lei es referirse a la prescripcion, ya que el comprador de cosa ajena se encuentra en condiciones de prescribir.

Creemos, por lo tanto, que el dueño de una especie adjudicada en el supuesto que nos ocupa, conserva su derecho de dominio, i puede hacer valer la accion que compete en el caso de venta válida de cosa ajena, con las limitaciones consiguientes al mismo caso.

## VI

Tócanos ahora ventilar la tercera de las cuestiones propuestas: *¿Qué valor puede tener respecto de los acreedores un documento privado cuya fecha es anterior a la del concurso, i que acredite la compraventa de bienes muebles celebrada entre el deudor i el tercero que presenta dicho documento?*

«El instrumento privado reconocido por la parte a quien se opone, o que se ha mandado tener por reconocido en los casos i con los requisitos prevenidos por la lei, dice el art. 1702 del Código Civil, tiene el valor de escritura pública respecto de los que aparecen o se reputan haberlo suscrito, i de las personas a quienes se han transferido las obligaciones i derechos de éstos».

«La fecha de un instrumento privado, dice el artículo siguiente, 1703, no se cuenta respecto de terceros, sino desde el fallecimiento de alguno de los que le han firmado, o desde el dia en que ha sido copiado en un registro público, o en que conste haberse presentado en juicio, o en que haya tomado razon de él, o le haya inventariado un funcionario competente en el carácter de tal».

Se trata de saber si los acreedores o el concurso deben considerarse como terceros o nó respecto del que, en el caso propuesto, pretende hacer valer el instrumento privado dedonde consta la compraventa de bienes muebles. Porque si el concurso o los acreedores son terceros, la fecha de tal instrumento solo debe contarse,

a virtud del artículo 1703, desde la presentacion al concurso; i como, segun el art. 2467, son nulos todos los actos ejecutados por el deudor relativamente a los bienes de que ha hecho cesion, o de que se ha abierto concurso a los acreedores, el contrato de que se hace mérito debe reputarse tambien nulo.

El concurso no es un tercero respecto de los acreedores, sino que representa la persona misma del deudor: es un modo de pago jeneral, conforme al que pueden extinguirse en ciertos casos las obligaciones. Los acreedores, unos respecto de otros, pueden considerarse como terceros con relacion al deudor i su concurso en ciertas circunstancias. Pero el que se presenta haciendo valer un documento privado contra el concurso, es lo mismo que si se presentara haciéndolo valer contra el deudor. Lo repetimos: el concurso no es mas que un modo de pago. De seguir la doctrina contraria, que ha solidó verse aceptada por nuestros tribunales, resultaria el absurdo de que proviniendo muchos de los créditos que se presentan al concurso de un simple contrato de mutuo i constando de documento privado, su fecha deberia contarse desde que se presentan, si no han sido ántes reconocidos por el deudor; i como podria suceder que se presentaran algun tiempo despues de hecha la cesion de bienes i abierto el concurso, quedarian sin tomarse en cuenta i sin graduarse, aunque el deudor los reconociera. La accion para evitar el fraude en este caso, seria la Pauliana, que concede a los acreedores el art. 2468.

## VII

Llegamos ya a la 4.<sup>a</sup> de las cuestiones cuyo exámen nos propusimos al tratar del art. 2466, o sea el derecho de retencion en el caso de concurso.

En el primitivo Derecho de los romanos, el poseedor de una cosa ajena carecia de excepcion que oponer al dueño vindicante, aunque hubiera aquél hecho en la cosa gastos para conservarla o enajenarla; ni aun accion tenia, una vez devuelta a su dueño, para resarcirse de tales gastos.

Pero, como en casos análogos, el rigor del Derecho Civil, fué mitigado por el Derecho Pretorio, que concedió al poseedor la escepcion *doli mali*, fundada en el principio de equidad natural de que nadie puede enriquecerse a costa de otro, *neminem, alterius damno, locupletiozem fieri*. Jeneralizada esta excepcion, el derecho de retener las cosas ajenas, por vía de apremio para el pago de las

expensas, se aplicó a las obligaciones que nacen de diversos contratos; i pasó a las diversas Legislaciones derivadas de la Romana i entre ellas, por supuesto, a la Española.

Segun la lei 44, tít. 28, Part. 3.<sup>a</sup>, el que posee una cosa o heredad i tiene que restituirla a su verdadero dueño, puede retenerla o guardarla en su poder hasta que éste satisfaga las mejoras necesarias que hubiese hecho en ella. Conforme a la lei 9, tít. 2, Part. 5.<sup>a</sup>, el comodatario puede retener la cosa que se le dió en comodato, hasta que se le paguen las expensas extraordinarias que hubiese hecho para su conservacion. El acreedor pignoraticio debe restituir la prenda al deudor luego que le fuere pagada la deuda para cuya seguridad se le ha dado; pero por la lei 22, tít. 13, Part. 5.<sup>a</sup>, podrá retenerla por razon de nueva deuda hasta que ésta le sea pagada tambien, aunque no con la calidad de prenda. El caso del depósito es una excepcion, porque el depositario no puede retener la cosa depositada i solo tiene accion para reclamar por separado lo que se le adeuda.

El derecho de retencion ha sido reconocido en nuestro Código a semejanza de lo que se observa en varios otros Códigos modernos; i especialmente en el Derecho Frances ha dado orijen a doctrinas encontradas, en que aparecen divididos juriconsultos de nota.

¿Qué debe entenderse por derecho de retencion? Escriche lo define como «el derecho que tiene un acreedor para conservar en su poder una cosa que pertenece i debia entregar a su deudor, hasta que éste le pague la deuda». I agrega: «la retencion tiene mucha semejanza con la compensacion; pero se diferencia en que la compensacion equivale a paga, i la retencion solo sirve para obligar al deudor a que la haga».

Nuestro Código concede el derecho de retencion en los siguientes casos: 1.º, al usufructuario (art. 800); 2.º, al poseedor vencido (art. 914); 3.º, al arrendatario (art. 1937); 4.º, al arrendador (art. 1942); 5.º, al mandatario (art. 2162); 6.º, al comodatario (art. 2193); 7.º, al depositario (art. 2234); 8.º, al acreedor prendario (art. 2401); 9.º, al posadero i personas enumeradas en el art. 2248; 10.º, al acarreador o empresario de trasportes (art. 2474).

Llaman algunos *prenda legal* este derecho de retencion. Nuestro Código no ha autorizado tal nombre, a pesar de que en la redaccion del Proyecto aparecia la frase *en prenda* agregada en uno de los artículos que trataban del derecho de retencion.

I es opinion de muchos, que en esta materia siguen a Moulton

contra el parecer de Troplong, que semejante derecho es un verdadero derecho real. Así parecen haberlo entendido también nuestros tribunales en la mayor parte de los casos de concurso.

El fundamento de esta doctrina puede resumirse en las siguientes palabras de Mourlon: «El tenedor que no recibe el pago de lo que se le adeuda, no puede ser evicto. Poco importa de dónde venga la persecucion. La retencion es la garantía; nadie tiene la facultad de arrebatarle la prenda».

Pero la opinion contraria nos parece mejor fundada, a lo ménos en nuestro Derecho, por las razones siguientes:

1.<sup>a</sup> Que el Código Civil no ha enumerado la retencion entre los derechos reales en el art. 577;

2.<sup>a</sup> Que en ninguno de los casos que la establece le da el calificativo de derecho real, ni indica siquiera que tal sea la naturaleza de este derecho;

3.<sup>a</sup> Que, por el contrario, en el art. 2466 distingue clara i expresamente el derecho de retencion de los otros derechos reales, a pesar de que si este carácter le hubiera dado, no habria tenido mas que referirse en jeneral a la subrogacion en los derechos reales;

4.<sup>a</sup> Que el derecho de retencion versa exclusivamente sobre deuda determinada sin que pueda ampliarse en ningun caso, porque se considera como una especie de caucion o *seguridad* de pago, segun los términos de la lei, a diferencia de lo que sucede con la prenda;

5.<sup>a</sup> Que, atendido el origen i modo de ejercerse del derecho de retencion, no es otra cosa que una especie de apremio, de embargo preventivo de ciertos bienes del deudor; apremio i embargo que va contra el que por un contrato o cuasi-contrato ha contraido alguna obligacion en favor del tenedor de la cosa.

La verdad de esta doctrina i las consecuencias inadmisibles de la doctrina contraria se palparán mejor en el caso de concurso, que es el que nos ha traído a la anterior disertacion.

Debe notarse, ante todo, que el Código, al enumerar en el art. 2474 los créditos privilegiados de la segunda clase, solo da cabida en dos casos al derecho de retencion: en el del posadero i en el del acarreador; i que en este mismo artículo distingue expresamente de los anteriores el del acreedor prendario que ocupa el número 3.<sup>o</sup>. Bastaría esta circunstancia para considerar excluido del privilegio el derecho de retencion que compete a otros acreedores; i no habria razon para suponer que la lei omitiéndolos en di-

cho artículo, ha querido beneficiarlos como acreedores que no están obligados a entrar en concurso.

Debe observarse, en seguida, que tampoco hai razon para suponer que el crédito del acreedor con derecho de retencion no deba someterse al modo de pago jeneral del concurso; ya que paralizada o transformada la vía directa, es decir la ejecucion i el embargo particular, no es congruente que subsista el apremio indirecto, mucho mas desde que el deudor satisface legalmente sus obligaciones por ese medio jeneral de pago, que se llama concurso o cesion de bienes.

Pero la incongruencia llega al absurdo en el siguiente caso especial, que recomendamos como tema de estudio a los que ven en el derecho de retencion un derecho real: Pedro presta 1,000 pesos a Juan, quien por tal préstamo le constituye prenda. Mas tarde, i ántes que se venza la obligacion primera, el mismo Pedro le presta otros 500 pesos. Juan cae en concurso. A virtud del art. 2474, Pedro entra a pagarse de los 1,000 pesos con el valor de la prenda, como acreedor privilegiado de segunda clase, i en concurrencia con los de la primera, si no bastasen los otros bienes para el pago de éstos, conforme a lo dispuesto en el art. 2476. Pero con arreglo a la disposicion del art. 2401, puede hacer valer tambien otro derecho, el de retencion, para pagarse del segundo crédito de los 500 pesos. I como, segun la doctrina que impugnamos, el derecho de retencion prefiere al que puedan tener los demas acreedores, inclusive los enumerados en el art. 2474, resulta que la segunda deuda, contraida en el carácter de accesoria de la primera, es mas privilegiada que ésta. Pedro se paga íntegramente de los 500 pesos a la deuda de los 1,000 pesos que accedieron en virtud de la prenda; mas puede quedar insoluto respecto de esta última suma.

Pero no es esto solo: en los Códigos dedonde ha imitado sus disposiciones el nuestro, Frances, Napolitano, Sardo, de Vaud, Holandes, de la Luisiana, etc., figura el derecho de retencion entre los créditos que son objeto del artículo 2476 del Código Civil chileno, i gozan de privilejio de segunda clase.

El Proyecto de Goyena contiene en su artículo 1926 las siguientes disposiciones a este respecto:

«Gozan de privilejio especial sobre los bienes muebles que respectivamente se designan en los números siguientes, los créditos procedentes de:

«1.º Gastos de construccion, o conservacion de una cosa mueble, sobre ésta misma, mientras no ha pasado al dominio de un tercero;



- «2.º Préstamo con prenda sobre la cosa empeñada;  
 «3.º El precio de transporte sobre los efectos transportados;  
 «4.º El haber de los posaderos por razon de hospedaje, sobre los efectos existentes en la posada;  
 «5.º Las semillas i gastos del cultivo i recoleccion anticipados al deudor sobre los frutos de la cosecha del último año;  
 «6.º Los alquileres i rentas de bienes inmuebles sobre los bienes muebles propios del arrendatario, i que éste tiene dentro de la finca arrendada para su uso i aprovechamiento; i tambien sobre los frutos de la finca, despues de cubierto el crédito de que trata el número anterior».

.....  
 La Lei patria de 31 de Octubre de 1845, en su artículo 7.º, incluye tambien entre los que gozan de privilejio sobre los bienes muebles, ademas de los créditos del posadero i del acarreador, los otros créditos que corresponden respectivamente a los enumerados en los números 5.º i 6.º del artículo anteriormente citado del Proyecto de Goyena.

I tanto este proyecto como aquella lei contienen disposiciones análogas al tratarse de los privilejios que afectan especialmente a los bienes inmuebles.

Es verdad que la segunda Lei patria de 25 de Octubre de 1854 estableció en su artículo 3.º que «los que hayan recibido especies pertenecientes al fallido, i puedan ejercitar sobre ellas el derecho de retencion (por expensas de conservacion, de refaccion o por otro título cualquiera), si se mantuvieren al tiempo del concurso en posesion de esas especies, podrán hacer valer sus derechos contra él, del mismo modo que lo hubieran podido hacer contra el fallido, i no estarán obligados a la devolucion o la entrega sino despues de haber sido satisfechos de su crédito». Pero tambien lo es que incluyó en la misma categoría al posadero, al acarreador al acreedor prendario, que por nuestra Jurisprudencia actual son únicamente acreedores privilegiados de la segunda clase, como puede verse en el artículo 2476.

Si nuestro Código Civil, reformando las dispesiciones de la Lei del 54, escogió al posadero, al acarreador i al acreedor prendario para otorgarles privilejio de segunda clase en el concurso de acreedores, no por ello debe entenderse que los demas acreedores con derecho de retencion conservaron el privilejio excepcional que a unos i a otros les otorga el citado artículo 3.º de aquella Lei.

Si no debe imputarse a olvido del Lejislador el relacionar tales

créditos entre los que gozan de privilegio de segunda clase conforme al artículo 2476, lo natural es suponer que aquél quiso relegarlos a la última de las clases enumeradas en el título de la Prelacion de créditos, es decir a la de los acreedores comunes. Así tendría una solución fácil i aceptable la dificultad que hemos propuesto anteriormente a propósito del derecho de retención que accede a la prenda.

### VIII

Examinadas ya alguna de las cuestiones que se refieren a los bienes i derechos que no deben figurar en concurso, réstanos para concluir nuestro trabajo, siguiendo el método que nos hemos trazado, dar una idea del modo como deben graduarse los créditos de los acreedores sobre los bienes i derechos del deudor llamados a formar la masa concursada.

Para comprender bien la clasificación adoptada por nuestro Código, i después de haber analizado los artículos 2465, 2466, 2467 i 2468, que versan, ya sobre los bienes que no deben entrar en concurso, ya sobre la nulidad o rescisión, conocida en el Derecho con el nombre de acción Pauliana (cuyo origen se funda en una ficción del Derecho Pretorio, por la que se suponía que no se habían enajenado las cosas por el deudor, *bonis a creditoribus possessis*), citaremos el artículo 2469, cuyo tenor literal es el siguiente:

«Los acreedores, con las excepciones indicadas en el artículo 1618, podrán exigir que se vendan todos los bienes del deudor hasta concurrencia de sus créditos, incluso los intereses i las costas de la cobranza, para que con el producto se les satisfaga íntegramente, si fueran suficientes los bienes, i en caso de no serlo, a prorrata, cuando no haya causas especiales para preferir ciertos créditos, según la clasificación que sigue».

Estas causas de preferencia son solamente el privilegio i la hipoteca; i considerándose adheridas a los créditos para cuya seguridad se han establecido, pasan con ellos a todas las personas que los adquieran por cesión, subrogación o de otra manera (art. 2470).

Conviene, ántes de entrar en la clasificación, formarse idea cabal de lo que es *privilegio e hipoteca*, relacionadas una con otra estas dos expresiones.

Recordaremos a este propósito, i como la más precisa i gráfica explicación, las palabras de un sabio jurisconsulto:

«Nuestros estudiantes, dice, se encuentran a menudo embarazados para dar en Derecho Frances una noción distinta del privilegio i de la hipoteca; induciéndoles a error la definicion inexacta que hallan en nuestro Código Civil (artículo 2095 i 2114). La hipoteca no es otra cosa que un derecho de preferencia que se gradúa por su fecha; i el privilegio, un derecho de preferencia que se gradúa por su cualidad. La diferencia entre una i otra versa exclusivamente sobre el modo de fijar su lugar. En la hipoteca no hai mas que una lei comun a todos, la del tiempo; el que primero la obtuvo es preferido, sin que los demas tengan de qué quejarse: es una lei de igualdad. En el privilegio impera una lei particular (*privata lex*), una lei especial para cada privilegio, que le señala su puesto por una consideracion de favor mas o ménos grande: es una lei de desigualdad. Para saber el lugar de varias hipotecas entre sí, no hai mas que confrontar sus fechas; para saber el de los privilegios, es necesario ser jurisconsulto. La comparacion que sigue, i que he hecho algunas veces, parece que da a conocer claramente la diferencia. Si se colocan muchas personas unas tras otras, para tomar billetes a la puerta de un teatro, i se deja entrar a cada una por su turno, segun el orden con que se han colocado, será una lei comun; pero si se las llama sin seguir el orden para hacer entrar a unas con preferencia a otras, sin atender a si vinieron anterior o posteriormente, tales i tales en primer lugar, porque son comisionados, luego aquellos otros, porque son autores dramáticos, despues los de mas allá porque son periodistas, i así sucesivamente, será esto una lei especial, un favor particular. En el primer modo de dar la entrada tenemos la imájen de la hipoteca; en el segundo, la del privilegio».

Dos principios de Jurisprudencia Romana expresan respectivamente la lei del privilegio i la de la hipoteca:

*Privilegia non ex tempore aestimantur sed ex causa.* «Los privilegios no se gradúan por la fecha sino por la causa».

*Qui prior est tempore, potior est jure.* «El que es anterior en el tiempo tiene preferencia en el derecho».

Por haber aplicado a los privilegios de la 4.<sup>a</sup> clase, que se mencionan en el art. 2481, la lei de las hipotecas, nuestro Código ha dado lugar a una verdadera anomalía en el caso de que se ventile conjuntamente la preferencia que corresponde a la mujer casada i al hijo sobre los bienes del esposo i padre de familia difunto. Pues apreciándose esta preferencia, segun el art. 2482, con relacion a

la fecha del matrimonio i del nacimiento, resulta que el crédito de la mujer es siempre preferido al del hijo.

Cuando la causa de varios privilegios es de igual importancia, el Código los renne en un mismo número, i quiere que se paguen a prorrata, en virtud del axioma legal: *Privilegiatus contra aequè privilegium, non utitur privilegio*. «El privilegiado no goza de privilegio contra el igualmente privilegiado».

Los órdenes de acreedores privilegiados corresponden a tres categorías distintas:

1.ª La de créditos, que consisten en costas, expensas funerales, gastos de la última enfermedad, salarios, artículos de consumo e impuestos fiscales i municipales devengados, de que tratan los artículos 2472 i 2473, los cuales créditos afectan todos los bienes, se pagan con preferencia a todos los otros, i no pasan en caso alguno contra terceros poseedores, aunque (art. 2487) afectan los bienes del heredero de la misma manera que los del deudor, salvo que el heredero haya aceptado con beneficio de inventario, o que los acreedores gocen del beneficio de separacion;

2.ª La de los créditos del posadero, acarreador i acreedor prendario, de que habla el art. 2474, i a que ya hemos tenido ocasion de referirnos, los cuales afectan las respectivas especies muebles introducidas a la posada, acarreadas o dadas en prenda, i se pagan sobre el valor de dichas especies, salvo el caso de que no alcancen los otros bienes a cubrir el valor de los créditos de la primera clase; caso en que tendrán éstos la preferencia en cuanto al déficit (art. 2476).

Como el Código omitió entre estos créditos algunos de naturaleza comercial o referentes a minas, que se enumeraban en las leyes patrias anteriores sobre prelacion, el art. 2475 recuerda que semejantes créditos deben rejirse por los respectivos Códigos de Comercio i de Minas;

3.ª La que comprende ciertos créditos del fisco, municipalidades, establecimientos de caridad o de educacion, iglesias, comunidades religiosas, mujeres casadas, hijos de familia i personas bajo tutela i curaduría; los cuales créditos, calificados como de 4.ª clase, afectan los bienes de los respectivos recaudadores i administradores de rentas, maridos, padres de familia, tutores o curadores, entendiéndose constituida la preferencia de los créditos de la mujer, hijo de familia i persona bajo tutela o curaduría, a favor de los bienes raices o derechos reales en ellos, aportados al matrimonio, o que pertenezcan a los respectivos hijos de familia i personas

bajo tutela o curaduría i hayan entrado en poder del marido, padre, tutor o curador; i a favor de todos los bienes en que se justifique el derecho de las mismas personas por inventarios solemnes, testamentos, actos de particion, sentencias de adjudicacion, escrituras públicas de capitulaciones matrimoniales, de donacion, venta, permuta u otras de igual autenticidad. La confesion del marido, padre de familia, tutor o curador fallido, no hará prueba por sí sola contra los acreedores; i los matrimonios celebrados en pais extranjero, que produzcan efectos civiles en Chile, darán la misma preferencia. Se extiende asimismo la preferencia de cuarta clase a los derechos i acciones de la mujer contra el marido, o de los hijos de familia i personas bajo tutela o curaduría, contra sus padres, tutores o curadores por culpa o dolo en la administracion de los respectivos bienes, probándose los cargos de cualquier modo fehaciente (artículos 2483, 2484 i 2485). Las preferencias de los créditos de la cuarta clase afectan todos los bienes del deudor, pero no dan derecho contra terceros poseedores, i solo tienen lugar despues de cubiertos los créditos de las tres primeras clases (inclusive los hipotecarios, de que vamos a hablar mas adelante), de cualquiera fecha que éstos sean (art. 2486). Pero los créditos de cuarta clase, lo mismo que los de primera, afectarán los bienes del heredero i conservarán su fecha sobre todos estos bienes, cuando no tengan lugar los beneficios de inventario i de separacion, i sobre los inventariados o separados, en caso contrario (art. 2487).

Fuera de estas tres categorías de créditos privilegiados, la lei no reconoce otros (art. 2488).

## IX

Debemos ahora hablar de la segunda rama de créditos que gozan de preferencia: la de los hipotecarios, que ocupan el tercer lugar en la graduacion de acreedores.

Ya hemos dicho que si el privilejio se rige por la causa, la hipoteca se gradúa por su fecha, sin mas excepcion que los privilejios de la cuarta clase, que, habiendo sido en lo antiguo verdaderas hipotecas tácitas o legales, han conservado el modo de graduarse de éstas.

Recordemos, para mejor comprension de la materia, el orijen de esta institucion de créditos tan favorecida en las Lejislaciones modernas, por ser una de las seguridades mas eficaces del comercio, que lo impulsan i le dan vida.

Cuando las enajenaciones de dominio se gobernaban por el Derecho Quiritario, i se llevaban a efecto con el rito solemne de la mancipacion, el deudor que necesitaba dar garantías a su acreedor le vendia una cosa *sub fiducia*, bajo la fé de la confianza, i *sub lege remancipacionis*, bajo la lei de que, pagada la Jenda, volveria la cosa a su poder con el mismo rito solemne de una segunda mancipacion.

Los inconvenientes de este sistema primitivo dieron oríjen a la institucion de la prenda, en ciertos casos. *Per pignoris capionem* el acreedor se garantiza de su crédito, adquiriendo el derecho de vender la prenda i de recuperarla. Mas tarde el Derecho Pretorio introdujo una nueva especie de prenda, no de institucion civil i privada, sino de institucion del *jus gentium* i pública.

Pero las necesidades del crédito exijian mas todavia; i se creó la hipoteca. La hipoteca no se diferenciaba de la prenda sino en esta circunstancia: que no era contrato real, es decir, que no era necesaria la entrega de la cosa, pues podia ésta quedar en poder del deudor, fuese mueble o inmueble. De aquí el axioma romano: *Inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt*. «La hipoteca solo se diferencia de la prenda en el nombre».

El Derecho Romano fué mas léjos; i estableció hipotecas legales o tácitas. De este carácter fueron el privilejio del dueño de un fundo sobre los bienes introducidos en éste por el colono *quae in fundo illata sunt, pignori sunt*, como dice Caton en su obra *De re rustica*; i casi todos los privilejios a que se refiere nuestro Código Civil al enumerar los créditos de cuarta clase.

La hipoteca legal del dueño de un fundo sobre los bienes introducidos en él por el colono, materia mui importante tratándose de un pueblo eminentemente agricultor como el romano, enjendró la accion *serviana*, la cual fué extendida a las demas hipotecas con el nombre de *cuasi-serviana*.

Abolidas por nuestro Código Civil las hipotecas jenerales, que habia tomado la Lejislacion Española del Derecho Romano, i dado el nombre de privilejio a algunos de los créditos que gozaban de hipoteca tácita o legal, solo subsiste la hipoteca especial, cuya solemnidad es la inscripcion.

«A cada finca gravada con hipoteca podrá abrirse, a peticion de los respectivos acreedores o de cualquiera de ellos, un concurso particular para que se les pague inmediatamente con ella, segun el orden de la fecha de sus hipotecas. Las hipotecas de una misma fecha que gravan una misma finca, preferirán unas a otras en el

orden de su inscripción. En este concurso se pagarán principalmente las costas judiciales causadas en él» (art. 2477).

«Los créditos de la primera clase no se extenderán a las fincas hipotecadas sino en el caso de no poder cubrirse en su totalidad con los otros bienes del deudor. El déficit se dividirá entónces entre las fincas hipotecadas a proporcion de los valores de éstas, i lo que a cada una quepa se cubrirá con ella en el orden i forma que se expresan en el art. 2473 (art. 2478).

«Los acreedores hipotecarios no estarán obligados a aguardar las resultas del concurso jeneral para proceder a ejercer sus acciones contra las respectivas fincas; bastará que consignent o afiancen una cantidad prudencial para el pago de los créditos de la primera clase en la parte que sobre ellos recaiga, i que restituyan a la masa lo que sobrare despues de cubiertas sus acciones (art. 1479).

«Para los efectos de la prelacion, los censos debidamente inscritos serán considerados como hipotecas. Concurrirán, pues, indistintamente entre sí i con las hipotecas, segun las fechas de las respectivas inscripciones (art. 2480).

Los créditos no privilegiados ni hipotecarios forman la quinta i última clase; i se cubrirán a prorrata sobre el sobrante de la masa concursada, sin consideracion a su fecha, lo mismo que la parte insoluta de los que, siendo preferentes, no alcanzaren a cubrirse (arts. 2489 i 2490).

El Código Civil ha abolido, pues, la preferencia de ciertos créditos escriturarios, o que constaban de escritura pública, o en papel sellado, a los cuales la Lejislacion Española otorgaba privilejio por razones de autenticidad.

Esta circunstancia, i la de que en los créditos comunes o de la quinta clase no se toma en cuenta la fecha, es importante bajo el punto de vista de los instrumentos privados que se puedan presentar al concurso, a los cuales nos hemos referido, aunque incidentalmente en el discurso de este trabajo.

Respecto de los intereses, punto en que la Lejislacion anterior al Código contenia reglas distintas, la regla es que corren hasta la extincion de la deuda, i se cubren con la preferencia que corresponda a sus respectivos capitales (art. 2491).

## X

Antes de concluir, diremos algo sobre las cuestiones que en materia de prelacion de créditos suelen suscitarse a consecuencia del

conflicto entre la Legislacion anterior a nuestro Código i la que hace veintiocho años éste ha mantenido en vigor.

El origen de estas cuestiones, basadas en la diferencia de principios legales a que obedecen ambos Derechos, es menester buscarlo a la luz de la Lei de 7 de Octubre de 1861 sobre efecto retroactivo, conforme a la cual deben decidirse los conflictos que resultaren de la aplicacion de leyes dictadas en diversas épocas.

Dos disposiciones de esta Lei están llamadas a aplicarse frecuentemente en los casos de prelacion de créditos: la del artículo 12 i la del art. 22.

Con arreglo a la primera: «todo derecho real adquirido bajo una lei i en conformidad a ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a sus goces i cargas i en lo tocante a su extincion, prevalecerán las disposiciones de la nueva lei.....».

Con arreglo a la segunda, «en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vijentes al tiempo de su celebracion».

El caso de los censos no inscritos, aunque reconocidos como derecho real en la Legislacion antigua, puede citarse como ejemplo de las cuestiones que se refieren al art. 12.

El caso de matrimonios contraidos antes del Código, con su cortejo legal de dotes i bienes parafernales, puede citarse como ejemplo de las otras cuestiones que deben decidirse con arreglo al art. 22.

Alejados, sin embargo, mas i mas tales conflictos por el transcurso del tiempo, i establecida por fallos uniformes la jurisprudencia que siguen en este punto nuestros tribunales, debemos contentarnos con entender el espíritu de nuestras leyes actuales sobre prelacion de créditos; que eso solo es difícil i ocasionado a cuestiones de tanta trascendencia legal, como las que en este incompleto i desaliñado trabajo hemos pasado en revista.