

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

---

**Facultad de Derecho**

# **EJECUCION FORZADA DE LA PRESTACION**

**T E S I S**

**QUE PARA OPTAR AL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO  
PRESENTA EL PASANTE  
FRANCISCO CASTRO GARCIA**

**1 9 7 2**



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A mis padres  
Francisco Castro y  
Maria Mercedes Garcia  
en agradecimiento a  
todos sus desvelos y  
sacrificios

A mis hermanos

Felicitas

Ana

Cristy

Vicky

Lupita

Anita

Javier

Tony

**A la Lic. Sara Montero de Lobato**  
**por la hábil dirección en la**  
**elaboración de la presente**  
**tesis**

**Al Lic. Rodrigo Vázquez Mendoza**  
**ejemplo de integridad y honradez**  
**profesional**

**Al Dr. Raúl Ortiz-Urquidí**  
**motivo principal en la**  
**terminación de mis**  
**estudios profesionales**

## INDICE

### EJECUCION FORZADA DE LA PRESTACION

#### CAPITULO I LOS EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES

	Pag.
A.- Entre partes: .....	1
I.- Cumplimiento o pago de las obligaciones	
1.- Principios de exactitud: .....	2
a.- En la substancia	
b.- En el modo	
c.- En el lugar	
d.- En el tiempo	
2.- Personas que pueden pagar .....	6
3.- A quién debe hacerse el pago .....	8
4.- Presunciones de pago .....	10
5.- Imputabilidad del pago .....	11
II.- Ofrecimiento de pago y consignación .....	12
1.- Su procedencia	
2.- Causas legales del acreedor para oponerse	
3.- Efectos .....	14
III.- Incumplimiento de las obligaciones .....	15
B.- En relación a terceros: .....	18
1.- En fraude de acreedores	
2.- En simulación de actos jurídicos	

#### CAPITULO II ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA EJECUCION FORZADA

1.- En Roma .....	20
2.- En la Edad Media; el viejo Derecho Español .....	38
a.- Fuero Juzgo	
b.- Leyes de Partidas .....	41
3.- En México; códigos de 1870 y 1884 .....	46

#### CAPITULO III LA EJECUCION FORZADA EN LA LEGISLACION COMPARADA

A.- Legislación Europea: .....	50
1.- Alemana	
2.- Española .....	56
3.- Francesa .....	60
B.- Legislación Latino-Americana: .....	65
1.- Argentina	
2.- Brasileña	
3.- Chilena .....	65
4.- Peruana .....	68

**CAPITULO IV**  
**LA EJECUCION FORZADA. EL EMBARGO, EL REMATE Y LA ACCION OBLICUA**

	Pag.
A.- Embargo y remate: .....	74
1.- Ejecución de obligaciones de dar: .....	80
a.- Dinero	
b.- Cosa cierta	
2.- Ejecución de obligaciones de hacer .....	81
3.- Ejecución de obligaciones de no hacer .....	82
B.- Acción oblicua .....	83

**CAPITULO V**  
**LA EJECUCION FORZADA Y LAS ACCIONES: PAULIANA Y DE SIMULACION**

A.- La acción pauliana: .....	92
1.- Definición	
2.- Requisitos de la acción pauliana: .....	94
a.- Respecto al acto que se impugnará	
b.- Respecto al crédito del que ejerce la acción pauliana	
3.- Consecuencias de la acción pauliana, si el acto impugnado es de: .....	97
a.- Buena fe	
b.- Mala fe	
4.- Contra quiénes se puede ejercer la acción pauliana..	100
5.- Naturaleza jurídica de la acción pauliana .....	101
6.- Efectos de la acción pauliana .....	103
B.- Acción contra la simulación: .....	105
1.- Definición	
2.- Motivos	
3.- Materia de aplicación	
4.- Clases de simulación .....	106
5.- Naturaleza jurídica de la acción contra la simulación .....	108
6.- Efectos	
7.- Diferencias entre la acción pauliana y la acción -- contra la simulación .....	110
Conclusiones .....	113
Bibliografía .....	116

**CAPITULO I**  
**EFFECTOS DE LAS OBLIGACIONES**

**A.- Entre partes:**

**I.- Cumplimiento o pago de las obligaciones**

**1.- Principios de exactitud:**

**a.- En la substancia**

**b.- En el modo**

**c.- En el lugar**

**d.- En el tiempo**

**2.- Personas que pueden pagar**

**3.- A quién debe hacer el pago**

**4.- Presunciones de pago**

**5.- Imputabilidad del pago**

**II.- Ofrecimiento de pago y consignación:**

**1.- Su procedencia**

**2.- Causales legales del acreedor para oponerse**

**3.- Efectos**

**III.- Incumplimiento de las obligaciones:**

**1.- Consecuencias de las obligaciones**

**B.- En relación a terceros:**

**1.- En fraude de acreedores**

**2.- En simulación de actos jurídicos**

## CAPITULO I

### LOS EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES

Introducción.- Para iniciar el estudio de la ejecución forzada de la prestación es necesario analizar los efectos de las obligaciones en éste primer capítulo.

Para desarrollar nuestro primer capítulo lo dividimos en dos partes: A.- Efectos de las obligaciones entre partes y B.- efectos de las obligaciones en relación a terceros. La primera parte la subdividimos en: I.- Cumplimiento voluntario o pago de las obligaciones; II.- Ofrecimiento de pago y consignación y III.- Incumplimiento de las obligaciones, haciendo notar, que es, una de las causas que dan origen al desarrollo de la presente tesis.

La segunda parte en que hemos dividido a éste capítulo se subdivide, a su vez: I.- En relación al fraude de acreedores y II.- La acción de simulación de actos jurídicos.

EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES ENTRE PARTES.- El efecto directo de las obligaciones, es el cumplimiento del deber jurídico que en ella se estableció, o sea, es la forma natural de extinción de las obligaciones; teniendo el acreedor, a su vez, el derecho de exigir el cumplimiento, en caso de no hacerlo el deudor.

El pago o cumplimiento de las obligaciones.- La definición legal de pago o cumplimiento voluntario de la obligación, la en-



contramos en el artículo 2062 del código civil que a la letra dice: "Pago o cumplimiento es la entrega de la cosa o cantidad debida o la prestación del servicio que se hubiere prometido".( 1 ). Como se puede apreciar de la simple lectura del artículo, la definición legal es lo más completa que uno puede presentar; ya que, habla de las obligaciones de dar, de hacer y también engloba las de no hacer, en esa frase " o la prestación del servicio que se hubiere prometido".

Principios de exactitud.- En esta parte del capítulo señalaremos cuál es la substancia, el modo, el lugar y el momento de pago de las obligaciones, es decir, veremos el qué, el cómo, el dónde y el cuándo debemos cumplir con las obligaciones en una forma voluntaria.

La substancia del pago.- La substancia del pago debe ser el objeto que se señala en el momento de dar nacimiento a la obligación. Se dice puede ser, porque encontramos dos excepciones a éste principio:

El primer caso lo encontramos en las obligaciones facultativas. En las obligaciones facultativas el deudor tiene dos posibilidades para cumplir voluntariamente con su deber jurídico. Mientras que, en la obligación lisa y llana existe un sólo objeto material para cumplir con la obligación.

---

( 1 ) Todas las citas relativas al código civil pertenecen al Código Civil para el Distrito y Territorios Federales; Vigésima Quinta Edición; Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1970

El segundo caso, es la dación en pago. Esta forma de extinguir las obligaciones es originada por un acuerdo de voluntades entre el acreedor y deudor. Porque, el primero acepta otra cosa en pago y así, da por extinguida la obligación original.

Cuando el objeto es individualizado no hay problema según el artículo 2012 del código civil vigente "El acreedor de cosa cierta no puede ser obligado a recibir otra aun cuando sea de mayor valor". Para este artículo no hay problema como ya lo dije antes, con el objeto de las obligaciones; ya que no debe aceptarse otra cosa, aún cuando sea de mayor valor. Nosotros estamos de acuerdo en no aceptar una cosa de igual valor, pero cuando es un objeto de mayor valor, sí debe ser aceptado como pago, en virtud de la intención del deudor de cumplir con la obligación.

El pago con un objeto de mayor valor debe ser aceptado como tal, por ser prueba plena de querer extinguir en tiempo la obligación o deuda que grava el patrimonio del deudor. Consideramos que el legislador de 28 sobreprotegió a los acreedores. Porque ninguna persona desea pagar más por el simple hecho de pagar y sólo lo hace por estar imposibilitada para pagar de acuerdo a como se obligó. Por lo tanto, debe dársele esa oportunidad de pagar.

En tal virtud, el artículo 2012 del código civil vigente debe ser reformado como sigue: "El acreedor de cosa cierta no puede ser obligado a recibir otra cosa del mismo valor. Pero si puede ser obligado, si el objeto es de mayor valor". Se complementa la idea con el artículo 2013 del código civil en vigor "La obligación de dar cosa cierta comprende también la de entregar suz --

accesorios; salvo que lo contrario resulte del título de la obligación o de las circunstancias del caso".

Cuando un objeto es designado en forma genérica existe el problema de determinar qué cosa en particular debe darse. El ejemplo clásico es: una persona se compromete a pagar su obligación con una tonelada de trigo, ahora bien, tenemos el género pero no sabemos en concreto, si debemos pagar con trigo de primera clase, de segunda o del más malo. El derecho resuelve por equidad, o sea, diciendo que debemos pagar con uno de mediana calidad.

Respecto de las obligaciones de hacer nos encontramos el artículo 2027 del código civil en vigor: "Si el obligado a prestar un hecho no lo hiciere, el acreedor tiene derecho a pedir que a costa de aquél se ejecute por otro, cuando la substitución sea posible. Esto mismo se observará si no lo hiciere de la manera convenida. En este caso el acreedor podrá pedir que se deshaga lo mal hecho". También las obligaciones de no hacer se rigen por este mismo principio de exactitud. Y el artículo 2104 del código civil dice: "El que contraviene una obligación de no hacer pagará daños y perjuicios por el sólo hecho de la contravención". Relacionando el artículo 2028 "El que estuviere obligado a no hacer alguna cosa, quedará sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de contravención. Si hubiere obra material, podrá exigir el acreedor que sea destruída a costa del obligado".

El modo de pago.— El pago debe ser hecho de acuerdo a los principios establecidos en el momento de la constitución de la obligación.

Dentro del modo de hacer el pago nos encontramos con que no se pueden hacer pagos parciales, es decir, nos encontramos con - la indivisibilidad del pago. El artículo 2078 nos dice al respec to: "El pago nunca podrá hacerse parcialmente sino en virtud de convenio expreso o de disposición de la ley". Sin embargo, cuando la deuda esté dividida en una parte líquida y la otra sea ilf quida, puede pagarse la líquida sin necesidad de esperar que la otra deuda sea determinada. ( Artículo 2078 del código civil ).

El lugar de pago.- El lugar de pago es el domicilio del deudor, pero no necesariamente; ya que, el código civil de 1884 señalaba que las partes pueden fijar de acuerdo a su conveniencia el lugar para cumplir con sus obligaciones. El artículo 2082 del código civil de 1928 ( 2 ) dice: "Por regla general el pago debe hacerse en el domicilio del deudor, salvo que las partes convinieran otra cosa, o que lo contrario se desprenda de las circunstancias, de la naturaleza de la obligación o de la ley. Si se han designado varios lugares para hacer el pago, el acreedor puede elegir cualquiera de ellos".

Cuando se deba cumplir una obligación relativa a un inmueble debe hacerse en el lugar, en donde se encuentre ubicado dicho inmueble. Si fuere el objeto entregar una suma de dinero, será el - lugar en que se hubiere prestado. ( Artículos: 2083 y 2084 respec tivamente ).

La temporalidad del pago.- El código civil vigente dice: "El pago se hará en el tiempo designado en el contrato, exceptuando -

---

( 2 ) El código civil vigente también admite esa libre voluntad de las partes para poder determinar el lugar de cumplimiento de las obligaciones.

aquellos casos en que la ley permita o prevenga expresamente otra cosa".

Cuando son obligaciones de dar y no se haya fijado la temporalidad del pago no podrá el acreedor exigir su cumplimiento sino treinta días después de ser requerido el deudor ya sea judicial o extrajudicialmente ante notario o dos testigos. Si el objeto de la obligación fuere un hecho, el pago debe hacerse cuando lo pida el acreedor; siempre y cuando haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento ( Artículos: 2080 y 250 fracc. IV, del código civil y de procedimientos civiles respectivamente ).

**PERSONAS QUE PUEDEN PAGAR.**- De acuerdo con nuestro código civil, las personas que pueden pagar son: a).- El mismo deudor o sus representantes; b).- Cualquiera que tenga interés jurídico en el cumplimiento de la obligación; c).- Un tercero no interesado en el pago mismo, que obre con conocimiento expreso o presunto del deudor; d).- Un tercero ignorándolo el deudor y e).- Un tercero - contra la voluntad del deudor ( 3 ).

Los efectos jurídicos son diferentes en cada caso ( 4 ).

a).- El pago puede hacerse por el deudor o por su representante legal o voluntario, en estos casos se deben aplicar las reglas del mandato ( Artículos: 5577 y 5578 del código civil), para que le sea pagada al mandatario la cantidad o servicios que - hubiere prestado. Así como los accesorios o intereses pagados y los perjuicios que le hubiere causado el referido pago.

b).- Si el pago lo lleva a cabo un tercero con interés jurídico en el cumplimiento de la deuda, se realiza una subrogación -

---

( 3 ) ROJINA VILLEGAS, Rafael; Derecho Civil Mexicano; Tomo V de las Obligaciones; Vol. 3, Antigua Librería Robredo, México D.F. 1965 Pag. 61

( 4 ) Opera Cit. Pag. 61

legal de acuerdo con el artículo 2058 del código de la materia. No tratamos más ampliamente el tema por ser otra parte importante del Derecho Civil y que aquí nosotros lo señalamos a manera de -- ejemplo.

c).- Un tercero no interesado en el pago mismo, que obre con conocimiento expreso o presunto del deudor. En este caso se deben aplicar las reglas del mandato, porque los efectos de su conducta van a traer como consecuencia la extinción de la obligación, o sea, es una representación voluntaria.

d).- Si el pago se hace por un tercero ignorándolo el deudor, el que pagó sólo tendrá derecho a reclamar, de acuerdo al artículo 2070 del código vigente, la cantidad que pagó, o sea, únicamente - estará obligado a pagar la cantidad que hubiere recibido el acreedor que por gestión voluntaria recibió dicho pago. Aún cuando el - acreedor por recibir el pago haya recibido una cantidad inferior - al objeto de la obligación.

e).- Si el pago se hace por un tercero sin consentimiento del deudor, el que lo haga sólo podrá cobrar la cantidad que le hubiere servido al deudor, es decir, si el tercero que paga contra la volun tad del deudor, paga diez mil pesos; pero el deudor solamente debía la cantidad de un mil pesos, el tercero solamente recibirá los ul- timos mil pesos. Ya que, en el código vigente se aplica el principio general de que nadie puede enriquecerse a costa de otro, consagrado por el artículo 1882, estimamos que, tanto en el caso del pago, como en el caso de la gestión de negocios que se hicieran sin el previo consentimiento del deudor o del dueño respectivamente, debe indemnizarse en la medida que se alcanzó un resultado útil. Así en el --

artículo 1905 dispone que: "El gestor que se encargue de un asunto contra la expresa voluntad del dueño, si éste se aprovecha del beneficio de la gestión, tiene la obligación de pagar a aquél, el importe de los gastos, hasta donde alcancen los beneficios, a no ser que la gestión hubiere tenido por objeto librar al dueño de un deber impuesto en interés público ( como el pago de sus impuestos), en cuyo caso debe pagar todos los gastos necesarios hechos" ( 5 ).

A quién se debe hacer el pago.- Nuestro código nos da la pauta a seguir desde el momento en que en su artículo 2073 nos dice: "El pago debe ser hecho al mismo acreedor o a su representante legal". Y si el pago se hace a un tercero, para que tenga efectos liberatorios debe estipularse previamente en el convenio o cuando lo señale la ley. Además de ser hecho al acreedor, éste debe ser capaz para administrar sus bienes.

También para las personas incapacitadas para administrar sus bienes, sólo será válido si ha causado un beneficio al incapaz.

Casos en que es válido el pago a un tercero:

a.- Cuando se le paga a un tercero y esto redunde en beneficio para el acreedor es válido el pago, según el artículo 2075 parte final del código civil.

b.- El pago de buena fe hecho a un tercero.- El pago hecho al heredero aparente, que se encuentra en posesión del crédito libera al deudor de su obligación ( Artículo 2076 del código civil ). - Este artículo esta en relación perfecta con el artículo 1343 del mismo código que dice: " Si el que entró en posesión de la herencia y la pierde después por incapacidad hubiere enajenado o gravado todo o parte de los bienes antes de ser emplazado en el juicio en que se discuta su incapacidad, y aquél con quien contrato hubiere tenido buena fe,

el contrato subsistirá; mas el heredero incapaz estará obligado a indemnizar al legítimo, de todos los daños y perjuicios".

c.- El pago al que presenta el recibo del acreedor.- En este caso hay una asimilación del que presenta el recibo, a un simple mensajero, o sea, el acreedor se vale de un tercero para cobrar un crédito a su favor. Siempre y cuando el deudor se cerciore de la autenticidad de la firma y de la posesión de dicho crédito, - ya que pudo haber sido hurtado o simplemente encontrado el recibo o documento. Pero si llega a pagar sabiendo cualquiera de las dos causas antes señaladas lo estará haciendo de mala fe. Por lo tanto, tendrá que pagar dos veces, por haber hecho un pago indebido. Siempre que sea probada la mala fe.

d.- Pago del deudor al poseedor del crédito.- De acuerdo con el artículo 2070 del código civil el pago hecho de buena fe al que estuviere en posesión del crédito liberará al deudor. "Aún cuando el precepto no lo diga estimamos que sólo se refiere al pago hecho por el mismo obligado y no por un tercero, pues si éste lo hiciera aún de buena fe al simple poseedor de un crédito y no al legítimo titular del mismo, no podrá tener ni la acción de subrogación, si fuere un tercero interesado jurídicamente en pagar, ni el derecho que le da el artículo 2070 al que paga ignorándolo el deudor, para el caso de que pueda reclamar lo que hubiere entregado, ni menos aún la posibilidad de repetir, para la hipótesis de que hubiere pagado contra la voluntad del obligado, aquello en que a éste le hubiere sido útil el pago, como estatuye el artículo 2071. Para pensar lo anterior nos fundamos en que el error cometido por uno al pagar al que sólo es poseedor del crédito, no surtiría efectos



contra el deudor quién continuaría obligado frente a su legítimo acreedor y, por lo tanto, sólo a él deberá hacer el pago. Además, de aceptar que el tercero pudiese repetir contra el deudor, resultaría que éste quedaría obligado, por la misma deuda, ante dos personas: el acreedor y el tercero que pagó "( 6 ).

En la hipótesis de que un tercero pagara con consentimiento del obligado al poseedor del crédito, obligaría al deudor frente al tercero que pagó, como si éste fuera un mandatario, es decir, en este caso se aplicarían las reglas del mandato, por haberlo - hecho con la anuencia del deudor.

"No es válido el pago hecho al acreedor por el deudor después de haberle ordenado judicialmente la retención de la deuda". ( 7 ).

Presunciones de pago.- Al tratar este punto, lo haremos señalando las presunciones que se encuentran en la ley y no las meras presunciones subjetivas de pago. En nuestro código civil vigente encontramos: Deuda de pensiones, pago del capital sin hacerse reservas de réditos y el título en poder del deudor.

Deuda de pensiones.- Cuando la deuda es de esta naturaleza y debe satisfacerse en períodos determinados, y se acredita por escrito el pago de la última se presumen cubiertas todas las anteriores, salvo prueba en contrario.

Pago de capital sin hacerse reservas de réditos.- El artículo 2090 es muy claro al respecto presumiendo pagados los réditos.

El título en poder del deudor.- Cuando una persona posee el título que acredita su deuda se presume que ya liquidó su adeudo.

---

( 6 ) Opera Cit. Paga. 68 y 69

( 7 ) DE PINA, Rafael; Elementos de Derecho Civil Mexicano; Vol. 3 Segunda Edición; México, D.F. Pag.113

Toda vez, que el artículo 2091 así lo dispone "La entrega del título hecha al deudor hace presumir el pago de la deuda constante en aquél", es decir, si se entrega el título en donde constaba la deuda se presume el pago de ella. ( § ).

Imputabilidad del pago.- En la teoría francesa encontramos tres clases de imputación en los pagos: imputación por el deudor, imputación por el acreedor e imputación legal.

La imputación de pagos presupone, que una persona tiene o se encuentra sujeta a varias deudas de la misma naturaleza, es decir, una persona tiene varias deudas de la misma naturaleza jurídica con la misma persona, y el deudor al hacer un pago manifiesta qué deuda desea extinguir con dicho pago.

a.- Imputación por el deudor.- La imputación que tiene el deudor, es a la vez un derecho propio del mismo, para poder determinar la deuda que desea extinguir. Así el derecho de declarar qué deuda se extingue, pertenece en un principio del deudor. Artículo 2092 del código civil.

Lo anterior sufre modificaciones que son evidentes:

1.- El obligado al pago de cierta cantidad, debiendo el capital y sus intereses, no podrá declarar el concepto de imputación - del pago sin el previo consentimiento de su acreedor, o sea, no podrá declarar que paga el capital y deja para mejor ocasión los intereses.

2.- El obligado en una deuda vencida y de otra por vencerse, no podrá declarar que desea extinguir la deuda por vencerse; ya que no puede imponersele pagos al acreedor antes del vencimiento.

---

( 8 ) BORJA SOIANO, Manuel; Teoría General de las Obligaciones; Tomo II; Cuarta Edición; Editorial Porrúa, S.A. México, D.F.

3.- El obligado no puede declarar que deuda desea extinguir, sin el consentimiento del acreedor, si la cantidad que entrega es inferior a la suma de la deuda que desea extinguir. Por no poder obligar al acreedor a recibir pagos parciales.

b.- Imputación por el acreedor.- La legislación francesa prevee el caso en el que el acreedor de una deuda, al recibir el pago, asiente en el recibo la imputación del mismo; esto es válido si el deudor acepta el recibo en esas condiciones, siempre y cuando no obre por sorpresa o con dolo. ( 9 ).

c.- La imputación legal.- Este tema lo veremos a la luz de nuestro Derecho Civil. Cuando el deudor no ha señalado cuál deuda desea extinguir, la ley nos da determinadas reglas para ello. Entre las deudas vencidas se escogerá cuál es la más onerosa para el deudor, verbi gracia: Aquellas que están causando intereses o simplemente la hipoteca que grava su patrimonio. Cuando las dos o más deudas sean iguales de onerosas, la ley desea que se extinga la más antigua; entendiéndose la antigüedad por el momento de crearse y no el de su exigibilidad y, cuando las deudas sean de igual vencimiento, igual de onerosas y de antiguas la imputación será proporcional a todas ellas. ( 10 ). Los anteriores conceptos se encuentran regulados por los artículos 2093 y 2094. Las cantidades pagadas a cuenta de deudas con intereses no se imputarán al capital mientras hubiere intereses vencidos y no pagados salvo convenio en contrario.

EL OFRECIMIENTO DE PAGO Y CONSIGNACION.- El sentido de las dos palabras muestra claramente sus diferencias. El ofrecimiento es el antecedente de la consignación y la columna vertebral de la cual se -

---

( 9 ) MARIY, G; Derecho Civil; Traducción de José M. Cajica Jr. Teoría General de las Obligaciones; Vol. II; Editorial José M. Cajica Jr. Puebla, Pue., México 1967 Pag. 33 y Sigs.

( 10 ) PLANIOL, Tomo II, Núm. 444, Cit. por BORJA SORIANO, Op. Cit. Pags. 52 y 53

derivan los efectos deseados por el deudor. El ofrecimiento puede ser - judicial o bien extrajudicial; pero la consignación será necesariamente ante el poder judicial, o sea, el ofrecimiento puede ser sin ninguna formalidad, pero la consignación debe ser con todas las formalidades esenciales del procedimiento. ( 11 ).

Procedencia de la consignación.- Nuestra legislación contempla los siguientes casos: a.- Cuando el acreedor se rehúsa sin justa causa a recibir la prestación debida; b.- Cuando el acreedor se rehúsa a dar documento justificativo de pago; c.- Si el acreedor fuere persona incierta; d.- Si el acreedor fuere incapaz de recibir pagos; e.- Si el acreedor fue re conocido; pero dudosos sus derechos. ( Artículos 2098 y 2099 del código civil ).

"A estos cinco casos suelen añadirse por los autores tres más: a.- Cuando el acreedor es desconocido; b.- El de negarse a dar a aquél recibo o carta de pago y c.- Cuando no se presenta a su debido tiempo en el lugar convenido o designado por la ley para proceder al cobro". ( 12 ). El caso del acreedor desconocido se equipara al del acreedor dudoso, y por lo tanto, está también comprendido en los preceptos del código.

Causas legales para oponerse a recibir el pago.- El acreedor puede negarse a recibir el pago de la prestación debida; pero debe demostrarle al juez cuáles fueron los motivos legales que originaron esa conducta.

Una vez, cubiertos los requisitos procesales para la consignación, el juez llamará al acreedor para que vea depositar, o en su defecto reciba, el objeto materia de la consignación. Este puede negarse por cualquiera de las siguientes causas:

a.- Cuando la deuda es a plazos y ésta se constituyo a favor del acreedor.- Ejemplo: cuando se contrató un préstamo por dos millones de pesos,

( 11 ) ROJINA VILLEGAS, Rafael; Supra Cit. Pag. 90

( 12 ) Opera Cit. Pag. 87

a pagar en un plazo de dos años forzosos para el deudor; pero éste desea pagar a los seis meses, entonces el acreedor puede justificadamente oponerse a recibir el mencionado pago.

b.- Cuando se quiere pagar parcialmente.- Esto va en contra del principio de indivisibilidad en el pago y por lo tanto, no puede ser obligado el acreedor, a recibir un pago parcial.

c.- Cuando el deudor hace entrega de una cosa que no corresponde a la calidad estipulada en la obligación.- Estamos de acuerdo en que, si el objeto con el cual se desea pagar, es de menor calidad que el estipulado en la obligación, el acreedor no puede ser obligado a recibir ese objeto en pago; pero siendo de mayor valor o calidad aún cuando no sea el estipulado, sí debiera obligarse al acreedor a recibir en pago dicho objeto. ( 13 ).

Efectos de la consignación del pago.- Toda vez, que la consignación se ha hecho cumpliendo con todos los requisitos esenciales del procedimiento y que el deudor se ha prestado a declarar los motivos de su oposición, el juez dirá si fué fundada o nó esa oposición, o bien, si la consignación - produce todos los efectos como pago.

a.- Si la oposición del acreedor es justa.- La consignación se tiene por no hecha, mientras que la obligación subsiste plenamente. Esto lo encontramos regulado por el artículo 2101 que a la letra dice: "Si el juez declara fundada la oposición del acreedor para recibir el pago, el ofrecimiento y la consignación se tienen como no hechos".

b.- Si la consignación fué declarada procedente o fundada.- La obligación se extingue, quedando el obligado, por mandato judicial, liberado del pago. Mientras, el acreedor debe ser condenado al pago de las cantidades que hubiere ocasionado al deudor la consignación, que extingue la obligación por mandato del juez.

El momento en que se extingue la obligación.- En la doctrina existen tres momentos en los cuales se puede extinguir la obligación: a.- En el momento del ofrecimiento de pago; b.- En el de consignación del pago; c.- Cuando el juez declara justa la consignación del pago.

a.- El momento de ofrecer el pago de la suerte principal y de sus intereses no puede ser causa de extinción de las obligaciones, aún cuando sea seguido de consignación; puede suceder el caso de que se ofrezca el pago el día de su vencimiento y se consigne dentro de ocho meses. Así se podría evitar el pago de una cantidad elevada por concepto de intereses.

b.- La consignación del pago puede ser causa de extinción de la obligación, aún cuando se ponga en manos del juez el objeto de la obligación. En virtud de que el juez no sabe todavía, si es de acuerdo a la ley esa consignación.

c.- La declaración del juez.- No puede decirse que por la sentencia dictada por el juez se extingue la obligación. En virtud de ser una sentencia declarativa y no constitutiva, o sea, lo único que hace es declarar que el crédito se extinguió en fecha anterior.

Encontramos un cuarto momento, cuando el juez dicta el auto de entrega de la consignación del pago. Lo consideramos, el momento legal de extinción de la obligación, ya que el juez examina si reúne todos los requisitos legales dicha consignación. Lo anterior lo encontramos reglamentado por el artículo 2097 del código civil: "El ofrecimiento seguido de la consignación hace veces de pago, si reúne todos los requisitos que para éste exige la ley".

EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES.- Es la no satisfacción del deber jurídico. Tiene como contenido fundamental la no entrega de la cosa debida o la no prestación del servicio objeto de la obligación, - es decir, es la no satisfacción del deber jurídico.

El incumplimiento de la obligación puede ser imputable o no - imputable al deudor, o sea, incumplimiento voluntario e involuntario.

Las causas voluntarias del incumplimiento son: la mora, la culpa y el dolo. Las causas involuntarias del incumplimiento son: el caso

fortuito y la fuerza mayor.

La mora debe ser definida como un retardo voluntario en el cumplimiento de la obligación.

La culpa la define nuestro artículo 2025 del código civil, de la siguiente forma: "Hay culpa o negligencia cuando el obligado ejecuta actos contrarios a la conservación de la cosa o deja de ejecutar los que son necesarios para ella".

El dolo.- "Es la acción u omisión que, con ánimo de perjudicar, o simplemente, con consciencia del daño que se cause, impide el cumplimiento normal de la obligación". ( 14 ). Con esto damos una idea muy general acerca del incumplimiento voluntario de las obligaciones.

Caso fortuito.- Es el hecho no imputable al obligado que impide el debido cumplimiento de la obligación.

Fuerza mayor.- Es la conducta no imputable al deudor, pero que hace imposible su cumplimiento.

Consecuencias del incumplimiento.- "La inclinación normal al cumplimiento de las obligaciones contraídas hace que la ejecución forzosa revista la naturaleza de un evento extraordinario, frente a los casos en que el obligado no quiere o no puede cumplirlas. Este evento, no puede dejar de ser tenido en cuenta y tener su provisión dentro del ordenamiento jurídico. El incumplimiento imputable de la obligación se resuelve, en definitiva, en la exigencia de la responsabilidad del obligado, que, como es sabido, se hace efectiva sobre su patrimonio, dado que el clima jurídico de nuestro tiempo rechaza la antigua compulsión sobre la persona".( 15 ). Nuestros códigos —

---

( 14 ) DE PINA, Rafael; Supra Cit. Pag. 178

( 15 ) Opera Cit. Pag. 170

afirman el principio de la responsabilidad ilimitada del obligado, aun cuando esto no es del todo cierto, por la cantidad de restricciones que existen, tales como el beneficio de competencia y la existencia de las cosas inembargables.

La efectividad de la obligación, a pesar del incumplimiento del deudor, se logra a través de la ejecución forzada de la prestación, que es, una actividad substitutiva de la que debió efectuar el obligado, para el debido cumplimiento de la obligación.

La ejecución forzada puede ser plena o substitutiva.- La ejecución forzada plena es aquella que tiene por objeto hacer cumplir la obligación en los términos en que se convino.

La ejecución forzada substitutiva.- Es aquella, que por su naturaleza no deja, que se cumpla de acuerdo a como se pactó, o sea, se ejecuta forzosamente la prestación a través de una indemnización, siendo ésta el pago de daños y perjuicios ( 16 ).

En nuestro código civil la consecuencia del incumplimiento de las obligaciones es la responsabilidad de pagar daños y perjuicios de acuerdo a las reglas señaladas en los artículos 2104 a 2118 del código civil.

**Daño.-** Es la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación. ( Artículo 2118 del código civil ).

**Perjuicio.-** Es la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación ( Artículo 2109 del código civil ).

La condición para el pago de daños y perjuicios, es que deben ser consecuencia inmediata del incumplimiento de la obligación



o consecuencia posterior de su incumplimiento; pero necesariamente debe ser el efecto de ese incumplimiento. ( Artículo 2110 del código civil ).

#### EFFECTOS DE LAS OBLIGACIONES CON RELACION A TERCEROS

En los efectos de las obligaciones en relación a terceros interesados en el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones, mencionaremos únicamente cuáles son las acciones que corresponden en cada caso, por ser casi todas ellas el tema principal de esta tesis.

En los actos celebrados en fraude de acreedores estudiaremos de una manera detallada las acciones oblicua y pauliana.

En la simulación de actos jurídicos, analizaremos exhaustivamente la acción contra la simulación en el capítulo respectivo, es decir, se hará igual que con la acción pauliana.

**CAPITULO II**  
**ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA EJECUCION FORZADA**

- 1.- En Roma
- 2.- En la Edad Media: el viejo Derecho Español
  - a.- El Fuero Juzgo
  - b.- Las leyes de partidas
- 3.- En México: códigos de 1870 y 1884

CAPITULO II  
ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA EJECUCION FORZADA

EN ROMA .

A.- En el procedimiento de las acciones emanadas de la ley.-

Las acciones de la ley eran, como lo enseña don Vicente Arangio Ruz, "declaraciones solemnes, acompañadas de gestos rituales, que el particular pronunciaba ante el magistrado, con el fin de proclamar un derecho que se le discutía ( en caso de las tres legis acciones referentes a la determinación de los derechos ) o de realizar un derecho previamente reconocido ( tratándose de las dos legis acciones referentes a la ejecución )" ( 1 ).

Las acciones de la ley se clasifican en declarativas de derechos y en ejecutivas de los mismos.

Las acciones declarativas eran: 1.- la legis actio sacramento; 2.- la legis actio per iudicis postulationem y 3.- la condictio.

Y las acciones ejecutivas eran: 1.- la manus iniectio y 2.- la pignoris capio.

Estudiaremos primeramente las tres acciones declarativas.

1.- la legis actio per sacramento ( o acción de la ley por apuestas ).- Esta acción tiene dos modalidades: in rem e in personam. Estudiaremos en primer lugar la modalidad in rem.

( 1 ) ARANGIO RUIZ, VICENTE cit. por FLORIS MARGALANT S, GUILLERMO; El Derecho Privado Romano; Segunda Edición; Editorial Esfinge, S.A. México, 1965 Pág. 156

La legis actio sacramento in rem.- esta acción se utilizaba para ejercer la vindicatio, o sea, se utilizaba esta acción cuando se litigaba por la propiedad de una cosa, por ejemplo un esclavo. Con esta acción se discutían derechos absolutos como la patria potestas, el mancipium y el derecho hereditario ( 2 ).

La vindicatio.- El procedimiento se iniciaba mediante la notificación o sea, la in ius vocatio, que era un acto privado a cargo del actor. Cuando el obligado se negaba a comparecer ante el magistrado y no otorgaba fianza para garantizar su futura comparecencia, el demandante llamaba a unos testigos y llevaba por la fuerza al obligado ante el magistrado.

Ya en presencia del magistrado, el actor o demandante debía tocar con una varita el objeto del litigio, con la declaración de que el objeto era suyo ( rei vindicatio ). Posteriormente el demandado tocaba el mismo objeto, diciendo que también era suyo ( contra vindicatio ).

Las partes declaraban que eran propietarias del objeto en litigio tal vez por el incipiente desarrollo de la posesión en aquella época preclásica. Más tarde, en la rei vindicatio clásica, el actor debía demostrar su derecho de propiedad, mientras el demandado seguía poseyendo el bien objeto del litigio, siempre y cuando el actor no ofreciera pruebas contundentes de ser el propietario.

Cuando el objeto del litigio era un inmueble, las partes tenían que llevar ante el magistrado una parte de él. El procedimiento se realizaba en el mismo inmueble, o si no, las partes traían ante el magistrado una parte del inmueble ( un terrón del predio ).

---

( 2 ) KASER, Max; Derecho Romano Privado; Versión directa de la quinta edición alemana por José Santa Cruz Tejeiro; Editorial Reus, S.A. 1968. Pag. 358

Posteriormente seguía una contienda simulada, la manuum conseratio, en la cual intervenía directamente el pretor ordenando que le fuera - entregada la cosa. Acto seguido, el actor y el demandado apostaban quinientos ases ( la apuesta era el sacramentum ), cuando el objeto tuviera un valor superior a mil ases o cincuenta ases, si el objeto en litigio era la libertad de una persona o de un valor inferior a mil ases. Convenían también perder ese depósito en favor del templo, si no llegaban a probar sus derechos. Se debía depositar la cantidad u ofrecer un fiador solvente ( el praedes sacramenti ).

En los tiempos más antiguos las partes afirmaban tener derecho sobre la cosa objeto del litigio, so pena de perder la protección divina, o sea, la pena de convertirse en sacer. El sacramentum era la apuesta por la cantidad que se había entregado en depósito al afirmar su derecho a la cosa y al no poder comprobar ese derecho, tenía que dejarse - al templo para no convertirse en sacer.

El pretor concedía la posesión provisional del objeto en litigio a la parte que otorgara la mejor fianza, con el objeto de que en caso de perder el juicio, pudiera entregar la cosa con sus accesorios. El fiador recibía el nombre de praedes litis et vindiciarum; éste debía garantizar la entrega de la cosa, sus frutos y todos sus accesorios.

El pretor los citaba treinta días después para que supieran quién era el juez que resolvería su controversia. Este término fue otorgado por la ley Pinaria, que suavizaba el derecho arcaico, por ofrecer un plazo al deudor para cumplir con el acreedor.

El último acto de la fase in iure era la litis contestatio; que era la invitación hecha a los testigos del juicio para que fijaran en su memoria lo que había sucedido ante el magistrado. Los testigos eran necesarios por ser un procedimiento oral.

Tres días después de la segunda audiencia ante el magistrado,

( la comperendatio ) solía comenzar ante el juez el procedimiento probatorio. Después el juez dictaba una sentencia ( literalmente: opinión ), declarando quién era la parte que había perdido la apuesta y en forma indirecta se enteraban quién había probado su dicho.

De la legis actio sacramento in personam, utilizada en los litigios referentes a la responsabilidad personal, Kaser ( 3 ) nos -- dice que "Sus detalles no nos son conocidos, pero debemos admitir -- que el actor afirmaba solamente con el verbo aino, la responsabilidad del demandado y preguntaba a éste si lo reconocía así o lo negaba ( Postulo aias an neges ). Si el demandado negaba su responsabilidad, ambas partes se provocaban recíprocamente a lo mismo que en el caso de la actio in rem".

2.- La legis actio per postulationem iudicis ( Acción de la ley para pedir un juez ).- Con esta acción sólo se solicitaba la designación del iudex o juez, sin celebrar al lado de esta solicitud una apuesta procesal. Esta acción se encontraba en dos formas:

a.- Cuando se trataba de la división de una copropiedad o de una herencia, del deslinde de un predio y de la fijación de daños y perjuicios.

b.- Cuando se trataba de determinar las obligaciones nacidas de la stipulatio.

La stipulatio era una fuente amplia e importante de derechos personales. Por lo tanto, la legis actio sacramento subsistía para acciones reales que no fueran divisorias y para las personales basadas en delitos.

3.- La condictio ( Reclamación ).- Esta acción es mucho más reciente que las dos anteriores y se utilizaba para reclamar un bien

determinado, fundándose en la Lex Calpurnia, o cuando se trataba de una cantidad determinada, fundándose en la Lex Silia. Esta acción, por tener un procedimiento más simple, fue ganando terreno a las - otras, aunque no sabemos cuáles eran esas ventajas.

Las acciones ejecutivas, según queda dicho, eran: la manus iniectio y la pignoris capio.

1.- La manus iniectio (Aprehensión corporal).- Se ejercitaba cuando el deudor podía o no quería a su acreedor o no quería o no - podía regresar a su fiador lo que éste hubiera pagado. El acreedor, en cualquiera de los casos anteriores, podía llevarlo ante el pretor e imponer su mano sobre el deudor pronunciando una fórmula verbal, expresando así el poder que adquiere sobre el ejecutado. Si el actor cumplía al pie de la letra con la fórmula procesal, el pretor pronunciaba la palabra "addico" ( Te lo atribuyo ); después el acreedor o actor en el juicio podía llevarse al deudor a su cárcel privada.

En un plazo de sesenta días, el acreedor lo exhibía tres veces en el mercado, o sea, cada veinte días. Si nadie pagaba la deuda - por cuenta de éste, era vendido, o al menos podía ser vendido trans Tiberim o matarlo. Cuando había varios acreedores tenían derecho a una parte proporcional del cadáver del deudor y cuando uno tomaba más de lo que le tocaba, no se consideraba que se hubiere cometido fraude.

El maestro Margadant nos dice " En el año 326 a de J.C., este duro sistema fue severamente atacado por la Lex Poetelia Papiria, una victoria de los pobres sobre los ricos, en la cual se suprimió el encarcelamiento privado por deudas civiles, dejándolo subsistente, empero, para cuestiones surgidas a consecuencia de delitos privados. Desde entonces, en general, el deudor de un préstamo respon-

día con sus bienes, pero ya no con su libertad o su vida, principio consagrado por la Constitución Mexicana, pero no reconocido aún por todas las legislaciones civilizadas. ( 4 ). Y por su parte la maestra Bernal de Bugeda nos dice "La Lex Poetelia Papiria determinó el momento de la crisis de la obligación primitiva basada en la responsabilidad personal o corporal para dar lugar a una nueva concepción obligacional que vinculaba no ya al cuerpo sino a los bienes del deudor"... .... Y en párrafos posteriores sigue diciendo "No es que a partir de ese momento la ejecución personal fuese sustituida por la patrimonial, sino que hasta la primera no podría llegarse hasta tanto no se obtuviera una condena. Esto constituiría un notable adelanto y justificaría el entusiasmo con que Tito Livio comentó tal legislación" ( 5 ).

Cuando el acreedor ejercía injustamente la manus iniectio, el deudor debía oponerse ante el magistrado. En contados casos podía hacer esto con la ayuda de otro ciudadano, el vindex, el cual podía ser multado con una pena por lo doble del importe del juicio, si resultaba que había ayudado a una persona sin fundar y motivar debidamente su defensa. En otros casos, el deudor encarcelado solía defenderse él mismo, ( esta es la manus iniectio pura ), sistema que se generalizó con el tiempo; en este caso si se defendía de una acusación cierta también se le multaba con el doble de la deuda.

2.- La pignoris capio ( toma de prenda ).- Esta forma de ejecutar forzadamente la prestación se ejercía por determinadas deudas de carácter fiscal, militar o sagrado. En este tipo de acción el acreedor penetraba a la casa del deudor pronunciando cierta fórmula sacramental y sacaba de ella algún bien, el pignus, es decir, la prenda. Esta --

( 4 ) Floris Margadant; Op. Cit. Pag. 310

( 5 ) BERNAL DE BUGEDA, Beatriz T., Metamorfosis de la responsabilidad obligacional ( El nexum y la Lex Poetelia Papiria) Pags. 19 y 20



acción se parece al embargo de nuestros días, con la excepción de no contar con la ayuda de la autoridad, como sucede actualmente.

¿Qué se hacía con el bien embargado?.- El acreedor en un principio destruía la prenda, según se deduce de la expresión pignora caedere. Más tarde, la destrucción de la prenda fue sustituida por algo más sensato. Que consistía en que el deudor podía rescatar la prenda ( Pignora Luere ), y cuando no se rescataba en cierto plazo, el acreedor podía venderla y de ahí cobrarse el importe de la deuda, entregándose el sobrante al dueño de la prenda. ( 6 ).

B.- Procedimiento Formulario.- Las legis acciones dejaron de tener vigencia debido al aumento de la potencia y gran actividad del estado. En el año 367 A. C., la administración de justicia fue desligada de la magistratura consular, para ser otorgada, como facultad especial al pretor. Este inicia un ejercicio de la acción cada vez más directo y absorbente en la creación y aplicación del derecho.

El pretor comienza a conceder acciones, en los casos no previstos por el ius civile; en otro aspecto, el pretor simplificaba el procedimiento diciendo él mismo, sin esperarse a que decidiera el juez, aún cuando lo hiciera en contra del ordenamiento establecido ( extra ordinem ), estas decisiones constituyen más tarde el contorno del procedimiento extraordinario, e incluso la propia ley fue derogando el procedimiento antiguo y a su vez ampliando de una manera definitiva el campo de acción o esfera de competencia del pretor. Esto se iniciaba con la Lex Ebuca ( Probablemente es de los años 146 a 126 A. C. ). Desarrollada bajo Augusto por

dos leyes Julias ( 7 ), después de esto las legis acciones sólo - servían para controversias que eran de la competencia del tribunal de los centuviros.

El procedimiento que surge de la expedición de la ley Ebuca es llamado procedimiento formulario ( Procedimiento Por Formulas ), que probablemente se relacionen con las del pretor peregrino o del magistrado provincial.

En este todavía se distinguen las dos fases: in iure e in iudicio, pero ya no se limitaba el magistrado a oír las pretenciones de las partes y fijarles un iudex o juez, sino que redactaba ciertas instrucciones, en las cuales, exponía sucintamente los hechos, alegatos y derechos aducidos, ordenando al juez, si estos hechos - eran ciertos, condenar al demandado o absolverlo. Tales instrucciones son la fórmula. El juez es el encargado de investigar la realidad de los hechos y la legalidad de las pretenciones tanto del - actor como del demandado, y emitir la sentencia conforme al dictado del pretor.

Las partes de la fórmula:

1.- La demonstratio.- Era la exposición de los hechos jurídicos alegados por el actor, a lo que antecede el nombramiento del juez.

2.- La intentio.- Era la declaración del derecho alegado, por el actor.

3.- La condemnatio.- Era la facultad otorgada al juez para - condenar o absolver.

4.- La adiudicatio o adjudicación.- Al juez se le confería la facultad de atribuir la propiedad de las partes en que era dividido el objeto.

---

( 7 ) BONFANTE, Pedro; Instituciones de Derecho Romano ( Traducción de la Octava Edición Italiana por Luis Dacci y Andrés Larrosa ) Instituto Editorial Reus, Madrid. Pag. 123

En el procedimiento formulario el objeto de cada litigio se debía evaluar en una determinada cantidad de dinero, y la condena o sentencia era dictada por esta suma. Cuando se trataba de acciones reales se podía esquivar la sentencia pagando el valor de la cosa, litis aestimatio, fijado bajo juramento del actor, efectuando la restitución ( 8 ).

En el procedimiento formulario se distinguen también los juicios legítimos, que se tramitaban o tenían lugar en Roma, o a una milla de ésta, ante el único juez, que era ciudadano romano, y - entre ciudadanos romanos; y los juicios de imperio ( iudicia que imperio continentur, continentia iudicia, o también - Fr. de Autun - imperialia iudicia ), en donde falta alguno de los requisitos expresados. En los juicios dependientes del imperio, el poder del juez, o sea, con el del magistrado que lo ha designado. Los juicios legítimos ( cuya denominación se refiere probablemente a la Lex Aebutia que estableció sus requisitos como las legis actiones, se refiere a la Lex Tabularum ) eran al principio perpetuos, pero después fueron limitados por la Lex Iulia a año y medio ( 9 ). El procedimiento formulario duró todo el período clásico de la jurisprudencia romana.

Con el tiempo, la conciencia de la división del procedimiento romano, sobre todo en sus principios, se perdió completamente, por considerar al juez como un delegado del judicante, siempre y cuando éste quisiera dejarle el proceso, para descargarse del trabajo que tenían, con lo cual la institución fue cayendo en desuso.

Características del sistema formulario:

1.- El actor exponía sus pretensiones con sus propias palabras, acabando así con el derecho estricto emanado de las legis actiones.

( 8 ) Op. Cit. Pag. 125

( 9 ) Op. Cit. Pag. 125

2.- El pretor deja de ser un simple vigilante de la correcta interpretación de la fórmula, para convertirse en un organizador del proceso, señalando a cada uno sus deberes y derechos procesales.

3.- El proceso conserva su división in iure e in iudicio y - como eslabón de estas fases encontramos la fórmula, que tenía las funciones siguientes:

Contenía instrucciones y autorizaciones del magistrado al juez; Era una especie de contrato, en virtud de que las partes tenían que declarar su conformidad con ella;

Era escrita, mejorando en mucho la buena memoria que podían tener los testigos en el procedimiento de la legis actiones, en su primera parte.

4.- Todos los procesos debían referirse a un solo punto del litigio, por ser el lineamiento de la fórmula.

El Procedimiento In Iure.- Se inicia con una notificación, o sea, con la in ius vocatio. Esta era un acto privado que debía ejecutar el actor y consistía en una invitación que el actor hacía al demandado para comparecer ante el magistrado. El demandado podía aceptar inmediatamente o solicitar que se pospusiera esa comparecencia ante el magistrado; para ello debía otorgar un fiador o videx, que garantizaría su puntual asistencia el día señalado.

Cuando el demandado no aceptara realizar ninguna de las dos conductas antes señaladas, se exponía a que el actor ante dos testigos lo llevara por la fuerza ante el pretor. Algunos siglos antes de Cristo era costumbre acompañar a la notificación, el contenido del asunto que iba a tratarse ante el pretor. Desde Marco Aurelio, esta d nuntiatio litis era obligatoria.

Del mismo modo que en la actualidad, el demandado se escondía o se iba de Roma; se podía entonces solicitar al pretor la missio in possessionem bonorum respecto a todos los bienes que se encontrasen en Roma. Esta figura es parecida al embargo precautorio ya que debía notificar el actor o embargante al demandado o embargado, en cuanto fuera posible. Después de largos plazos, el embargante podía vender los bienes embargados.

Ya ante el pretor y estando presente el demandado, el actor - explicaba sus pretensiones en la editio actionis.

Luego el demandado se encontraba ante cuatro posibilidades de actuar:

a.- Accipere actionem.- Negaba los hechos alegados por el actor; en este caso, se veía en la necesidad de buscar las pruebas para - comprobar más tarde, apud iudicem, su dicho.

b.- Alegar otros hechos que derrumbaran el fundamento de la acción; y a su vez, se pedía la inserción de los hechos en - la fórmula, como una excepción; después de esto, el actor podía, a su vez, pedir se incorporara una replicatio y así sucesivamente.

c.- Cumplir con lo demandado, durante la fase in iure; en este caso no había necesidad de expedir la fórmula.

d.- Reconocer la existencia de la prestación debida, en cuyo caso la confesión se consideraba como una sentencia condenatoria, teniendo los mismos efectos ejecutivos. Cuando había silencio por parte del demandado estando presente, era considerado como un reco nocimiento tácito de las prestaciones del actor.

También el litigio podía terminar in iure, fuera de los casos antes señalados. Cuando se trataba de un pleito sobre objeto cierto, el actor podía exigir al demandado que jurara ante el pretor, in iure, que no estaba obligado a dar la cosa objeto de la obligación; pero

a su vez el demandado podía invertir la fórmula, exigiendo que el actor jurara que tenía derecho al objeto de la obligación. Estos juramentos ponían fin al proceso, sin necesidad de que se dictara sentencia. Cuando el actor ganaba debido a su juramento, podía iniciar la fase ejecutiva a través de una actio ex iure iurando. Caso contrario sucedía, si el demandado ganaba por su juramento, ya que podía oponerse a la nueva acción de actor, en el primer litigio, la exceptio iuris iurandi.

Cuando el demandado no estaba de acuerdo con la fórmula finalmente propuesta y no otorgaba su consentimiento, el pretor oía sus objeciones y, en caso de no considerarlas fundadas, solía ordenar la entrega al actor del objeto del litigio, en concepto de posesión provisional. Aquí no se trata de una adjudicatio, sino de una missio in possessionem, que dejaba al demandado en libertad para iniciar contra el actor otro juicio, ya sea basado en actio reivindicatoria o publiciana, en el cual se convertiría en actor.

En cambio, cuando el actor no estaba de acuerdo con la fórmula propuesta, el pretor podía negarse a dar entrada a su demanda.

La aceptación de la fórmula por las partes, constituía la litis contestatio, que tenía los siguientes efectos:

1.- El momento de la litis contestatio fija el valor de las prestaciones reclamadas, valor que podía cambiar. Pero cuando por excepción la fórmula decía quanti ea res erit, tantam pecuniam condemnatio, entonces el momento de la condemnatio sería el momento que fijaría lo que el demandado debía pagar.

2.- Convertía en permanente una acción temporal, o sea, el derecho señalaba un plazo para ejercitar una acción; esto significaba que la

litis contestatio debía analizarse dentro de ese plazo. Sin que ello quiera decir que no importaba cuánto tardaría la sentencia. Las leges Juliae iudiciorum señalaban que ésta debía dictarse dentro de los dieciocho meses siguientes a la interposición de la acción, cuando se fundaban en el ius civile; y cuando se fundaban en el imperium del magistrado iudicij imperio continentia, la sentencia debía dictarse mientras el magistrado estuviere en funciones.

3.- Convertía en transmisibles por herencia las acciones personalísimas; ejemplo: la actio iniuriarum.

4.- El poseedor de buena fe pierde el derecho a recibir los frutos desde la litis contestatio.

5.- El poseedor de mala fe respondía desde la litis contestatio del caso fortuito.

6.- Desde la litis contestatio el demandado corría el riesgo de una condena por el doble del valor del objeto del litigio.

Encontramos esta situación como consecuencia de una defensa injustificada en relación con la reclamación de un objeto depositado o de un legado por damnationem o por una indemnización por daños en propiedad ajena o cuando un vencido en juicio, fuere demandado posteriormente a través de una actio iudicati, negara que existía una sentencia contra él.

7.- La litis contestatio tenía un efecto novatorio, ya que en el momento de declararse conforme con el contenido de la fórmula, el actor perdía el derecho sustantivo que reclama enjuicándola por el derecho a una justa sentencia y el cumplimiento debido.

El cumplimiento de la obligación después de la litis contestatio no impedía la condemnatio; así lo explicaba la rigurosa doctrina de los proculeyanos, porque según ellos era un pago sin causa, debido a su efecto novatorio.

Este efecto novatorio tenía importantes consecuencias, en caso de error en la demanda. El error podía consistir en una minus petitio o en una plus petitio; en este último caso el actor comete una exageración, en la cual debemos distinguir:

a.- Plus petitio re: Por ejemplo, el deudor debía cuatro mil y el acreedor demanda cinco mil;

b.- Plus petitio tempore.- Consistía en demandar antes de tiempo, es decir, la deuda vence el 31 de enero y se demanda el día 21 del -- mismo mes.

c.- Plus petitio causa.- Era cuando el deudor de una obligación facultativa es demandado por el valor de una, haciéndose indebidamente la elección que correspondía a la otra parte.

d.- Plus petitio loco.- Era cuando había error en el lugar de cumplimiento de la obligación.

En todos los casos anteriores el acreedor pedía algo que no le correspondía y, por ello, perdía el juicio.

En el caso de minus petitio, las consecuencias eran menos graves, porque si no había ejercitado su acción en forma absoluta, su derecho quedaba reservado para mejor ocasión, de acuerdo a la regla general, de que el derecho menor está comprendido en el mayor.

El Procedimiento Apud Iudicem.- Si en el procedimiento in iure las partes luchaban por la fórmula, en el procedimiento apud iudicem luchan por la sentencia. Parte medular de esta lucha era otorgar las pruebas que certificaran su dicho. Todo este procedimiento iba guiado a convencer al juez, tanto por consideraciones de hecho como jurídicas, de que se tenía la razón y de que era verdad lo afirmado.

Tres días después de la segunda audiencia ante el pretor, las partes comparecían ante el juez en un acto llamado "la comperendatio". Acá ya no había necesidad de una fianza para asegurar su asistencia,



ya que su propio interés le impulsaba a presentarse, pues de lo contrario era declarada contumaz, rebelde en el juicio la parte ausente.

El procedimiento apud iudicem se constituía de las siguientes partes: El ofrecimiento, admisión o rechazo y desahogo de las pruebas, alegatos y sentencia.

Los hechos debían ser probados, no así el derecho.

Las pruebas conocidas por el Derecho Romano eran:

1.- Documentos públicos y privados, cuya importancia crece en per juicio de la testimonial.

2.- La testimonial.- El iudex no está obligado a estar en favor de la mayoría de los testigos, debía pensar y no contar.

3.- El juramento.- El juez le daba el valor que quería, con la siguiente excepción: la parte que había sido obligado a jurar, podía devolver el juramento. Si entonces la otra parte se negaba a jurar, perdía el juicio.

4.- La confesional.- Era considerada como la reina de las pruebas.

5.- El peritaje.- Se utilizaba no solo en cuestiones de hecho sino también de derecho. Desde Adriano, el juez debía inclinarse ante la opinión de la mayoría de los jurisconsultos investidos del ius publice respondendi.

6.- La fama pública.- La menciona Quintiliano en su obra sobre oratoria, cuando era de fama pública, ya no había necesidad de ofrecer prueba testimonial.

7.- La inspección judicial.- Aunque la realizaba el pretor.

8.- Presunciones humanas y legales.- Las legales podían ser iuris tantum o iuris et de iure.

Después del desahogo de las pruebas las partes presentaban oralmente sus alegatos, dando su punto de vista sobre el resultado del procedimiento probatorio y criticaban las pruebas aportadas por la parte contraria. Los alegatos eran de gran valor para el juez, ya que a través de ellos podía conocer las fallas en el modo de argumentar de las partes.

Posteriormente el juez dictaba la sentencia. En virtud del principio de congruencia, la sentencia debía asumir cualquiera de estas dos posiciones: otorgar al actor exactamente lo que había pedido o señalar la inocencia del demandado. La sentencia debía encontrarse motivada para evitar dudas respecto a la interpretación. En ocasiones el juez podía declarar que no entendía en qué forma debía dictarse -- ( non liquet ); en éste caso, las partes acudían ante el pretor, solicitando les fuera nombrado otro iudex. La sentencia, cuando había transcurrido el término de su impugnación, era considerada como verdad legal.

La sentencia daba al actor triunfante una actio iudicati que lo facultaba para reclamar materialmente lo que en la sentencia había obtenido. En caso contrario, al demandado que había sido absuelto se le otorgaba una exceptio iudicati contra posibles revisiones posteriores del mismo asunto.

La situación resultante de la exceptio iudicati era un " non bis in idem" que tenía sus límites. Si de una serie de actos que constitufan una conducta nacían varias acciones en contra del demandado, se debía atender al principio general en esta concurrentia actionum, que consistía en que el ejercicio de una acción extinguía a las otras.

La ejecución en el Procedimiento formulario.- Las partes podían tener dos actitudes después de la sentencia:

1.- Cumplir de acuerdo a las disposiciones señaladas a la propia

sentencia, es decir, cumplir voluntariamente con las obligaciones que se establecen en la sentencia. Para el cumplimiento voluntario de las obligaciones contaban con treinta días.

2.- Incumplir con las disposiciones señaladas en la sentencia.

Con ello, el obligado se exponía a una ejecución forzada. Esta ejecución forzada tomaba la forma de la manus iniectio o de la pignoris capio, ya estudiadas anteriormente. Como vimos, después de dictada la ley Poetelia Papiria, del año 326 a. C. , el acreedor ya no podía matar al deudor insolvente.

A través de los años se nota que la ejecución se dirige cada vez más contra los bienes del deudor. El acreedor podía ejercer la actio iudicati, para reclamar lo que el juez o iudex en la sentencia le concedía en teoría. Si el deudor no confesaba su adeudo y posteriormente perdía el asunto, el monto del asunto se duplicaba, es decir, si perdía tenía que pagar el doble de lo que era la suerte principal del asunto.

Posteriormente cuando el acreedor obtenía los bienes del deudor en custodia, citaba a los demás acreedores a través de anuncios públicos para nombrar un magister, que sería el encargado de administrar los bienes del deudor. Al tomar posesión de su cargo debía levantar un inventario detallado de los bienes, de los créditos a favor y de las deudas, averiguando a su vez, si es posible recuperar ciertos bienes del deudor ejerciendo la integratio restitutio, en caso de haber sido víctima de actos antijurídicos, o ejercer la acción pauliana, en caso de haber enajenado bienes el deudor, con la intención de quedar insolvente. Como se puede apreciar la acción pauliana es antiquísima, pero por ello no ha perdido la esencia de su finalidad.

Transcurrido cierto plazo y no habiendo cumplido con su obliga-

ción el deudor, un representante de los acreedores, el sindicus, buscaba a una persona que comprara todo el patrimonio del deudor, (emptor bonorum), ofreciendo a los acreedores un pago proporcional a sus créditos. Esta forma de transmitir la propiedad se llamaba Venditio Bonorum y era a título universal.

Desde ese momento, el comprador del patrimonio podía cobrar los créditos existentes mediante la presentación de fórmulas en donde constara esa transposición de personas y respondían, a su vez, en proporción a los créditos en contra mediante otra fórmula de transposición (Fórmulas rutilianas).

A partir de Julio César nos encontramos con una atenuación en el procedimiento ejecutivo, con la cessio bonorum, no tan infamante como la anterior, que contaba con el beneficium competentiae a favor de deudor. Este procedimiento era aplicable para los deudores insolventes sin culpa, en virtud de hacer una cesión voluntaria de su patrimonio a todos sus acreedores.

Posteriormente existió el sistema denominado Pignus ex causa iudicati captum. Este sistema se aplicaba a personas que se oponían intencionalmente a no cumplir con las prestaciones debidas aun cuando fueran solventes. Para no vender todo el patrimonio al emptor bonorum, se vendía con autorización judicial, una parte de los bienes del deudor que bastaren para cubrir el adeudo y devolvían, en caso de sobrar una cantidad, al deudor forzado. Esto puede ser considerado como un antecedente directo del embargo en México.

C.- Procedimiento Extraordinario.- En esta tercera etapa histórica del Derecho Procesal Romano encontramos otra forma de ejecutar forzosamente la prestación: la distractio bonorum.- En esta etapa se abandona la práctica de vender el patrimonio del deudor como un

todo, adoptándose la venta parcial para obtener un mayor precio en la venta del patrimonio.

Durante la vigencia del sistema extraordinario, la ejecución se inclina más a favor del deudor, que los actuales sistemas. En el Corpus iuris civile encontramos la quita y la espera, concedida por todos los acreedores para obtener de esa forma pacífica el pago o cumplimiento de las prestaciones.

Cuando el deudor es totalmente insolvente no se puede hacer nada, por no existir materia para ejecutar dichas obligaciones. — "La decepción de los acreedores podía entonces, en algunos casos, expresarse mediante medidas penales; pues a pesar de la Lex Poetelia Papiria, encontramos todavía en el derecho justinianeo penas de libertad contra determinados deudores insolventes".( 10 ).

#### EN LA EDAD MEDIA

En esta etapa tan importante de la historia, únicamente veremos la ejecución forzada, o medios que se asemejan a ella, en el Derecho Español a través del Fuero Juzgo o derecho de los jueces y las Leyes de Partidas, por la gran influencia que ejercen sobre nuestra legislación.

#### EL FUERO JUZGO O LIBRO DE LOS JUECES

Introducción.— En el libro V título VI del Fuero Juzgo nos encontramos con el tema, "de los penos é de las deudas", de las prendas y de las deudas. En esta parte del capítulo veremos determinadas situaciones que llegan a tener puntos de contacto con el incumplimiento y con su ejecución forzada en la Edad Media Española, aunque no vamos a encontrar como en un catálogo todos los casos que esperamos y conocemos actualmente.

I.- Ley antigua.- De no garantizar con prenda.

Defendemos a todo hombre que no ofrezca prenda por sí. Y si ese hombre es libre y ofrece prenda por otro paga el doble de la prenda. Y si el que ofrece la prenda es siervo, paga la prenda y además recibe cien azotes.

II.- De la prenda que es hurtada. Si algún hombre dió prenda por deuda, y aquella prenda que dió fuere hurtada, es tenido por ladrón.

III.- De la prenda que es dada por deuda.

La prenda que es dada por deuda, si de allí fue hecho el escrito de la deuda y el deudor prometió en aquel escrito que pagaría la deuda al plazo, después de pasado el plazo hasta diez días, el que lo acordó debe guardar las prendas. Y si el señor de la prenda puede pedir que pague su deuda y tomar su prenda. Y si no la quisiere pagar, o no viniese por negligencia el día del plazo, de allí en adelante debe pagar intereses. Y si el deudor no viniese y no pagase la deuda en aquellos diez días, así como se había dicho, entonces el acreedor enseña la prenda al señor y cuando procure él y tres hombres buenos, por lo tanto la vendía y el acreedor tomaba del valor de la prenda lo que debía recibir y la demás renta se regresaba al señor de la prenda.

IV.- Si la prenda no es entregada y después quiere pagar la deuda o el precio.

Si aquel que dió la prenda por deuda y al plazo quiere pagar la deuda y el poseedor de la prenda no quiere darle su prenda, o si le vendiere su prenda antes del tiempo señalado. O si él vendiese en su provecho, o sino la quisiere enseñar, quien la tiene debe entregar la prenda al señor y además pagará la mitad del valor de la prenda a su señor.

V.- Si un hombre es tenido como sujeto de muchas deudas o culpas.

Si algún hombre es culpado de muchas deudas o de muchas culpas,

aquel hombre que primero se lo demandare, ó demostrare por juicio, o por prueba o por confesión, a aquél debe primeramente hacer el pago. Y si viniesen muchos demandadores atrás de éste, debe hacerse el pago a cada uno según lo que debe y sino, será siervo de todos y el juez debè saber a quién debe más, o a quién debe menos; y según aquellos haga pagar a cada uno de ellos, y de aquello que colocado haga pagar a los otros como viere. Y si no hubiere de donde pagar a los otros acreedores, debe ser sirvo de aquellos por la deuda.

VI.- Como debe el hombre demandar la deuda que debe el muerto o fuerza que hizo.

Si algún hombre es culpado, y en su vida no le fué probado, no es injusto que lo demuestren los hombres después de muerto. Y que esto no haga ningún hombre por engaño de aquél que a su buena del muerto, mandamos en esta ley que si alguno acusa a su deudor o a un hombre quien le hiciere fuerza, u otro injusto después de la muerte del deudor, no le sea esto creído, si no lo demuestra por escrito o por buenas pruebas. Y si lo podiere demostrar y el muerto no dejó hijos, más dejó su hacienda a sus siervos liberados o a otras personas, cada uno según lo que tiene debe pagar a cada uno, y hacer enmienda de la deuda. Y si hubiere hijos y ellos tuvieran su hacienda, ellos lo deben enmendar por su padre. Y si aquél deudor muere sin hablar, aquellos sus parientes que tuvieran su hacienda deben pagar por él. Y los hijos o los parientes que no tuvieran la hacienda no deben pagar nada, y si el muerto dejó alguna cosa a alguna persona, y aquello que demanda es más de lo que dejó, y sus hijos y sus parientes no quieren hacer enmienda por él, deben dar la hacienda que tienen del muerto a aquél que demanda, con eso se liberan.

## LAS LEYES DE PARTIDAS

Introducción.- El rey Alfonso "El Sabio" fija con precisión, en el prólogo de las Siete Partidas, el día que se inició la redacción de éstas, o sea, fue el día 23 de junio de 1256. La fecha de su terminación es más confusa, pero la Academia de Historia cree que fue el año de 1263, es decir, siete años después de iniciados los trabajos de redacción de éstas leyes. Otros dicen que fué el año de 1265.

El lugar en que se inició este trabajo, tampoco está determinado con exactitud. Algunos autores señalan como lugar de nacimiento, de las Siete Partidas, la ciudad de Sevilla, por ser el lugar de residencia del Rey Sabio; pero esta opinión no fué generalmente aceptada, ya que, en el siglo XVI debieron existir elementos para afirmar que fueron creadas en Murcia.

Contenido de las Siete Partidas.- La Primera Partida habla del Derecho Natural, Derecho de gentes, leyes, costumbres y fueros. La segunda contiene el Derecho político de Castilla, estableciendo la diferencia entre la dignidad imperial y real; enumera también los oficios y dignidades desconocidos en la nación. En la tercera partida encontramos el orden y rituales de los juicios; señala las clases de personas que existen. La cuarta explica los derechos y deberes que nacen de las relaciones de los miembros de la sociedad civil y doméstica. La quinta habla sobre los contratos y las obligaciones, siendo ésta la más perfecta. La sexta habla del derecho de sucesión y la séptima trata el tema del Derecho Penal.

En el título XV de la quinta Partida encontramos las situaciones que más se asemejan a nuestra ejecución forzada. Aquí trataremos de presentar los siguientes casos:



Ley I.- Los deudores pueden desamparar o abandonar sus bienes cuando no se atreven, o no quieren pagar lo que deben. ¿ Ante quién y de que manera ?.

Todo hombre puede abandonar sus bienes, que se encuentren en su poder o en poder de un tercero, al que no se le debe nada. Debe desampararlos o abandonarlos ante el juez. Este abandono puede ser hecho por el propio deudor, por un tercero o por carta conociendo las deudas que tiene o cuando fuere por sentencia dictada contra él y no estando ausente. Pero si lo hace de otra forma ese desamparo no tendría valor. Pero debe desampararlos en favor de quienes debe algo diciendo: "Como non ha de que faga pagamiento"( 11 ).(Como no tengo con que pagar). Entonces el juez debe tomar todos los bienes del deudor, que ha desamparado por la anterior razón y sino los paños que vistiere. Si es que no le debe alguna de esas cosas. Fuera de eso, si tal deudor como éste fuese padre o abuelo o alguno de los otros ascendientes que tuviesen algo que dar a alguno de sus descendientes de ellos. O si fuesen hijos o alguno de los otros descendientes que obligasen a dar algo a alguno de quien descendien. O si fuere hombre que debe algo a su mujer o ella a su marido. O si fuese hombre que debiese algo a aquél a quien habia alimentado. O el alimentado a él. O si fuese compañero de aquellos que firman compañía entre si, habiendo o trayendo, sus bienes de uno que debiese algo al otro, o el compañero a él. O si fuere hombre a quien demandasen en juicio sobre donación, que hubiere hecho a otro. Porque entonces el juzgador debe cejar a cada uno de éstos, antes señalados, una parte de sus bienes con que puedan vivir comodamente. Y todo lo otro lo debe vender en almoneda y entregar el precio de estos bienes a los demás deudores.

Ley II.- Como se deben partir los bienes del deudor, cuando los desampara, entre aquéllos a los que debe.

( 11 ) Los Códigos Españoles ( concordados y anotados ) Código de las Siete Partidas: Tomo III; Editorial Iruya de la Publicidad: 1908. 708

De una manera natural, siendo todos los deudores que a de pagar acuéél que desampara todos sus bienes, entonces el juzgador debe partir entre ellos los maravedís, para que fuesen vendidos los bienes - del deudor, dando a cada uno de ellos según la cuantía que debían re cibir, más o menos. Más si las deudas no fueran de una misma naturaleza. Porque algunos que las deben recibir fuesen mejores que los - otros; como si fuesen obligados primeramente, o hubieran otros derechos mejores contra los bienes; entonces deben ser pagados primera-- mente estas deudas a tales, a pesar de que para los otros no quedase ninguna cosa, de qué, les entregasen. Pero el deudor que desampara - de esa forma lo suyo, dícese antes de que fuesen vendidos todos los bienes, que los quería recuperar, para pagar a sus acreedores o para defenderse luego con derecho contra ellos, entonces no debe venderse ninguna cosa suya, antes decimos que debe ser oído.

Ley III.- que fuerza tiene el desamparamiento que hace el deudor de sus bienes por deuda que tiene.

El desamparamiento que hace el deudor de sus bienes, de que habla mas en la ley anterior, su fuerza es, que el deudor después no puede ser emplazado, ni tiene que responder en juicio a aquellas personas a quien debiese algo. Fuera de eso, si hubiera hecho gran fortuna que alcanzará para pagar las deudas a todos o a parte de ellos y que quede se a él de que poder vivir. Aunque los que desamparan lo suyo, se pueden defender contra aquellos a quien debiese algo, para no responder - en juicio, según antes señalamos; con todo esto no podrán defenderse - sus fiadores, por tal razón, que teniendo, debían hacer el pago, de lo que creyese por pagar de aquellas deudas, porque entraron como fiadores. Aunque los principales no hayan de hacerlo.

Ley IV.- que pena merece acuéél que no quiere pagar sus deudas ni desamparar sus bienes.

Siendo condenado alguno a que pague las deudas que tiene con otro, si no las quisiere pagar, ni desamparar sus bienes según digimos en la anterior ley; el juzgador debe meterlo en prisión, a la demanda de los que deben recibir el pago, y tenerlo en ella, hasta que pague lo que debe o desampare sus bienes, todos o parte de ellos, aunque los quisiera desamparar no debe ser oído. Excepto cuando sí se obligase, dando recado de pagarles en el estado en que se encontraban cuando él fué metido en prisión.

Ley VII.- Si el deudor enajena sus bienes, dañando a aquellos a quien debiese algo. ¿Cómo puede revocarse tal enajenación?

Deuda personal.- Decimos que es aquella cuando la persona solamente es obligada por la deuda y no los bienes. Y el deudor como éste, sucede a veces, que después que es condenado en juicio a pagar las deudas, y ha mandado el juzgador hacer entrega de los bienes al que enajeno, porque no puede decidir en lo suyo, de que entreguen a aquellos que lo deben hacer. Y por eso decimos, que tal enajenamiento, como éste puede revocarse, y aquellos que deben ser entregados, desde el día que lo supieron hasta un año. Porque se da a entender que todo lo suyo lo enajena de esa manera, que lo hace maliciosamente y con engaño. Eso mismo decimos que sería, si tal deudor diese en su vida, o mandase en su testamento cualquier cosa de las suyas a otra persona. Porque si lo que quedase no pudiesen ser pagados y entregados a aquellos a quien debiesen algo se puede revocar tal donación o mandato en la forma que arriba digimos. Y si por ventura esa cosa no se enajenase, dándola o mandándola en su testamento más las vendiese o la cambiase o la diese en cate o prenda; entonces decimos, que sí puede ser aprobado, que aquél que recibiese la cosa en alguna de esas formas, sabía que el deudor hacía este enajenamiento maliciosamente o con engaño que puede ser revocado,

hasta aquél tiempo que antes digimos. Excepto si aquél que hubiera por algunas de las razones antes señaladas recibido la cosa, si fuera huerfano, éste no tendría que devolver la cosa sino le diesen lo que había dado por ella, aunque le probasen que era sabedor del engaño. Más si - el engaño del enajenamiento no fuere probado, así como antes lo hemos dicho o no fuese hecha la demanda en el tiempo que ya señalamos, no lo podrían después demandar que se le quitase por esa razón.

Ley VIII.- Como, la compra que es hecha de los bienes del deudor contra el defendimiento de aquél cuyo deudor es, se puede revocar.

Atrévensen algunos hombres a comprar las cosas de aquellos que son deudores de otros, aunque lo defiendan aquellos que han de recibir el pago de las deudas o sus representantes o mayordomos. Y por eso decimos, que en tal razón como esta o en otras semejantes, si los bienes que quedan del deudor, no alcanzan a pagar la deuda, sí se puede revocar tal enajenamiento, hasta el tiempo que vimos en la ley anterior, o sea, de un año.

Ley X.- Del deudor que huye de la tierra, porque no se atreve a pagar lo que debe.

Huyendo algún hombre de la tierra, porque no puede pagar las deudas que tiene; si alguno de aquellos a quien debía algo, sabiendo que se va así, fuere en pos de él con intención de recabarle o cobrarle y de tomarle lo que lleva; si se hallasen en yermo o en lugar en que no hubiese merino, o juez; entonces bien podría él por si mismo recabar a él, con todo cuanto llevase consigo. Más si lo hallasen en lugar en donde hubiese juez o merino entonces no lo debe recabar por si, más - debe decirlo al juez del lugar de que se lo recabe y él debe hacerlo. Y todo aquello que le encontrare, puede retenerlo para sí, por razón de la deuda que le debía, hasta aquella cantidad de lo que debía pagar.

No tiene que repartirlo con los otros acreedores pero si sobra, entonces debe darlo a los otros cuyo deudor era.

Ley XI.- Como la cosa del deudor, que es enajenada engañosamente debe ser devuelta con los frutos de ella.

La cosa debe ser devuelta, que algún deudor enajena maliciosamente haciendo engaño a aquél cuyo deudor era, en el estado en que estaba antes de que fuera enajenada, con los frutos que había sobre sí, a la sazón que la enajenó y con los otros que salieron de ella, desde el día en que fue demandada en juicio, hasta que sea dada sentencia contra el que fuere poseedor de ella. Sacadas por las dispensas, que fuesen hechas en razón de los frutos o por mejoramiento que fuese hecho en la cosa enajenada. Más los frutos que salieron de ella, desde el día en que fuese enajenada, hasta el día que la comenzaron demandar en juicio deben quedar al que la compró.

#### EN MEXICO: CODIGOS DE 1870 y 1884

Introducción.- Cuando el obligado se niega a cumplir con sus deberes, la ley confiere derechos a los acreedores para que puedan hacer efectivas las prestaciones objeto de la obligación. El código de 1870 en su artículo 1537 establecía: "Si el obligado en contrato dejare de cumplir su obligación, podrá el otro interesado exigir judicialmente el cumplimiento de lo convenido o la rescisión del contrato y en uno u otro caso el pago de daños y perjuicios". Mientras que el código de 1884 decía en su artículo 1928: "El deudor está obligado a pagar con todos sus bienes presentes y futuros, aunque no se estipule así en el contrato; a no ser que haya convenio expreso en contrario". Como se puede apreciar, el código de 1884 es más riguroso al respecto porque no únicamente se responde de daños y perjuicios sino con todos los -

bienes del deudor, ya sean presentes o futuros.

Cuando el objeto de la obligación es dar una suma de dinero, la ejecución forzada es fácil, en virtud de que con un simple embargo - se obtienen bienes para después venderlos y así obtener las sumas de dinero que se debe.

En las obligaciones de hacer.- Los dos códigos tratan el punto en cuestión de la misma forma al decir: "El que se hubiere obligado á prestar un hecho, y dejare de prestarlo, ó no lo prestare conforme a lo convenido será responsable de los daños y perjuicios en los términos siguientes:

I.- Si la obligación fuere a plazo, comenzará la responsabilidad desde el vencimiento de éste;

II.- Si la obligación no dependiere de plazo cierto, solamente correrá la responsabilidad desde el día en que el deudor fuere interpelado". ( Artículo 1539 y 1423 de los códigos de 70 y 84 respectivamente ).

Cuando la obligación consiste en un hacer es imposible ejecutarla forzosamente. Porque todo cumplimiento sería mal hecho. Además de que sería ir en contra de la libertad individual. Todo esto puede ser posible, si es realizado por un tercero y los códigos lo regulan así: "El acreedor de prestaciones de hecho podrá pedir en lugar de daños y perjuicios, la autorización para hacerse prestar por otro el hecho que sea objeto del contrato, á costa del obligado y cuando la substitución sea posible". ( Artículo 1542 y 1426 de los códigos de 70 y 84 respectivamente ).

Cuando son obligaciones de no hacer.- Cuando no se cumple éste tipo de obligaciones, se resuelven pagando daños y perjuicios al acreedor, que era la persona beneficiada con esta conducta de no hacer. Los dos

códigos reglamentan este tipo de obligaciones de la siguiente forma: "El que se hubiere obligado á no hacer una cosa, quedará sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de contravención. Si hubiere obra material, podrá exigir el acreedor que sea destruída á costa del obligado". ( Artículos: 1544 y 1428 de los códigos de 70 y 84 respectivamente ).

La ejecución forzada en este tipo de obligaciones es más fácil, por esa facultad que tiene el acreedor, para exigir que se deshaga lo que no se debió haber hecho. Ejemplo: una persona se compromete a no levantar una barda para no obstruir la vista de la casa del vecino. Incumple su obligación, levantando dicha barda. La forma de ejecutar forzosamente la obligación es mandando destruir lo construído a costa del obligado.( 12 ).

---

( 12 ) BORJA SORIANO, Manuel; Teoría General de las Obligaciones; Tomo II; Cuarta Edición; Editorial Porrúa, S.A. Pag. 79 y ss.

### CAPITULO III

#### LA EJECUCION FORZADA EN LA LEGISLACION COMPARADA

##### A.- Legislación Europea:

- 1.- Alemana
- 2.- Española
- 3.- Francesa

##### B.- Legislación Latino-Americana:

- 1.- Argentina
- 2.- Brasileña
- 3.- Chilena
- 4.- Peruana



**CAPITULO III**  
**LA EJECUCION FORZADA DE LA LEGISLACION COMPARADA**

Introducción.- En este capítulo estudiaremos - por los medios a nuestra disposición - la forma como tratan la ejecución forzada en otros países. Lo haremos en dos etapas: la primera será sobre la legislación europea y la segunda se referirá a la legislación latinoamericana.

En la legislación europea se verán las legislaciones de: Alemania, España y Francia. En la legislación latinoamericana las de: Argentina, Brasil, Chile y Perú.

**LEGISLACION ALEMANA**

En el Derecho Alemán la ejecución forzada es una materia muy importante del Derecho Procesal. El Código de Procedimientos Civiles señala diferentes clases de ejecución forzada, y a su vez, las distingue así:

I.- Por la clase de acción que da lugar

A.- Ejecución por deudas en dinero:

1.- Ejecución en el patrimonio mueble

a.- Ejecución en cosas

b.- Ejecución en créditos y otros derechos patrimoniales.

2.- Ejecución en el patrimonio inmueble

D.- Ejecución para obtener la entrega de cosas y la realización de actos u omisiones ( 1 ).

( 1 ) GOLDSCHMIDT, James; Derecho Procesal Civil (Traducción de la 2a. Edición Alemana y del Cod. de Proc. Civ. Alemán incluido como Apéndice por Leonardo Prieto Castro) Editorial Labor, S.A. Pag.626

**A.- Ejecución por deudas en dinero:**

1.- Ejecución en el patrimonio mueble.- La ejecución forzada en cosas muebles del deudor, por obligaciones que deben pagarse en dinero, se lleva a efecto mediante embargo en las mismas. Están incluidas en el concepto las deudas en moneda extranjera. Por el embargo adquiere el acreedor un derecho de garantía pignoratícia sobre las cosas embargadas. Una vez realizado el embargo y adquirido tal derecho pignoratício, el procedimiento ejecutivo tiene por objeto el hacerlo efectivo.

a.- Ejecución forzada en cosas.- El embargo de una cosa requiere como requisito previo, que la cosa se encuentre bajo custodia del deudor, del acreedor o de algún tercero dispuesto a su entrega. Custodia, para los efectos de la Ley procesal, es la posesión inmediata del código civil, a excepción de la adquirida hereditariamente según el artículo 857 del código de procedimientos civiles. Como ejemplo podemos señalar: las cosas que se encuentran en una habitación se consideran bajo custodia del jefe de la casa, o sea, del marido, aunque la habitación haya sido alquilada por la mujer, en tanto no aparezca claramente que se hallan en posesión de un tercero, como el ajuar de los criados y las cosas alquiladas con una habitación para el servicio de la misma.

b.- Ejecución en créditos y otros derechos patrimoniales.- En esta clase de ejecución procede considerar varios casos:

a.- Ejecución en créditos de dinero.

b.- La ejecución de acciones que tengan por objeto la entrega de cosas determinadas individualmente o por el género ( excepto dinero ) se lleva a cabo siguiendo las reglas de la ejecución por deudas de dinero, o sea, a través del embargo y remate.

2.- Ejecución en el patrimonio inmueble.- La ejecución forzada sobre los inmuebles del deudor procede primeramente por deudas líquidas,

en dinero, personales -- no reales -- del propietario de la cosa inmueble. Al lado de esta ejecución, también se concede como único camino de efectividad de los derechos a los acreedores hipotecarios o pignoratícios con garantía de fincas, naves. ( 2 ).

Se consideran como cosas integrantes del patrimonio inmueble, por lo que a ejecución atañe ( Artículo 864 del código de procedimientos civiles alemán ).

a.- Las fincas, incluyendo sus partes integrantes, tanto las esenciales, que son las cosas unidas de una forma permanente al suelo. Como ejemplo podemos citar: los edificios ( Artículo 94 del código civil alemán), en tanto esa unión no sea pasajera. También se consideran como inmuebles, los derechos unidos a la propiedad del fundo: servidumbres, derechos de tanteo subjetivamente reales y cargas reales ( Artículos 1018, 1094 frac. II y 1105 frac. II del código civil alemán ).

b.- Los derechos sobre el suelo, equiparados en su regulación por el derecho civil a los fundos, y que según el derecho general, comprende el de superficie, el de enfiteusis, los derechos enajenables y transmisibles de extracción mineral, no sometidos a la regulación del derecho minero ( Artículo 63 y 68 del código civil alemán ).

c.- Las naves inscritas en el Registro especial para las miamas, o sea, los barcos mercantes dedicados a la navegación por mar autorizados para llevar el pabellón nacional, de capacidad superior a 50 metros cúbicos bruto ( Artículo 4, 16 y 26 de la Ley de 22 de junio de 1899), y los barcos de navegación interior con propulsión propia con capacidad de carga superior a 15, 000 Kilogramos y los que no sean de aquella clase y puedan transportar 20, 000 Kilogramos. ( Artículo 119 y 128 de la Ley de Navegación interior del 20 de mayo de 1898 ).

---

( 2 ) Opera Cit. Pag. 664

B.- Ejecución forzada para obtener la entrega de cosas y la realización de actos u omisiones.- Cuando el deudor debe entregar al acreedor o a un tercero, en consignación determinadas cosas muebles o cantidad determinada de cosas muebles, o determinada cantidad de cosas fungibles o valores, la Ley ordena que sean aprehendidas por el ejecutor y entregadas al acreedor ( Artículo 883 frac. I y 884 del código de procedimientos civiles alemán ). La aprehensión o el acto preparatorio de la misma se considera como embargo. Si la cosa estuviere en poder de un tercero no dispuesto a su entrega, se transfiere al acreedor, a su instancia; la acción para obtener la entrega compete al deudor, según los principios sobre el embargo y transferencia de créditos en dinero ( Artículo 809 y 886 del código de procedimientos civiles alemán ).

Si el deudor debe entregar o desocupar una cosa inmueble o un barco habitado, el ejecutor priva de la posesión al deudor y la confiere al -- acreedor ( Artículo 885 frac. I del código de procedimientos civiles alemán ). Las cosas muebles que se encuentran con el inmueble o el barco y que no entren en la ejecución, se separan por el ejecutor y son entregadas al deudor o puestas a su disposición, y si estuviere ausente, se le entrega a su apoderado, a sus familiares, o a algún criado suyo. Si en la localidad no se encontrare ninguna de estas personas, el ejecutor depositará las cosas en el local destinado para ello o debe procurar su conservación de manera conveniente, a costa del deudor. Si éste dejare pasar mucho tiempo sin solicitar la entrega de las cosas, el Tribunal puede disponer la venta de las mismas y la consignación del producto ( Artículo 885 frac. II - IV del código de procedimientos civiles alemán ).

1.- En cuanto a la ejecución forzada para la realización de actos distintos de los anteriores, hay que distinguir:

a.- Puede tratarse de actos de realización posible por cualquier ter cero. Como ejemplo de estos actos señalamos: la prestación de caución, -

exhibición o devolución de cosas, aceptación de la cosa comprada. En estos casos la ley dispone que se faculte al acreedor para que alegue el incumplimiento y a petición suya; ante el Tribunal de primera instancia ( Artículo 887 frac. I del código de procedimientos civiles ), para encargar la realización del acto a costa del deudor, a menos que él mismo pueda realizarlo, como ocurre según los artículos 792 y 896; y en el 264 del código de procedimientos civiles y civil respectivamente). La autorización comprende la facultad de inmisión en la posesión del deudor, el cual debe ser condenado al mismo tiempo al pago anticipado de los gastos, sin perjuicio del derecho del acreedor a exigir otros causados después.

b.- Cuando un acto no puede ser ejecutado por un tercero, Como por ejemplo: el suministro de datos; disposición como testigo, presentación de cuentas, confección de un inventario o balance ( Artículo 899 del código de procedimientos civiles alemán ), siendo su realización dependiente del deudor. En estos casos, a instancia del acreedor, se comina al deudor a realizarlo por el Tribunal que conoce en primera instancia, so pena de multa o prisión. ( Artículo 888 frac. I ). No es necesaria la conminación penal. La pena es determinada sin debate previo, pero sí es oído el deudor, por medio de auto, en contra del cual se concede la queja urgente. ( Artículo 793 del cód. de proc. civ. alemán ). El Tribunal tiene la elección entre la multa y la prisión. La primera se puede reiterar sin límite máximo. La segunda puede ser indeterminada, pero su duración máxima es de seis meses ( Artículo 888, 1, 2 y 913 del cód. de proc. alemán ). Las dos medidas se llevan a cabo, incluso la multa destinada al Estado, por impulso del acreedor ejecutante. Sobre la ejecución de la prisión se alcanza al representante legal del deudor. ( Artículo 94 inciso 2o. del código civil alemán ). Las sanciones no se ejecutan

si el deudor ejecutó el acto, ya que no tienen el carácter de penas, por esa razón no pueden existir conmutación de la sanción de prisión por otra.  
( 3 ).

c.- Cuando el deudor se obliga a no hacer o a permitir la realización de un acto, por cada contravención se le condenará por auto del Tribunal de primera instancia -- contra el que se concede la queja urgente artículo 793 del cod. de proc. civ., a instancia del acreedor sin vista previa, para después ser oído -- a una pena pecuniaria de cuantía ilimitada o a prisión por seis meses, y en caso de varias condenas por diversas contravenciones, a una pena conjunta que no puede ser superior a dos años ( Artículo 890 frac. I y 891 del cód. de proc. civ. ). Antes de la condena debe existir una cominación de pena, que no necesita ser determinada y que puede incluirse en la sentencia que pronuncie la obligación de abstención o de permisión ( Artículo 890 frac. II del cód. de proc. civ. ).

La resistencia que el deudor opone contra la realización del acto que esté obligado a soportar, se puede vencer con el auxilio del ejecutor judicial ( Artículo 892 del cód. de proc. civ. ). Y en prevención de futuras contravenciones, el acreedor puede conseguir que se obligue al deudor a prestar caución por los daños que pueda ocasionar ( Artículo 890 frac. III del cód. de proc. civ. ).

La condena a emitir una declaración de voluntad.- Se considera hecha la manifestación de voluntad en cuanto la sentencia queda firme formalmente. Si la sentencia firme es anulada en revisión o por recurso u oposición, después de reposición por inactividad en el plazo para la interposición de aquél o ésta, la declaración de voluntad ha de considerarse como nula desde el principio, sin perjuicio de los terceros con derechos procedentes de quien no es su titular.

Después de haber estudiado la ejecución forzada en la legislación

alemana, nos damos cuenta de la gran influencia recibida por el Derecho Romano, claro está que el Derecho Alemán no es una copia de éste, sino que ha diversificado en tal forma su derecho que a simple vista parece otro. En conclusión el Derecho Alemán es detallista y no cambia substancialmente el Derecho Romano.

#### LEGISLACION ESPAÑOLA

En España la ejecución forzada de las obligaciones ha tenido dos manifestaciones: a.- Medidas coactivas tendientes a vencer la oposición del deudor; b.- La garantía general que ofrece el patrimonio del deudor.

Las medidas coactivas son amenazas al deudor de infligirle un mal, en previsión del cual se obtiene la conducta o cosa debida. El mal puede ir dirigido en contra del patrimonio del deudor, imponiéndole multas al deudor que cuenta con los medios para sufragar esos gastos o imponiendo un arresto por deuda, es decir, prisión por deuda al deudor pobre y moroso. Los jueces solían infligir una multa por cada día de retraso en el cumplimiento de la prestación. Pero por respeto a la dignidad humana, en la mayoría de las legislaciones han desaparecido estas medidas de coacción. ( 4 ).

Actualmente el incumplimiento de la obligación, por causas imputables directamente al deudor se traduce en un cumplimiento forzado en naturaleza, que a veces, se exige de manera específica. Pero cuando es imposible la ejecución forzada en naturaleza, entonces se da lugar a lo que los autores llaman la prestación del interés, que es la prestación que el acreedor recibe como equivalente de aquella utilidad que hubiera recibido, si han cumplido la obligación en los términos pactados. En el Derecho Español recibe el nombre de resarcimiento de daños y perjuicios.

( 4 ) DE DIEGO, F. Clemente; Instituciones de Derecho Civil Español; Tomo II; Editorial Imprenta de Juan Pueyo; Madrid 1930; Pag. 22

El resarcimiento de daños y perjuicios procede por: a.- dolo; b.- culpa o negligencia; c.- morosidad; d.- O por cualquiera otra contravención -- ( Artículo 1101 del Código Civil ). Probar los daños y perjuicios compete al acreedor, porque reiteradamente lo ha declarado la jurisprudencia así: "El incumplimiento por sí sólo no implica ni supone la existencia de perjuicios, al efecto de revelar de la prueba de éste ( Sentencias de: 9 de enero de 1897, 17 de marzo de 1910, 17 de febrero de 1921 y muchas otras ), y de no interpretarse así el precepto del artículo 1101, perdería la indemnización su natural carácter, adquiriendo el de una sanción penal. No obstante, que los daños y perjuicios puedan probarse por la misma naturaleza del contrato"( 5 ).

La indemnización presupone un nexo causal entre el daño y el hecho motivador, porque sólo el hecho o causa que da origen al daño produce la indemnización. En el código español la extensión y efectos del incumplimiento son diversos: a.- Cuando procede de dolo, se debe indemnizar por todos los perjuicios causados por el incumplimiento de la obligación; b.- Cuando existe mora, culpa u oposición de buena fe, se responde únicamente de lo previsto o de lo que pudo preverse en el momento de constituirse la obligación. Siempre y cuando sea causa directa del incumplimiento.

La determinación de la cuantía.- La liquidación de los daños puede hacerse por las partes o por el juez en la sentencia o en su defecto en el momento de la ejecución.

Protección y garantía del crédito.- "El acreedor tiene, según el artículo 1911 un derecho de garantía legal sobre todos los bienes, presentes y futuros del deudor"( 6 ). Aún cuando el acreedor tenga ese derecho, el deudor puede burlar esos derechos por una simple omisión o por acción.

---

( 5 ) CASTAN TOBEÑAS, José; Derecho Civil Español Común y Foral; Tomo III; Derecho de Obligaciones, la obligación y el contrato en general; Madrid, 1954 Pag. 31

( 6 ) Opera Cit. Pag. 33



El primer modo sería no cobrando sus créditos. De la segunda forma sería transmitiendo sus bienes. Para evitar lo anterior la Ley otorga dos acciones al acreedor: la acción subrogatoria y la acción revocatoria así llamada por los españoles, pero en realidad son las acciones: Oblicua y panliana.

A.- Acción subrogatoria u oblicua.- Corresponde al acreedor en ciertas condiciones, para ejercer los derechos y acciones que competen a su deudor. Encuentran su fundamento en la necesidad de proteger el crédito existente a su favor, y en el posible perjuicio que le cause la inacción del deudor.

Esta subrogación no es igual a la subrogación convencional o legal, porque no implica un cambio de acreedor, sino que únicamente es una substitución en la acción para exigir el pago; reconociéndole así el código cuando dice que los acreedores pueden ejercitar las acciones y derechos de su deudor.

Las condiciones para el ejercicio de estas acciones se encuentran en el artículo 1, III del código civil.

Primera.- Haber hecho una persecución previa en todos los bienes del deudor. Declarando que sólo con la subrogación puede hacer efectivo su crédito. No siendo necesario que el acreedor se dirija primero contra el obligado, sino que sólo debe probar en el mismo juicio, la inexistencia de bienes del deudor, seguido contra los deudores del deudor.

Segunda.- Que los derechos que se quisieren subrogar no sean inherentes a la persona.

En cuanto a los efectos de la acción subrogatoria u oblicua dice la jurisprudencia española, que el acreedor puede ejercitar las acciones de su deudor, no sólo por la cuantía que le adeude sino que en su totalidad, sin tener la obligación de devolver lo que sobre.

B.- La acción directa.- Es la acción que tiene el acreedor, en ciertos casos, para reclamar en su nombre al deudor de su deudor lo que importa la cuantía de su crédito.

Esta acción tiene las ventajas, no sólo de simplificar la materia, sino que permite al acreedor que ejerce dicha acción apropiarse del valor obtenido por ella, en su totalidad. Aún cuando rebase el importe de su crédito y a no devolver al deudor el sobrante, ni a entregar lo demás a los otros acreedores.

C.- Acción revocatoria o pauliana.- Es la acción que compete al acreedor para solicitar la revocación de actos dolosos y dañosos realizados por el deudor con la intención de defraudar ( Artículo 1,111 del código civil).

La acción pauliana se ejerce cuando el deudor ha enajenado verdaderamente sus bienes; pero de una manera fraudulenta. Mientras que en la acción de simulación el deudor no enajena verdaderamente, sino que, con ese acto encubre sus verdaderas intenciones.

Los requisitos para ejercitar la acción pauliana son:

- 1.- que cause perjuicios al acreedor o acreedores (Eventus damnis ).
- 2.- que el acto realizado sea con la intención de perjudicar a sus acreedores. ( Consilium fraudis ).

Para eludir la dificultad de la prueba la Ley señala una serie de presunciones de fraude:

- a.- Siempre que una enajenación es gratuita.
- b.- Las enajenaciones onerosas cuando haya sentencia o mandato de embargo, salvo prueba en contrario.

El efecto primordial de la acción pauliana es el de revocar el acto fraudulento. Siempre y cuando no se lesionen intereses de un tercero de buena fe.

## LEGISLACION FRANCESA

En el Derecho Francés, la ejecución forzada a través de la cual puede el acreedor obtener el cumplimiento de la obligación se ejerce por la autoridad pública, siendo puramente civil.

En Francia la Ley da al acreedor algunos procedimientos directos y otros indirectos para hacer cumplir la obligación de una manera forzada.

Coacción directa para la ejecución en naturaleza:

Para saber lo casos en donde debe existir esta coacción, se necesita hacer una distinción del objeto de la obligación.

Cuando el objeto es entregar una suma de dinero.- Aquí la ejecución forzada en naturaleza es fácil de cumplir; porque puede realizar un embargo en sus diferentes tipos ( sobre los muebles, inmuebles y sobre los créditos o también sobre las cosechas ). Posteriormente se rematan los bienes obteniendo así la suma de dinero adeudada.

Cuando son obligaciones de dar.- En el Derecho Francés esto significa transmitir la propiedad o un derecho real. La transmisión opera por el simple consentimiento, o sea, en el momento que nace se cumple con ella. Por ello no hay problema para ejecutar forzosamente esa obligación.

La coacción directa tendiente al cumplimiento de entregar, es en principio posible. Cuando el acreedor de la cosa llega a ser dueño de ella, y no se la quieren entregar, puede exigir, que lo pongan en posesión por la fuerza.

Cuando son obligaciones de hacer.- El artículo 1144 del código civil relativo a este tipo de obligaciones, dice que el acreedor puede obtener que se ejecute, a costa del deudor, lo que éste había prometido hacer( 7 ). ejemplo: levantar una barda.

Cuando son obligaciones de no hacer.- En el artículo 1143 del código civil se regulan dichas obligaciones de la siguiente forma. El acreedor

( 7 ) MARTY, G; Derecho Civil; Teoría de las Obligaciones; Vol. II; Traducción de José M. Cajica Jr; Editorial José M. Cajica jr. Puebla, Pue., México 1952 pag. 45

puede mandar destruir todo lo que el deudor haya hecho en contravención de su obligación( 8 ). Levantar la barda que no debió hacer.

Excepciones a la ejecución directa en naturaleza:

a.- Imposibilidad física.- Cuando una bailarina se compromete a trabajar únicamente en un centro nocturno, pero se presenta en otro. Como no es posible prever el caso. La única condena para la bailarina es el pago de daños y perjuicios.

b.- Imposibilidad moral.- Aún cuando pueda forzarse a una persona para que no haga o realice lo pactado. No debe hacerse por ser un intento de limitar la libertad individual del hombre. Esto se aclara con la lectura del artículo 1142; "Toda obligación de hacer se resuelve en daños y - perjuicios en caso de incumplimiento por parte de los deudores"( 9 ).

Medios indirectos para lograr el cumplimiento en naturaleza.- Existen medios indirectos para obligar al deudor a cumplir con su deber. Ellos son: la prisión por deuda y la "astreinte".

La prisión por deuda.- Es un derecho del acreedor para encarcelar al deudor que no ha cumplido voluntariamente la obligación y así presionarlo para que cumpla. Antes esta forma de constreñir al cumplimiento era muy frecuente.

La Ley de 22 de julio de 1867 suprimió esta forma de prisión para - las deudas civiles y mercantiles.

Actualmente sólo se aplica en tres formas o casos: a.- Por infracción penal; b.- Para el pago de multas a favor del Estado y c.- Por indemnización de daños y perjuicios causados a la víctima.

Ya no se aplica esta forma de constreñir al deudor para pagar, por razones humanitarias. Además por lo oneroso que resulta para el acreedor.

---

( 8 ) Opera Cit. Pag. 45

( 9 ) Opera Cit. Pag. 46

Porque debe anticipar los gastos de alimentación del deudor en la prisión. Esto constituye un verdadero dique para su ejercicio y también la posibilidad de no poder cobrar lo invertido.

El deudor puede escapar de no ir a la prisión por deuda abandonando judicialmente sus bienes a todos sus acreedores (cesión de bienes judicial). Por esto, los acreedores no adquieren la propiedad de los bienes de su deudor, sino únicamente puede venderlos para cobrarse. Si realizada la venta y pagados todos los acreedores sobra algo, debe regresarse al deudor. Pero si hecha la venta no alcanza para pagarse a los acreedores, éstos siguen siendo acreedores. ( Como se puede ver este abandono de que habla la legislación francesa es igual al desamparamiento que encontramos en el Fuero Juzgo ).

También puede existir un convenio entre el deudor y el acreedor, para extinguir la obligación, es decir, darían lugar a la dación en pago.

La "astreinte".— Consiste en una condena pecuniaria pronunciada por el juez, que tiene por objeto vencer la resistencia de un deudor recalcitrante, y llevarlo a cumplir una resolución judicial. ( 10 ).

Cuando resuelve el juez, éste une a su resolución una condena pecuniaria por día o por mes de retraso, esta acción es utilizada con frecuencia por los Tribunales.

Características de la "astreinte".— Son cinco, a saber: a.— Es un procedimiento coactivo; b.— Se ejerce sobre los bienes del deudor; c.— Se aplica a una persona que se niega a cumplir una resolución judicial; d.— Es una amenaza; e.— Es un procedimiento subsidiario.

La "astreinte" es un procedimiento para vencer la resistencia del deudor y se gradúa por las facultades del deudor, por su posible resistencia y no por el perjuicio experimentado por el acreedor.

( 10 ) MAZEAUD, HENRY y Otros; Lecciones de Derecho Civil; Segunda Parte; Vol. III; Ediciones Jurídicas Europa-América; Buenos Aires 1960  
Pag. 220

La "astreinte" es una condena pecuniaria fijada por el juez, en nuestro derecho sería la pena convencional fijada por las partes en un contrato, pero con la diferencia de que aquí se fija por el juez a petición del acreedor. Su finalidad es precisa, y es asegurar el cumplimiento de la obligación, o sea, es una multa por el retraso en el cumplimiento de su obligación.

La "astreinte" es una amenaza, puesto que existe la posibilidad en contra del deudor de que se le aumente la pena, si se da cuenta el juez de que la "astreinte" no cumple con su finalidad.

El ambito de la "astreinte".- Es un procedimiento excepcional que debe ser aplicado sólo si no existe otro medio de conseguir el cumplimiento. Es un procedimiento subsidiario, el juez lo pronuncia "a falta ..... de cualquier otro modo eficaz de obtener el pago" ( 11 ). Aún cuando la jurisprudencia no acepta definitivamente la regla, ordena "astreintes" en una hipótesis en donde pudo haber cumplimiento por un tercero.

El ambito de la "astreinte" existe cuando es indiferente la persona del deudor. Cuando existe la posibilidad de obtener el cumplimiento por un tercero a expensas del deudor, no debe de pronunciarse ningún "astreinte".

Las autoridades judiciales que pueden dictar "astreintes".- La corte de casación, en principio, reconoce el poder de asegurar sus resoluciones a todas las autoridades judiciales: Tribunales civiles, de comercio, jueces de paz, arbitros y Tribunales para los Tribunales civiles. Los Tribunales administrativos no tienen el derecho de dictar "astreintes" ni en contra de los particulares que hayan tratado con la propia administración.

La validez de la "astreinte" debe ser reconocida.- Los juristas se encuentran divididos respecto este punto. Unos afirman, que los Tribunales tienen el poder para resolver los litigios que se les someten para -

para su decisión; pero desconocen la separación de poderes y por lo tanto, dicen que no deben inmiscuirse en la ejecución de sus resoluciones. Otros dicen; si la "astreinte" definitiva o líquida, es superior al pago de daños y perjuicios necesarios para la reparación del daño, o si se impone además esa multa aparece la pena privada, que en el Derecho Francés esta prohibida por la regla general de: nulla poena sine lege.

Los autores que están a favor de la validez de la "astreinte" responden de la siguiente forma: la regla general de: nulla poena sine lege, pertenece al campo penal y nada tiene que hacer en el campo civil.

Como manifestación del poder del magistrado, indispensable para la ejecución de la prestación debe ser admitida la "astreinte". En los derechos más avanzados como: el alemán, el egipcio, el sirio admiten que los Tribunales puedan ordenar las "astreintes". Pero Italia y Polonia rechazan este medio de coacción.

La ejecución por equivalente.- No siempre es posible obligar al deudor a cumplir en naturaleza. Cuando el acreedor sabe que no es fácil obtener la ejecución en naturaleza tiene el derecho de demandar al deudor el pago de daños y perjuicios, es decir, la ejecución por equivalente.

Existen dos categorías de daños y perjuicios, cuando hay un cumplimiento total o parcial se dice que es ejecución compensatoria. Pero si existe un cumplimiento tardío por parte del deudor, se denomina ejecución moratoria.

"La cuestión de cumplimiento se plantea con más frecuencia en las obligaciones contractuales. Cuando hay incumplimiento de una obligación contractual, constitutiva de una culpa contractual y que produce la responsabilidad del deudor, si no es posible obtener el cumplimiento en naturaleza, el acreedor demandará el pago de daños y perjuicios. De esta manera una nueva obligación substituirá a la antigua"( 12 ).

## LEGISLACION LATINOAMERICANA

### ARGENTINA

El Derecho Civil Argentino tiene gran influencia del Derecho Francés, y de una manera muy especial en el tema de la ejecución forzada, motivo - por el cual todas sus instituciones son casi semejantes; pero esas pequeñas diferencias que existen entre ellos, no justifica una repetición innecesaria.

### LEGISLACION BRASILEÑA

La ejecución forzada en la legislación brasileña, según los medios a nuestra disposición, sólo se resuelve a través de una ejecución por - equivalente, o sea, con el pago de daños y perjuicios. Como sucede en casi todas las legislaciones latinoamericanas la influencia que reciben de Francia y directamente del derecho patrio es determinante. Esta legislación -- dentro de las estudiadas -- tiene gran parecido con la legislación española; pero la influencia directa que recibe es del Derecho Portugués.

### LEGISLACION CHILENA

El código de procedimientos civiles chileno tiene un título específico para las obligaciones de hacer y no hacer, denominado procedimiento ejecutivo de las obligaciones de hacer.

Allí se fijan los presupuestos para la acción ejecutiva de las obligaciones de hacer, pero también se pueden aplicar estas reglas a la acción ejecutiva de obligaciones de dar en todo lo que no esté modificado por las normas específicas ( Artículo 530 y 531 del código de procedimientos civiles ).

El artículo 532 del código de procedimientos civiles señala con acierto la coercibilidad eficaz en el caso de incumplimiento de las obligacio-



nes de hacer, solución que no existe en otras legislaciones. El artículo 532 del código de procedimientos civiles dice: " Si el hecho debido consiste en la suscripción de un instrumento o en la constitución de una obligación por parte del deudor, podrá proceder en su nombre el juez que conozca del litigio, si requerido aquél, no lo hace dentro del plazo que señale el Tribunal".

En este caso el juez resguarda los intereses del acreedor, y sobre todo confirma la fórmula de "Pacta sunt Servanda", asume legalmente la representación del deudor moroso y presta por él, válidamente, su consentimiento.

No es una manera de forzar a cumplir, cosa muy usual en el fuero judicial, sino que también, fuerza a consentir.

El consentimiento otorgado por el juez, da origen a la formación técnica del contrato, sin que exista el menor punto para una controversia.

Este caso no es el único en donde el juez toma el papel de representante legal para hacer posible un acto que, técnicamente, ha de necesitar el consentimiento de una persona reacia a darlo.

Un precepto general de gran aplicación lo encontramos en el artículo 671, inciso 3o. del código civil de la siguiente manera: "En las ventas forzadas que se hacen por decreto judicial a petición de un acreedor, en pública subasta, la persona cuyo dominio se transfiere es el tradente, y el juez su representante legal".

La acción de cumplimiento puede ser ejecutiva, tiene carácter mueble y es indivisible.

Siguiendo las conclusiones de la jurisprudencia chilena, se puede afirmar que el cumplimiento de las obligaciones de hacer puede exigirse por vía ejecutiva, siempre y cuando conste en un título ejecutivo( 13 ).

( 13 ) CORTE SUPREMA Cit. por FUEYO LANERI, Fernando; Derecho Civil; Tomo V, Los contratos en particular y demás Fuentes de las Obligaciones; Vol. II.1; 2a. Edición; Pag. 232

La acción para exigir su cumplimiento se considera como bien mueble, aún en el caso de venta de un inmueble, en virtud de que con ella sólo se reclama el cumplimiento de una obligación de hacer. El juez competente para otorgarlo en substitución del deudor moroso es el del domicilio de éste. Dicha acción recae sobre un hecho prometido, es indivisible, por lo que, en el caso de ser varios los deudores, cada uno de ellos debe cumplir la obligación el todo.

Prescripción.- En lo relativo a la prescripción de acción se encuentra regulada por el artículo 2515 del código de procedimientos civiles,— señala cinco años si es ejecutiva y diez años si es ordinaria.

La ejecución forzada es sólo una alternativa.— Por una interpretación pedestre, se pensó que el último inciso del artículo 1554 del código civil sólo otorgaba las acciones de cumplimiento forzado que señala el artículo 1553 del código civil; pero no la resolución común, por no estar considerada en el artículo 1553.

El último inciso del artículo 1554, nos remite al artículo anterior, con la finalidad de recalcar el tipo de obligación que engendra la promesa del contrato, que es obligación de hacer, y como tal, ha de ejecutarse — forzosamente por alguna de las alternativas señaladas en el artículo 1553.

El inciso final no modifica ni puede modificar la disposición común y general referente al incumplimiento de un contrato bilateral por lo que rige respecto de la promesa de contrato tanto la posibilidad de ejercitar la acción de cumplimiento forzado señalada por el artículo 1489 del código civil y detallada por el artículo 1553 como la de actuar por resolución, en los casos con indemnización de perjuicios.

La ejecución forzada señalada en el último inciso del artículo 1554 es sólo una alternativa. La otra es la resolución que no ha sido marginada o deshechada en alguna parte. La jurisprudencia ha seguido esta interpretación del texto legal.

La ejecución forzada conduce a una sentencia constitutiva.- Como dice CHIOVENDA, " todas las sentencias estimatorias tienen naturaleza declarativa, en cuanto no crean, sino que se limitan a declarar la existencia de una voluntad concreta de la ley que garantiza un bien al actor. es decir, actualizan el derecho preexistente". ( 14 ).

Además, hay sentencias como las de condena, que producen consecuencias jurídicas nuevas, como la obligación de pagar las costas judiciales. Las constitutivas son resoluciones positivas estimatorias, en las cuales la eficacia constitutiva depende del derecho que en ellas se declare. Este derecho es el poder jurídico del actor de crear consecuencias de derecho a través de la sentencia del juez.

El titular de la acción nacida de un contrato preparatorio podrá obtener una sentencia constitutiva.

Juez competente.- Cuando se trata de obligaciones de hacer.- Como lo previene acertadamente la jurisprudencia chilena, si no se designó el lugar para el cumplimiento del contrato, es juez competente para conocer de la demanda de suscripción de la escritura definitiva de un bien inmueble, el del lugar en donde tenga su domicilio el demandado.

Como se observa, esta conclusión, es una clara reafirmación del carácter de las obligaciones de hacer que nacen de la promesa de contrato, o sea. son obligaciones de hacer, en otros casos de dar, aunque en el contrato prometido exista una cosa. ( 15 ).

#### LEGISLACION PERUANA

En la legislación peruana no encontramos reglamentada la ejecución forzada de la prestación en una forma exp. esa. Pero igual que en nuestro código, existen acciones para la protección patrimonial del deudor, por

( 14 ) CHIOVENDA Cit. por FUEYO LANERI, F.; Opera cit. Pag. 230

( 15 ) Opera Cit. Tomo II.2 Pag. 188

parte del acreedor. Entre las acciones que existen en el código peruano analizaremos la acción de simulación y la acción de fraude de los actos jurídicos.

La acción de simulación de los actos jurídicos:

El artículo 1094 del código civil dice: " La simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica, ni tiene un fin ilícito".( 16 ).

" La característica de la simulación dice Planck - consiste no propiamente en que se tenga en mira causar engaño, una de las partes a otra, sino que, más bien, ambas partes están de acuerdo en que la declaración de voluntad no debe valer, y se produce para conseguir otra finalidad, la cual comúnmente consiste en engañar a un tercero".( 17 ).

También debemos distinguir la simulación del error y la reserva mental y a su vez de ciertas declaraciones informales.

En el error no hay acuerdo entre las partes, para establecer una situación jurídica que no corresponde a la realidad de las cosas. En el error el que declara dice lo que no diría de haber sabido la verdad.

Pero el que conviene un negocio simulado declara algo que sabe no es verdadero. En el negocio o acto simulado hay intención de engañar, mientras que en el error no existe esa intención.

La reserva mental sola no produce la simulación, por que en aquélla, el declarante no se apega a lo que quiere y a lo manifestado. Pero como los motivos íntimos no interesan en materia jurídica, tal reserva mental no daña la validez del acto.

En la reserva mental no existe un acuerdo de voluntades, para no querer lo que se declara, como es en la simulación, y así se explica la diferencia entre una figura y otra.

---

( 16 ) CODIGO CIVIL PERUANO; Pag. 136

( 17 ) PLANCK Cit. por BARANDIARAN, José León; Comentarios al Código Civil Peruano ( Derechos de Obligaciones ) Tomo I-Acto Jurídico; 2a. Edición; Ediar, S.A. Editores, Buenos Aires 1954, Pag. 158

Las declaraciones informales no se confunden con la simulación. En la simulación el objeto primordial es hacer aparecer verdadero un negocio que no tiene vida jurídica. En las declaraciones informales es todo lo contrario, es notorio que no existe el propósito de obligarse, sino sólo el propósito de aparentarlo.

La simulación puede ser absoluta o relativa.- Es absoluta cuando el acto celebrado no contiene tras de sí ninguna declaración realmente querida. Es relativa cuando atrás de un acto se esconde una declaración distinta de la realmente querida.

Artículo 1095 del código civil.- Los que hubiesen simulado un acto con el fin de violar la ley, o de perjudicar a un tercero, no podrán ejercer el uno contra el otro las acciones que surgirían del acto practicado si fuere real y permitido.

Interpretando el artículo en su auténtico significado, puede decirse que una de las partes no puede exigir el cumplimiento del acto real, si es ilícito o daña a terceros; puede demandar su nulidad y en su caso la repotención de lo obtenido.

Este artículo sólo se refiere a la acción que compete entre las partes. También el tercero perjudicado con la simulación puede solicitarla. Así en el caso de la simulación absoluta, como también en el de la relativa, si el acto oculto es ilícito o perjudicial. En estos casos los demandados serán los contratantes que realizaron el acto simulado. ( 18 ). El tercero se encuentra legitimado para actuar.

Artículo 1096 del código civil dice: "La acción de simulación es imprescriptible entre las partes, pero se aplicará a los herederos de ellas del artículo 874.

El código peruano no considera imprescriptible la acción de nulidad absoluta, pues en su artículo 1169 señala que se extingue a los treinta

años.

( 18 ) BARANDIARAN, José León; Opera Cit. Pag. 177

La regla contenida en el artículo 1169 proviene del código portugués, existiendo también el código civil mexicano siendo únicamente - estos dos países los que establecen la imprescriptibilidad de la acción de simulación. Ahora bien, no existe ningún fundamento lógico en que se apoye dicha regla.

Artículo 1097 del código civil peruano dice: "Si la persona favorecida por la simulación, ha transferido a otro sus derechos, la acción - contra el tercero será admisible si la simulación tuvo lugar a título gratuito. Si la transmisión se operó a título oneroso, la revocación - sólo será posible, si el subadquirente obró con mala fe".

El código en su artículo 1125, inciso 2º, califica al acto simulado como afectado de nulidad relativa. Pero la acción de nulidad relativa es siempre prescriptible.

Los efectos de la acción de simulación frente a terceros lo estudia ampliamente Ferrera y concluye así su análisis: "El principio que de acuerdo con las observaciones precedentes queremos establecer para el - derecho moderno, puede formularse así: la simulación produce efectos en perjuicio de terceros de buena fe y a título oneroso".( 19 ).

La buena o mala fe del tercero se establece en relación a la época de adquisición por él y la mala fe consistirá en el conocimiento del - vicio del título del vendedor, en virtud de la simulación. Para este - artículo, el tercero es el sucesor a título particular del bien o derecho de que se trate.

También cuando la acción de nulidad no ha prescrito, ella surte todos sus efectos contra el tercero, si el subadquirente obtuvo la propiedad a título gratuito, sin importar su buena o mala fe, o sea, la anulación contra el tercero adquirente no tiene lugar si aquella se realizó de buena fe y a título oneroso.

La acción de fraude de los actos jurídicos:

Artículo 1098.- "Los actos de disposición a título gratuito practicados por el deudor insolvente o reducido a la insolvencia por causa de dichos actos pueden ser revocados a instancia de los acreedores".

Artículo 1099.- "Serán igualmente anulables los actos onerosos practicados por el deudor insolvente, cuando su insolvencia fuere notoria o hubiese fundado motivo para ser conocida del otro contratante".

La ley da al acreedor acciones para vigilar el patrimonio de su deudor y así obtener el cumplimiento de la prestación, objeto de la obligación. El patrimonio del deudor sirve de garantía a las deudas contraídas por su titular. Tal garantía sería ilusoria, si el deudor pudiese incurrir en omisiones o hechos positivos que dañaran al acreedor. Por esta razón el derecho ha creado dos figuras que existen desde el Derecho Romano con las siguientes denominaciones: acción oblicua y acción pauliana.

Al analizar estas acciones nos encontramos con que son exactamente como se encuentran reguladas en el Derecho Civil Mexicano, y por tal motivo no las estudiaremos aquí, por ser objeto de estudio en próximos capítulos; pero ya dentro de la legislación Mexicana.

#### CAPITULO IV

### LA EJECUCION FORZADA. EL EMBARGO, EL REMATE Y LA ACCION OBLICUA

#### A.- El embargo y remate:

##### 1.- Ejecución de prestaciones de dar:

a.- Dinero

b.- Cosa cierta

##### 2.- Ejecución de prestaciones de hacer

##### 3.- Ejecución de prestaciones de no hacer

#### B.- Acción oblicua.



#### CAPITULO IV

##### LA EJECUCION FORZADA, EL EMBARGO, EL REMATE Y LA ACCION OBLICUA.

Introducción.- La eficacia de las obligaciones cuenta con una - protección general, que emana de la facultad otorgada a los particu- lares para provocar la actividad del órgano jurisdiccional competen- te, con el fin de mantener la legalidad y poder llegar a la ejecu- ción forzada de la prestación no satisfecha voluntariamente por el obligado, de acuerdo con lo convenido.

No sólo existe esta protección general, sino también otra de - carácter especial, con el único fin de asegurar el cumplimiento de las obligaciones catalogadas como personales y reales.

Se habla de garantía real cuando una cosa específicamente deter- minada asegura el debido cumplimiento de la obligación y en caso de incumplimiento, con el producto de su venta se realiza el pago del crédito o de los daños y perjuicios. Existe la garantía personal cuando una persona se obliga a pagar por el deudor, en caso de que éste no lo hiciere, o cuando la garantía es el establecimiento de una pena convencional en caso de incumplimiento.

Las garantías reales son: La prenda, la hipoteca, el depósito, el embargo -- único caso que estudiaremos -- el derecho de retención; y las garantías personales son: La cláusula penal y la fianza, que en títulos y operaciones de crédito recibe el nombre de aval.

La efectividad de las obligaciones se encuentra también garan- tizada a través de la reglamentación de la facultad que tienen - los acreedores para ejercer las acciones: oblicua, pauliana y de simulación.

El embargo.- Demetrio Sodi lo define como " La ocupación de bienes hecha por mandato judicial. Esta ocupación — añade — puede ordenarse, con el carácter de simple medida precautoria, en cuyo caso sólo produce el efecto de asegurar el resultado del juicio, y toma entonces el nombre de embargo preventivo, que constituye una diligencia común a toda clase de juicio, o puede decretarse como tramite en determinados juicios. Como el objeto de hacer efectiva la responsabilidad del deudor, y en este caso, se llama embargo apremiativo".( 1 ).

El código de procedimientos civiles italiano señala en su artículo 492 que el embargo " Consiste en una intimación que el oficial judicial hace al deudor para que se abstenga de cualquier acto que pueda causar la disminución de la garantía del crédito, que ha de especificarse con exactitud sobre los bienes que se someten a la ejecución y sus frutos".( 2 ). Esta definición legal es lo más completa que podemos presentar.

El remate.- La palabra remate significa para ESCRICHE, " La adjudicación que se hace de los bienes que se venden en almoneda o subasta al comprador de mejor puja y condición".( 3 ).

Para este autor el remate y la adjudicación son sinónimos y son la consecuencia directa de la almoneda o subasta.

En nuestro derecho positivo, podemos afirmar que el remate es sinónimo de subasta y almoneda. Pero en cambio, el financiamiento

( 1 ) SODI, Demetrio; La Nueva Ley Procesal; Tomo II; Segunda Edición; Editorial Porrúa, S.A. México 1946, Pág.9

( 2 ) De PINA, Rafael; Elementos de Derecho Civil Mexicano ( Obligaciones Civiles - Contratos en General ) Vol. 3; Segunda Edición; Editorial Porrúa, S.A. México, 1966 Pág. 195

( 3 ) ESCRICHE Cit. por BERRERA BAUTISTA, José; El Proceso Civil en México; Segunda Edición; Editorial Porrúa, S.A. México 1965 Pág. 314

y la adjudicación son actos posteriores al remate en virtud del cual se atribuye la propiedad de los bienes al mejor postor.

Lo anterior se puede demostrar a través de los siguientes ejemplos que existen en el código de la materia.

Toda venta que conforme a la ley deba hacerse en subasta o almoneda se sujetará a las disposiciones contenidas en el presente capítulo, es decir, se refiere a los remates. ( Artículo 564 del código de procedimientos civiles ).

Todo remate de bienes raíces será público. ( Artículo 565 del código antes señalado ).

Hecho el avalúo se sacarán los bienes a pública subasta ( Artículo 570 del mismo código ).

Para tomar parte en la subasta deberán los licitadores consignar previamente, cuando menos, el 10% efectivo del de los bienes ( Artículo 574 que venimos estudiando ). Antes de fincarse el remate o declararse la adjudicación podrá el deudor librar sus bienes pagando principal y costas. Al declarar fincado el remate mandará el juez que dentro de los tres días siguientes, se otorgue a favor del comprador la escritura de adjudicación correspondiente. ( Artículo 581 del código antes mencionado ), etc.

Los remates presuponen la existencia de sentencia condenatoria, que ordene el truce y remate de los bienes secuestrados y la existencia de un embargo anterior o posterior a la sentencia. El procedimiento es de acuerdo a la naturaleza de los bienes embargados, porque luego es necesario un avalúo para determinar su valor; el señalamiento de día y hora para que tenga verificativo el remate, subasta o almoneda; la realización del remate en forma pública, -

permitiendo a los postores que, en presencia del ejecutante, del ejecutado y de los demás postores mejoren sus posturas y la declaración judicial del financiamiento del remate en favor del mejor postor otorgándole los títulos de propiedad. ( 4 ).

Naturaleza jurídica.- Existen diferentes posiciones doctrinarias acerca de la naturaleza jurídica del embargo.

Algunos civilistas sostienen que el embargo es un derecho real y otros dicen: es un derecho personal. Las dos posiciones son completamente equivocadas. El embargo es una institución procesal y, por lo tanto no es un derecho real ni personal. Esta distinción de derecho real y de derecho personal es válida únicamente para el derecho civil y no para el derecho procesal.

El embargo no transfiere en favor de la persona que lo practica, la propiedad de la cosa embargada. Pero sí es una garantía para asegurar la ejecución forzada de la prestación, impidiendo que el deudor vea disminuido o que quede en estado de insolvencia y, en consecuencia, no pueda dar cumplimiento a la justa satisfacción a que tiene derecho como tal.

Bienes y derechos que no se pueden embargar.- El embargo de bienes y derechos tiene sus límites. Estos deben ser necesariamente fijados por el legislador, el cual para fijar dichos límites, tienen en cuenta consideraciones de otro tipo como sociales, económicas y políticas, etc.

El artículo 544 del código de procedimientos civiles para el Distrito y Territorios Federales, nos señala lo que no se puede embargar en la siguiente forma:

---

( 4 ) BECERRA BAUTISTA, José; Opera Cit. Pag. 315

I.- Los bienes que constituyen el patrimonio de familia desde su inscripción en el Registro Público de la Propiedad, en los términos establecidos por el código civil ( artículo 727 ).

II.- El lecho cotidiano, los vestidos y los muebles del uso ordinario del deudor, de su mujer o de sus hijos, no siendo de lujo, a juicio del juez;

III.- Los instrumentos, aparatos y útiles necesarios para el arte u oficio a que el deudor esté dedicado;

IV.- La maquinaria, instrumentos y animales propios para el cultivo agrícola, en cuanto fueren necesarios para el servicio de la finca a que estén destinados, a juicio del juez, a cuyo efecto oírás el informe de un perito nombrado por él;

V.- Los libros, aparatos, instrumentos y útiles de las personas que ejerzan o se dediquen al estudio de profesiones liberales;

VI.- Las armas y caballos que los militares en servicio activo usen, indispensables para éste conforme a las leyes relativas;

VII.- Los efectos, maquinaria e instrumentos propios para el fomento y giro de las negociaciones mercantiles o industriales, - en cuanto fueren necesarios para su servicio y movimiento, a juicio del juez, a cuyo efecto oírás el dictamen de un perito nombrado por él, pero podrán ser intervenidos juntamente con la negociación a que estén destinados;

VIII.- las mieses antes de ser cosechadas, pero no los derechos sobre las siembras;

IX.- El derecho de usufructo, pero no los frutos de éste;

X.- Los derechos de uso y habitación;

XI.- Las servidumbres, a no ser que se embarque el fundo a cuyo favor están constituidas, excepto las de aguas, que es embar

gale independientemente;

XII.- La renta vitalicia, en los términos establecidos en los artículos 2785 y 2787 del código civil;

XIII.- Los sueldos y el salario de los trabajadores en los términos que lo establece la Ley Federal del Trabajo, siempre que no se trate de deudas alimenticias o responsabilidad proveniente de delito;

XIV.- Las asignaciones de los pensionistas del Erario;

XV.- Los ejidos de los pueblos y la parcela individual que en su fraccionamiento haya correspondido a cada ejidatario.

El acreedor de una obligación incumplida por un hecho ilícito debe exigir al deudor, que voluntariamente lo indemnice, pero si no lo hiciere, entonces puede acudir ante la autoridad competente para obligarlo a cumplir la prestación que debe. Lo anterior se hace conforme a los preceptos señalados por el código de procedimientos civiles.

Una vez formulada la demanda ante la autoridad judicial, se promueve el procedimiento correspondiente en donde se pruebe: el hecho ilícito y la imputabilidad del demandado. Probados los anteriores presupuestos el juez dictará sentencia condenatoria para el deudor, conminándolo a cumplir con su obligación y si no lo hace, debe indemnizar. A este respecto debe distinguirse cuando resuelve la sentencia sobre obligaciones de dar, de hacer o no hacer. ( 5 ).

---

( 5 ) GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto; Derecho de las Obligaciones; Segunda Edición; Editorial Cajica, Puebla, Pue., México, 1967 Pag. 510

La ejecución forzada de las obligaciones de dar.- Al tratar este tipo de obligaciones debemos distinguir entre: a.- Obligaciones de dar una suma de dinero y b.- Obligaciones de dar una cosa cierta.

a.- Obligaciones de dar una suma de dinero.- Dictada la sentencia en la cual se condena al deudor al cumplimiento de la prestación pactada en la obligación, o sea, a cubrir la cantidad que debe, más los perjuicios correspondientes causados por ese incumplimiento.

Si el deudor no cumple con la sentencia en la que se le ordena dar la suma de dinero, en este caso, la autoridad ordena el embargo de bienes de su propiedad cuyo valor baste a cubrir la prestación debida, con el objeto de que tales bienes se rematen judicialmente, y su importe sirva para hacer el pago al acreedor.

Esta segunda parte, o sea, cuando la autoridad ordena el embargo, nos encontramos con la siguiente situación: El actor o acreedor se presenta con el actuario -- Licenciado en Derecho -- a requerir al deudor para que pague o en su defecto señale los bienes suficientes para garantizar el pago al acreedor. Y de no hacerlo, el acreedor adquiere el derecho de señalarlos, de acuerdo con los límites señalados por el artículo 544 del código de procedimientos civiles. Una vez hecho lo anterior se continúa el procedimiento por todas y cada una de sus partes. Posteriormente se revuelven todos los bienes embargados, sacándose a remate en pública almoneda. Y con el dinero que se obtiene se le paga al acreedor la suerte principal y además los daños y perjuicios.

b.- Obligaciones de dar cosa cierta.- En este caso la sentencia ordena la entrega de la cosa reclamada, pero si se niega a entregarla, entonces lo privan de ella a través de la fuerza pública, entregándosele al acreedor, o sea, a la víctima del hecho ilf cito. Sin que ello le impida solicitar la indemnización por daños y perjuicios. Lo anterior se explica de la siguiente forma: A ven de a B una hacienda en el Estado de Michoacán. A recibe el pago - de B, pero no entrega la hacienda, B al encontrarse en esta situa ción acude ante el juez competente a iniciar el procedimiento co rrespondiente, demostrándole que hubo contrato de compraventa y - que ya pasó el precio. El juez en este caso ordena a A que cumpla con su obligación entregando la hacienda; pero si, a pesar de - ello no quiere cumplir, entonces la autoridad por medio de la fuer za pública lo priva de la hacienda a A para entregársela a B. ( 6 )

Ejecución de obligaciones de hacer.- Cuando el objeto de la obligación es un acto o una serie de actos y el deudor no quiere cumplirlos es imposible la ejecución forzada. La causa principal de esta imposibilidad, es que la ejecución así obtenida, sería - casi siempre defectuosa por exigir el empleo de medios violentos contrarios a la libertad individual. La coacción contra la persona del deudor sería inútil, siendo mucho más fácil dar al acreedor - una suma de dinero por concepto de indemnización. Por eso se dice, que todas las obligaciones de hacer que se incumplen se resuelven en indemnización por daños y perjuicios.

Cuando el acreedor no obtiene el cumplimiento de la obligación por parte del deudor; pero puede obtener el cumplimiento a través de un tercero a expensas del deudor, o sea, el deudor no cumple - con la obligación, pero sí un tercero en su nombre.



El deudor no cumple con la prestación, únicamente se limita a pagar los gastos. Como se puede ver la obligación se resuelve - para él en entregar una suma de dinero, igual que el caso de indemnización de daños y perjuicios; la diferencia entre uno y otro caso es que el acreedor obtiene el cumplimiento de la prestación - real y efectivamente. El procedimiento anterior, sólo se aplicará en los casos en que sea posible la substitución del deudor por un tercero; pero no cuando sea indispensable la aptitud personal del deudor para el cumplimiento de la obligación.

La ejecución de las obligaciones de no hacer.- Su incumpli- miento se resuelve a través de una indemnización de daños y perjucios, artículo 2028 del código civil. En este caso, de obligacio- nes de no hacer, la ejecución efectiva y forzada se obtiene algunas veces y tal vez con más frecuencia que las obligaciones de hacer.

El ejemplo clásico en este tipo de obligaciones es: cuando - una persona se ha obligado a no construir en determinado lugar y lo hace incumpliendo con ello su obligación, el acreedor en ésta puede demoler lo construido por el obligado. Lo anterior se encuentra también reglamentado por el artículo 2028 del código civil.

Bienes que no se pueden embargar.- En algunos casos el acreedor no puede ejecutar forzosamente la prestación, por no existir bienes en los cuales se pueda trabar embargo que garantice el cumplimiento de la obligación.

En el artículo 544 del código de procedimientos civiles se - enumeran los bienes que no pueden embargarse, es decir, cuando -- existen únicamente los bienes señalados por el artículo antes citado, el acreedor no puede hacer efectivo su crédito.

El artículo 727 del código civil declara inembargables los bienes que constituyen el patrimonio de familia. Este artículo, debe ser modificado respecto a la cuantía que señala como máximo ya que la cantidad señalada actualmente no responde a la realidad socio-económica en que vivimos.

#### LA ACCION OBLICUA

Introducción.- La acción oblicua no sólo se conoce con éste nombre, sino que también los autores la denominan: indirecta o subrogatoria. Esta acción tiene como objeto principal evitar el perjuicio que la inacción del deudor pueda causar al acreedor.

Esta acción constituye una excepción al principio contenido en el código de procedimientos civiles, en el sentido de que ninguna acción se ejercita por quien no es titular o representante legal.

Concepto.- "Es la facultad que otorga la ley a la víctima de un hecho ilícito, para ejercitar las acciones o derechos de su deudor, a efecto de que ingresen en el patrimonio de éste, bienes para que se le indemnice".( 7 ).

Elementos de la acción oblicua.- Esta acción la encontramos indebidamente reglamentada en el código de procedimientos civiles, por ser un derecho substantivo. Por lo anterior, debería de encontrarse en el código civil.

De la redacción del artículo 29 del código de procedimientos civiles, " Ninguna acción puede ejercitarse sino por aquel a quien compete o por su representante legítimo. No obstante eso, el acree

dor puede ejercitar las acciones que competen a su deudor cuando conste el crédito de aquél en título ejecutivo y, excitado éste - para deducirlas, descuide o rehúse hacerlo. El tercero demandado puede paralizar la acción pagando al demandante el monto de su crédito..... Las acciones derivadas de derechos inherentes a la persona del deudor nunca se ejercitarán por el acreedor..... Los acreedores que acepten la herencia que corresponda a su deudor - ejercerán las acciones pertenecientes a éste, en los términos en que el Código Civil lo permita", se desprenden los elementos indispensables para ejercer la acción oblicua. Dichos elementos son:

a.- El crédito debe constar en título ejecutivo; b.- El deudor debe ser excitado por el acreedor para que deduzca la acción correspondiente; c.- El deudor descuide o rehúse ejercitar una acción o derecho y d.- Que la acción no se refiere a derechos inherentes a la persona del deudor.

Ruggiero señala como elementos indispensables de la acción oblicua los siguientes: "1.- Una maliciosa y negligente inacción del deudor; 2.- Un interés en el acreedor y 3.- Una acción patrimonial del deudor contra tercero".( 8 ).

De los elementos que deducimos del artículo 29, no encontramos los dos primeros que señala Ruggiero, toda vez, que el tercero se encuentra comprendido en el citado precepto, al requerir - que sea una acción de la que no emanen derechos inherentes a la persona del deudor u obligado. Ahora bien, como los dos primeros elementos no se encuentran señalados en el artículo 29 no podemos considerarlos como indispensables para su ejercicio.

( 8 ) RUGGIERO, ROBERTO DE; Instituciones de Derecho Civil ( Traducción de la 4a. Edición Italiana por Roman Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro ) Tomo II, Vol. 1o. Derecho de Obligaciones; Instituto Editorial Reus; Madrid 1954 Pag. 164 y 165

Es claro que debemos encontrar una maliciosa y negligente - inacción del deudor, aún cuando no lo señale nuestra ley, se desprende de la naturaleza y fines de la acción oblicua. Los acreedores no pueden substituir a su deudor, cuando éste no haya incurrido en un descuido grave o no haya abandonado sus derechos. Por lo tanto, si no ha corrido un término suficiente para poder pensar en una actividad maliciosa del deudor, sería arbitrario y, no sólo eso, sino que atentaríamos contra la libertad jurídica del deudor, si se otorgara esa facultad al acreedor. Por lo tanto, para que pueda el acreedor excitar a su deudor conforme lo establece el artículo 29, debe partir de la base de que sean conductas graves, conforme al criterio normal de las relaciones jurídicas.

El acreedor también puede invocar, para el ejercicio de la acción oblicua, un interés jurídico, que a su vez tenga como base la posibilidad de un daño ocasionado por la inactividad del deudor y un temor fundado de insolvencia o inestabilidad patrimonial del mismo obligado. Es innegable que el acreedor no tiene un verdadero interés jurídico, cuando su deudor es una persona solvente, pues ningún daño o perjuicio soportaría por la inacción de su deudor. Toda vez, que no tendría objeto ejercer un medio indirecto, como lo es la acción oblicua, cuando puede obtener su cumplimiento a través de la ejecución en los bienes de su deudor. En esta acción basta el peligro de la insolvencia y el consecuente perjuicio para poder ejercitar la acción.

Características de la acción oblicua.- Estas son: a.- individual; b.- indirecta; c.- facultativa; d.- limitada; e.- no subsidiaria; f.- creditoria; g.- benéfica al deudor mismo.

Rojina Villegas si viendo a Lafaille analiza el artículo 29 y

consecuentemente lo hace también con la acción oblicua. La acción es individual, porque la puede ejercitar directamente cada acreedor, caso distinto es la situación de quiebra o concurso, porque el síndico intenta en forma obligatoria las acciones del fallido. La acción oblicua es indirecta, porque el acreedor substituye a su deudor en el ejercicio de la acción. También es facultativa porque no tiene la obligación de ejercer dicha acción, aún cuando excite a su deudor o éste descuide o no quiera ejercer sus derechos. Sigue diciendo Rojina Villegas, el artículo 29 expresamente admite el carácter limitado de la acción, al señalar que el demandado - puede paralizarlo pagándole al actor. No es subsidiaria, porque no es necesario que intente primero la acción directa, ni que haga previa ejecución en los bienes del deudor. Aun cuando el deudor - puede interponer la excepción de falta de interés jurídico del actor, invocando en este caso la existencia de bienes suficientes, para garantizar el adeudo con su patrimonio. Es personal porque no le otorgaría una situación privilegiada o preferente respecto de los acreedores con derechos reales, aun cuando en nuestro concepto al conferirle dicha acción para que el acreedor pueda ejecutar sobre los valores patrimoniales que por su mediación obtuvo el deudor, le conferirá una preferencia sobre los demás acreedores del propio deudor. Si es benéfica al deudor, en virtud de que el exceso obtenido por el acreedor debe ingresar en el patrimonio de éste, para beneficio propio y, en consecuencia mejora la situación de los - demás acreedores. ( 9 )

---

( 9 ) ROJINA VILLEGAS, Rafael; Derecho Civil Mexicano; Tomo V, de las Obligaciones; Vol. III; Antigua Librería Robredo, México, 1965 Pag. 336

Semejanzas entre la acción oblicua y la acción pauliana.-

Estas dos acciones son completamente diferentes y sólo tienen un punto coincidente entre sí, o sea, éste punto es su finalidad. Tanto la acción oblicua como la pauliana tiene como objetivo principal la protección del patrimonio del deudor.

Ahora bien, existen numerosos caracteres que los apartan, siendo los más importantes, los siguientes:

a.- La acción oblicua trata de corregir la negligencia del deudor y en la acción pauliana lo que se ataca es el fraude del deudor, es decir, en la primera se va en contra de la negligencia y en la segunda es en contra del fraude.

b.- La acción oblicua trata de impedir la inacción del obligado o deudor; mientras que la pauliana deja sin efectos los actos realizados por el mismo deudor. Como se va en contra de la voluntad del obligado sus condiciones son más estrictas.

c.- La oblicua en principio es un procedimiento indirecto, - porque el acreedor ejerce los derechos del deudor; la pauliana es propia del actor.

d.- La primera no exige la excusión de los bienes; la pauliana sí lo exige.

e.- La acción oblicua es concedida a todos los acreedores; mientras que la acción pauliana sólo la pueden ejercer los acreedores anteriores al hecho fraudulento.

f.- En la acción oblicua no debemos acreditar la insolvencia; para la pauliana es un requisito de procedibilidad.

Improcedencia de la acción oblicua. Diversos casos.- El artículo 2º nos dice al respecto, las acciones derivadas de derechos inherentes a la persona del deudor, no pueden ejercitarse por su

acreedor. Aquí se habla de derechos personalísimos, como el uso y la habitación, que sólo incumbe al interesado ejercitarlas o no; o derechos subjetivos familiares, como son las acciones de alimentos, divorcio, nulidad del matrimonio, etc. Ahora bien, independientemente de que sean acciones personalísimas, no existe interés jurídico del acreedor, por no proporcionar algún beneficio patrimonial.

**Acciones extra-patrimoniales.**- Los derechos de los acreedores se derivan de un derecho de garantía sobre el patrimonio del deudor. Por lo tanto, las acciones extra-patrimoniales, que garantizan el estado de las personas, no sujetan a éste derecho a los acreedores. Ejemplos de este tipo de acciones: la de desconocimiento de la paternidad, la acción de nulidad del matrimonio, la de divorcio, la de reclamación o impugnación de la filiación y la de separación de cuerpos.

**Las acciones patrimoniales.**- El artículo 1168 regula estas acciones, por regla general pueden ser ejercitadas por los acreedores. Aun cuando se permita que acciones con objeto pecuniario escapen a la intervención de los acreedores y permanezcan unidas a la persona. Son las siguientes:

1.- Las que garantizan bienes inembargables como son las pensiones, rentas, etc. Aun cuando se encuentren en el patrimonio del deudor no garantizan su deuda a los acreedores, quienes no cuentan con el interés jurídico para ejercitarlas acciones que les protege.

2.- Son aquellas que para su ejercicio se presupone un interés moral. Como la acción de separación de bienes, la acción de reparación de injurias, etc. " Esas acciones tienen un objeto pe-

cuniarlo, hacen entrar un valor en el patrimonio del deudor, pero el que los posee no se decide a actuar sino después de haber examinado motivos de otro orden". ( 10 ). Como ejemplo podemos señalar el caso de la mujer que puede preferir el sacrificio de sus bienes por afecto a su marido, y compartir su mala fortuna antes de pedir la separación de bienes. En otro caso, el donante puede perdonar al donatario ingrato, etc.

La acción oblicua en el caso de la herencia.- De conformidad con el artículo 29 del código de procedimientos civiles, los acreedores que aceptan la herencia que corresponde a su deudor, ejercerán las acciones pertinentes a éste, en los términos en que el código civil lo permita. Relacionando los artículos 1673 a 1676 del código objetivo, cuando el heredero repudia la herencia en perjuicio de sus acreedores, pueden éstas pedir al juez que las autorice para aceptarla a nombre de su deudor. La aceptación sólo favorecerá a los acreedores exclusivamente para el pago de sus créditos, y si la herencia fuere superior al importe de éstos, el excedente pasará a poder de la persona señalada por la ley, pero en ningún caso al que hizo el repudio. Cuando los acreedores sean posteriores al repudio, no podrán aceptar la herencia de su deudor. Ahora bien, el que por repudio debe entrar en posesión de la herencia, podrá impedir que la acepten los acreedores, pagando a éstos los créditos que tengan contra el que rechazó la herencia.

#### LA ACCION DIRECTA

La acción directa.- En oposición a la acción oblicua existe la acción directa en el Derecho Español. Los autores la definen -

( 10 ) PIANOL Y RIPET; Tratado Práctico de Derecho Civil Francés; Tomo VII; Las Obligaciones ( Segunda Parte ); Editorial Cultural, S.A. Habana, 1945 Pag. 217



como aquella que se otorga al acreedor para que actúe en nombre propio contra el deudor de su deudor, y por medio de ella, puede obtener el pago de la obligación en la cual es acreedor.

Los tratadistas dicen que la acción directa es más ventajosa para el acreedor, que la acción oblicua. Porque en ésta el beneficio repercute en provecho de los demás, al aumentar el patrimonio de su deudor, y la acción directa favorece únicamente al que la ejerce.

En nuestra legislación no existe la acción directa como puede comprobarse por la falta de preceptos, que al efecto la regulen en los códigos de la materia.

La diferencia entre la acción oblicua y la directa son las siguientes:

a.- En la acción oblicua se ejerce por el acreedor un derecho ajeno, el de su deudor y en nombre de éste; en la directa se actúa por derecho propio del actor.

b.- La oblicua permite conservar e incorporar al acreedor, al patrimonio de su deudor un bien, para después cobrar su crédito con él, soportando posibles embargos o concursos con otros acreedores; la directa se encamina a obtener el beneficio exclusivo para el acreedor, ingresando directamente lo obtenido a su patrimonio.

c.- En la acción oblicua puede demandarse contra la totalidad de lo que se debe a su deudor, es decir, si A le debe a B trescientos pesos; pero C le debe a A quinientos pesos, y al ejercitar la acción B contra C, aquél puede válidamente cobrar los quinientos pesos; en la directa no se puede ejercer la acción si su crédito es inferior al que tiene el deudor del que lo ejerce.

## CAPITULO V

### LA EJECUCION FORZADA Y LAS ACCIONES: PAULIANA Y DE SIMULACION

#### A.- La acción pauliana:

1.- Definición

2.- Requisitos de la acción pauliana

a.- Respecto al acto que se impugnará

b.- Respecto al crédito del que ejerce la acción pauliana

3.- Consecuencias de la acción pauliana, si el acto impugnado es de:

a.- Buena fe

b.- Mala fe

4.- Contra quiénes se puede ejercer la acción pauliana

5.- Naturaleza jurídica de la acción pauliana

6.- Efectos de la acción pauliana

#### B.- Acción contra la simulación:

1.- Definición

2.- Motivos

3.- Materia de aplicación

4.- Clases de simulación

5.- Naturaleza jurídica de la acción contra la simulación

6.- Efectos

7.- Diferencias entre la acción pauliana y la acción contra la simulación.

## CAPITULO V

### LA EJECUCION FORZADA Y LAS ACCIONES: PAULIANA Y DE SIMULACION

La acción pauliana.- "Es la facultad que otorga la ley a la víctima de un hecho ilícito, para que se nulifiquen o revoquen - según sea el caso, los actos de disposición que real y verdaderamente ejecutó su deudor y que produjeron su insolvencia, para el efecto de que vuelvan al patrimonio de éste, los bienes que enajenó y con el valor de ellos se haga pago al acreedor que ejercita esa facultad".( 1 ).

Ejemplo: A y B le prestan a C diez mil pesos cada uno, para ser pagados en determinada fecha; pero C sabe que para esa fecha no tendrá los veinte mil pesos, pero por eso no hay problema, - porque cuenta con un predio de treinta mil pesos. Entonces, C -- en lugar de venderlo y así obtener el dinero para pagarles a sus acreedores que son: A y B, lo enajena y se gasta el dinero producido de la venta quedando insolvente, y por lo tanto, en la fecha determinada no cubre su adeudo. Se comete el hecho delictivo y - entonces nace esa facultad que otorga la ley a la víctima de dicho acto.

Siguiendo con el ejemplo anterior, los acreedores A y B -- ejercen la acción pauliana buscando la revocación o nulificación según sea el caso de la enajenación, que dejó en estado de insolvencia a C. Por lo tanto, el predio enajenado por C vuelve al -

---

( 1 ) GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto; Supra Cit. Pág. 518

patrimonio de éste, para ser vendido y con el producto de la venta pagar sus créditos a A y B; pero si únicamente la acción la ejerce B debe pagársele a él y nada más.

Actos impugnables.- Los actos que pueden ser atacados por medio de la acción pauliana son los siguientes:

a.- La ejecución real y verdadera efectuada por el deudor de los bienes que son de él. ( Según lo previene el artículo 2170 del código civil ).

b.- La renuncia que hace el deudor de los derechos constituidos a su favor, por ejemplo el derecho de usufructo, ( 2 ) y cuyo goce no fuere exclusivamente personal. Son derechos cuyo goce es exclusivamente personal:

I.- Los que no son parte del patrimonio del deudor aun cuando de éste resulte, como efecto, la pérdida de un derecho patrimonial. Ejemplo: un albacea renuncia al cargo y con ello pierde no sólo la administración de la masa hereditaria, sino también, la parte de la herencia o el legado que debería recibir, sin que los acreedores - puedan oponerse a ella.

II.- Los derechos patrimoniales que no pueden transmitirse ni - embargarse, en vista de que esos derechos no constituyen garantía para los acreedores. Un ejemplo de ellas pueden ser, el derecho de habitación y también el de uso.

c.- El repudio de la herencia.- El acto de repudio de la herencia por parte del deudor en perjuicio de sus acreedores es susceptible de ser anulado según lo establece el artículo 1673 del código - civil.

d.- Todos los actos celebrados dentro de los treinta días anteriores a la declaración judicial de la quiebra o del concurso y que tuvieran como finalidad dar a un crédito ya existente una preferencia que no tiene ( Artículo 2173 del código civil ).

e.- El pago hecho por el deudor insolvente, antes del vencimiento del plazo, es decir, cuando el deudor ya en estado de insolvencia rea-

liza pagos que aún no son exigibles.

f.- La renuncia, no de derechos irrevocablemente adquiridos, sino de las facultades cuyo ejercicio se mejoraría el estado del patrimonio del deudor que hubiere renunciado. Esta es la característica de la acción pauliana que la distingue de la acción oblicua.

REQUISITOS DE LA ACCION PAULIANA.- La ley señala determinados requisitos para el ejercicio de la acción y éstos son de dos clases:

a.- En relación al acto que se impugnará, y

b.- Respecto al crédito del que va a ejercer la acción.

En relación al acto que se impugnará, analizaremos los siguientes elementos:

1.- El acto debe celebrarse por el deudor o sus representantes; pero fundamentalmente debe ser un acto jurídico y no simplemente material, artículo 2163 del código civil, o sea, el acto debe ser jurídico para poderse impugnar y no simplemente material. Esto es, cuando el deudor realiza actos tendientes a ocultar sus bienes, no puede ser utilizada la acción pauliana.

2.- El acto debe tener como efecto directo la disminución del patrimonio del deudor. Al respecto existen infinidad de criterios, algunos dicen, si el deudor solamente ha descuidado enriquecerse, no se puede ejercer la acción pauliana. Esta posición no es admitida por todos. GROUBER: " sostiene que los actos por los cuales el deudor descuida enriquecerse en oposición a los actos por los cuales empobrece no existen. Todos los actos por los cuales el deudor no se enriquece, son actos de empobrecimiento y agrega que si se analizan los actos que se consideran como actos por los cuales el deudor rehusa simplemente enriquecerse se ve que son una renuncia a un derecho ventajoso y que tiene un valor patrimonial".( 3 ).

( 3 ) GROUBER, A; De L'Action Paulienne en Droit Civil Francais Contemporaneo; Pag. 221

3.- El acto debe ser causa de la insolvencia del deudor.- El artículo 2166 del código civil nos dice "Hay insolvencia cuando - la suma de los bienes y créditos del deudor estimados en su justo precio no iguala al importe de sus deudas". Gutiérrez y González nos dice que el artículo anterior, debe ser adicionado con las pa labras "líquidas y exigibles", porque no expresa debidamente el - significado de insolvencia. Para él el artículo debe quedar redac- tado de la siguiente forma: "Hay insolvencia cuando la suma de los bienes y créditos del deudor estimados en su justo precio no iguala al importe de sus deudas líquidas y exigibles".( 4 ).

4.- El acto debe ser de mala fe.- Este requisito es esencial para determinar la procedencia o improcedencia de la acción; la - mala fe nulifica aún a los actos onerosos, es decir, para que exis ta la nulidad como consecuencia de la acción debe existir la mala fe, tanto por parte del deudor-enajenante como por el tercero-adqui rente; sólo así, puede anularse un acto oneroso.

La mala fe es el conocimiento que el deudor tiene o debe tener de su insolvencia, además debe tener conciencia de que su acto o - contrato, disminuye su patrimonio, ocasionando una disminución en la garantía de sus acreedores, y con ello un perjuicio para éstos.

La mala fe por parte del tercero-adquirente existe cuando éste, tiene conocimiento de que su deudor caerá en estado de insolvencia, si realiza dicha venta. La mala fe no se presume.

Respecto al crédito del que va a ejercer la acción pauliana.- Nos referiremos a la antigüedad del crédito, al crédito a plazos y al crédito condicional.

1.- La antigüedad del crédito.- Es indispensable que el crédito sea anterior, no importa si es un minuto antes que el acto impugnado.

Este límite de la acción tiene como fundamento, que el perjuicio que tienen los acreedores posteriores al acto fraudulento no son efectos de éste, porque cuando la obligación de éstos nació, ya era insolvente.

2.- El crédito a plazos.- Los autores se encuentran divididos - al respecto, unos dicen que el acreedor de un crédito sujeto a plazo no puede ejercer la acción pauliana; la otra parte dice que sí la puede ejercitar y éstos se justifican de la siguiente forma. Para que un acreedor de un crédito sujeto a plazo pueda ejercer la acción pauliana, no es necesario que su crédito sea exigible. La ley no señala nada al respecto, ni debe señalarlo, en virtud de que tanto puede ser perjudicado por el deudor el acreedor cuyo crédito es exigible, como aquél cuyo crédito no lo sea. Para que la acción de nulidad se juzgue procedente es indispensable que el actor-creedor pruebe la insolventia de su deudor, y comprobada judicialmente esa insolventia, todos los créditos se vuelven exigibles. ( 5 ).

Para nosotros el plazo no debe ser un obstáculo para que el acreedor no pueda ejercitar la acción pauliana. Porque con el ejercicio no se obtiene directamente el pago sino la existencia de la garantía de su crédito.

3.- El crédito condicional.- Algunos autores conceden el ejercicio de la acción pauliana sólo a los acreedores de un crédito sujeto a condición resolutoria, como si éste fuera un acreedor puro y simple. Ahora bien, para el acreedor bajo condición suspensiva, no le reconocen esa facultad, porque ellos dicen que la acción sale de la categoría de los actos conservatorios que el código permite a los acreedores sujetos a condición.

Pero otros dicen que sí pueden ejercer la acción pauliana los acree

dores sujetos a condición suspensiva. Los otros que la niegan, la explican de la siguiente forma, no la pueden ejercer porque, mientras - esté pendiente de resolución la condición, la deuda es incierta, o sea, todavía no se sabe, si va a existir ese crédito; no es justo ni razonable que se autorice en estas condiciones la revocación del acto impugnado por perjudicial. Cuando mucho, podrá exigir que el deudor y el - tercero presten la garantía por el valor defraudado mientras la condición no se resuelva.

Otros autores opinan, si el acreedor condicional sólo puede recurrir los actos conservatorios de su derecho, es claro que no tiene legitimidad para seguir la acción revocatoria del acto fraudulento, por ser ésta netamente persecutoria, ya porque no puede afirmar y probar los - perjuicios sufridos por el acto impugnado en vista de lo hipotético de su crédito. Esta última opinion es la que se ajusta a nuestro artículo 682 del código civil.

Para nuestro modo de ver las cosas, si el artículo 682 habla de - una condición y autoriza para realizar todos los actos lícitos para mantener viva la garantía de ésta, no veo por qué no se tiene que aceptar el ejercicio de la acción, al acreedor sujeto a condición suspensiva, porque al fin y al cabo es una condición. Ahora bien, es una condición suspensiva que puede o no realizarse, casi todos los autores lo ven desde el punto de vista de la imposibilidad de que se cumpla. Pero qué sucedería, si esa condición se llega a cumplir, el acreedor se encontraría con que su deudor no tiene los medios necesarios para su pago, y en consecuencia sus derechos serían burlados. Por lo tanto, nosotros creemos que si debe otorgársele esa facultad al acreedor sujeto a condición suspensiva.

Consecuencias de la acción pauliana, si el acto impugnado es oneroso o gratuito de: buena o mala fe.



Cuando la autoridad judicial admite la procedencia de la acción pauliana, debe previamente examinar, si los actos que produjeron la insolvencia, fueron de buena o mala fe, pero ante todo, si fueron a título gratuito u oneroso, porque de ello depende el tipo de consecuencias que se produzcan.

Para iniciar el estudio de estas consecuencias es necesario saber qué es la buena o mala fe, tanto por lo que se refiere al que enajena, como al que adquiere. El artículo 1815, nos dá el concepto de mala fe, en su última parte de la siguiente forma: " Se entiende .... por mala fe la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido". El concepto de buena fe se entiende " contrario sensu ".

a.- Existe la buena fe por parte de la persona que enajena, cuando ignora que el acto a realizar, lo hará quedar en estado de insolvencia.

b.- Existe la buena fe por parte de la persona que adquiere, cuando no sabe que con esa operación o negocio la persona que enajena, se convierte en insolvente.

c.- Existe la mala fe por parte del enajenante, cuando tiene conocimiento de que el negocio próximo a realizar lo llevará a la ruina o insolvencia en perjuicio de sus acreedores.

d.- Existe mala fe por parte del adquirente, cuando tienen conocimiento que, de celebrarse el negocio, su vendedor caerá en insolvencia.

Ya tenemos los conceptos de buena y mala fe, tanto del enajenante como del adquirente; ahora únicamente nos resta relacionar éstos, con los actos gratuitos u onerosos para saber cuáles son las consecuencias que se producen.

A.- Acto oneroso con mala fe tanto del que enajena como del que adquiere.- Cuando se lleva a cabo un acto jurídico oneroso con mala fe tanto del que enajena como del adquirente, la acción pauliana nulifica la operación, con la consecuencia inmediata de hacer volver al patrimon

nio del enajenante los bienes, para que sus acreedores los embarguen y posteriormente los rematen, y con el producto obtenido se hagan pago. Lo anteriormente dicho se encuentra regulado por el artículo 2164 que a la letra dice: "Si el acto fuere oneroso, la nulidad sólo podrá tener lugar en el caso y términos que expresa el artículo anterior, cuando haya mala fe, tanto por parte del deudor, como del tercero que contrató con él".

En el caso anterior, nos encontramos con una excepción, cuando un segundo adquirente contrata de buena fe la acción pauliana queda sin efectos, en virtud de existir esa buena fe. Y del artículo 2164 que la reglamenta de la siguiente forma: "La acción concedida al acreedor, en los artículos anteriores, contra el primer adquirente, no procede contra tercer poseedor, sino cuando éste ha adquirido de mala fe". Por lo anteriormente dicho no procede la acción pauliana, cuando el subadquirente contrata de buena fe.

B.- El acto oneroso efectuado de buena fe por parte del enajenante y por el adquirente o sólo del adquirente.- Cuando nos encontramos con esta situación no procede la acción pauliana, por la disposición contenida en el artículo 2164 antes señalado, que en su parte conducente dice: la nulidad sólo podrá tener lugar, cuando haya mala fe, tanto por parte del deudor, como del tercero que contrató con él.

Cuando sólo existe buena fe por parte del adquirente, también es improcedente la acción sujeta a estudio, por encontrarse regulada por el mismo artículo 2164, ya antes señalado como requisito indispensable la mala fe de los dos contratantes.

C.- El acto gratuito de Buena fe o de mala fe de la persona que enajena o del adquirente.- Como se puede apreciar a simple vista en este inciso, se menciona al mismo tiempo la buena y la mala fe. Ello

se debe a la poca importancia que tienen, en los actos gratuitos, la buena o mala fe. El artículo 2165 corrobora lo anterior al decir: "Si el acto fuere gratuito, tendrá lugar la nulidad, aun cuando haya habido buena fe por parte de ambos contratantes". BORJA SORIANO dice: "El texto tan claro de nuestros artículo y su fundamento están de acuerdo con el punto de vista de DIAS FERREIRA, quien se expresa así: Los actos gratuitos ..... desde que perjudican al acreedor, cualquiera que sean las circunstancias, aunque haya la mejor buena fe tanto de parte del donatario como del donante, pueden ser anulados, porque el derecho de evitar daño es preferente al derecho de obtener lucro". ( 6 ).

Las personas que tienen derecho a ejercer la acción pauliana.- De acuerdo al texto de nuestro actual artículo 2163 del código civil el ejercicio de la acción es exclusivo de los acreedores del deudor que cae en insolvencia, pero no de todos, sino que únicamente a los acreedores anteriores al acto de insolvencia o que tiene como consecuencia directa la insolvencia del deudor.

En los requisitos vimos que el crédito debe ser anterior, para que pueda existir la procedencia de la acción. Por ello es imposible que un acreedor posterior al acto de insolvencia pueda ejercer dicha acción.

Personas que puedan ser sujeto pasivo en el ejercicio de la acción pauliana.- De la redacción del artículo 2163 desprendemos que la acción se ejercita contra el deudor insolvente. También procede en contra de los adquirentes:

a.- Al ejercitar la acción pauliana se debe demandar tanto al enajenante como al primer adquirente, pues no tendría caso demandar sólo - al enajenante en perjuicio de sus acreedores. Porque la sentencia que se dictara sería de naturaleza declarativa y no produciría ningún efecto no contra el adquirente, por no ser parte en el juicio en que se dictó

sentencia, y al tratar de ejecutar la sentencia que lo perjudica se estaría violando la garantía consignada en el artículo 14 constitucional, y de intentar el juicio de amparo, anularía los efectos de la sentencia y con ella los de la acción pauliana. Claro está que para la procedencia de la acción, es necesaria la mala fe en los actos onerosos, no siendo indispensable en los actos gratuitos.

b.- También procede en contra de los subadquirentes o ulteriores subadquirentes, siempre y cuando hayan actuado de mala fe si el acto es oneroso, o de buena fe o de mala fe si el acto es gratuito. Lo anterior se encuentra regulado por el artículo 2167 que a la letra dice: "La acción concedida al acreedor, en los artículos anteriores, contra el primer adquirente, no procede contra tercer poseedor sino cuando éste ha adquirido de mala fe".

Naturaleza jurídica de la acción pauliana.- En la actualidad es de nulidad, según lo señala el artículo 2163. Es de nulidad porque existe el vicio en la constitución del acto dispositivo. Este tiene un carácter ilícito, supuesto que hay fraude de acreedores, y siendo así, debe estar manchado de nulidad y aplicarse las consecuencias de la misma, o sea, el efecto restitutorio una vez declarada.

Interpretando los preceptos del código civil vigente, consideramos que los efectos de la nulidad, en cuanto a su alcance restitutorio, afectan únicamente a las partes; este efecto sólo se produce cuando la nulidad es solicitada en cualquier contrato por alguna de las partes, pero cuando se pide por el acreedor, es decir, por un tercero, contra un acto fraudulento, el acreedor no está obligado a restituir el precio, ya que no fue parte en el contrato. También el tercero-adquirente debe perder el precio como consecuencia de su conducta ilícita, o sea, por su complicidad en el fraude.

Por lo tanto, si es cierto que el artículo 2239 del código dispone que: "La anulación del acto obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado", también se desprende que la anulación del acto obliga a las partes a restituirse, pero en ello no se implica al acreedor perjudicado, que como tercero interesado intenta la nulidad. En el artículo antes transcrito, se supone que una de las partes solicita la nulidad, y por esta causa señala una restitución recíproca de las prestaciones. Se sabería con el objeto, naturaleza y fin de la acción pauliana, al otorgar la nulidad en favor del acreedor perjudicado, con la condición de que éste restituyera en los actos a título oneroso la prestación que a cambio del bien enajenado hubiera adquirido el deudor del tercero que contrató con él. ( 7 ).

Por no realizar un cuidadoso análisis de cómo funciona esta acción, es que sobre su naturaleza jurídica se han dicho varias inexactitudes, ya por los autores, ya por la ley; unos dicen que es acción de revocación, mientras tanto otros autores la designan como acción de nulidad.

En el Derecho Romano se designaba como acción revocatoria, en tanto que en el Derecho Mexicano se dice que la acción es de nulidad.

La acción pauliana tiene una doble naturaleza jurídica: de revocación y de nulidad.

Revocar es poner fin a un acto plenamente válido, por razones de oportunidad catalogadas subjetivamente; puede ser de una de las partes o de ambas.

Ejemplo: el deudor enajena sus bienes gratuitamente y de buena fe; y en estas mismas condiciones se encuentra el tercero-adquirente, como no existe vicio en la voluntad, no existen elementos para calificarlo de nulo, únicamente de lo que se puede acusar al deudor-enajenante es -

ce no cumplir con el contrato. Entonces se pide a la autoridad judicial que se prive de sus efectos a un acto válido, que no esté viciado, dejando subsistentes los efectos pasados del acto. Se revoca el acto por decisión judicial dejando subsistentes sus efectos pasados.

La acción pauliana como acción de nulidad.- Siguiendo con el ejemplo anterior, cuando el enajenante y el adquirente realizan el acto de mala fe, el acto se encuentra viciado, pues existe un motivo o fin ilícito, como lo es evitar a los acreedores del enajenante, de la posibilidad de que en su momento, hagan efectivos sus créditos.

Por esta razón, la enajenación se encuentra viciada desde un principio, y cuando se ejerce la acción pauliana, ésta nulifica la operación, en virtud, de la cual se decreta la nulidad y no una revocación.

Efectos de la acción pauliana una vez que se decretó su procedencia.- Cuando se revoca o nulifica el acto de enajenación se encuentra uno con los tipos de efectos: a.- Principales y b.- Secundarios.

a.- Efectos principales.- Estos son de dos tipos, sin importar que la acción sea de nulidad o de revocación: 1.- Destruir el acto; y 2.- Destruirlo sólo hasta la cuantía de los créditos de quién o de quienes lo ejercen.

1.- Destruir el acto.- Al dictar la sentencia que declara la procedencia de la acción, se aniquila el acto impugnado, produciendo un beneficio e interés al que ejerció la acción, y no a todos sus acreedores anteriores, ya que la ley presupone que todos aquellos que pudieron intentarla y no lo hicieron, no tienen por qué beneficiarse de la actividad de otro u otros acreedores.

2.- Destruye el acto hasta el importe del crédito del que la ejercita.- Al destruirse el acto por la sentencia judicial que declara procedente la acción pauliana, lo destruirá sólo hasta el monto del crédito del que la ejerció, para hacer revolver al patrimonio del deudor los

bienes suficientes para garantizar la indemnización que ha de cubrirsele. El artículo 2175 determina: "La nulidad de los actos del deudor sólo será pronunciada en interés de los acreedores que la hubiesen pedido, y hasta el importe de sus créditos." Este artículo reglamenta las dos situaciones antes señaladas.

Efectos secundarios de la acción pauliana.- Con este tipo de efectos podemos probar que la acción pauliana tiene una doble naturaleza jurídica, o sea, la de revocación y la de nulidad.

1.- Cuando la acción es de nulidad.- Si la acción pauliana va dirigida contra un acto de mala fe, tanto por el enajenante como del adquirente, se decreta la nulidad del mismo y se enervila desde su nacimiento, sin que subsistan sus efectos. Esto se encuentra regulado por el artículo 2168 que dispone: "Revocado el acto fraudulento del deudor, si hubiere habido enajenación de propiedades, éstas se devolverán por el que adquirió de mala fe, con todos sus frutos". Como se puede apreciar en este artículo se utiliza indebidamente la palabra "revocado" en lugar de "anulado", por la siguiente razón, el artículo nos habla de una devolución de propiedades, si se adquirieron de mala fe, al existir vicios en la voluntad, el acto debe ser anulado y no revocado. Relacionando el artículo 2169 del código civil, nos complementa esta idea "El que hubiere adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de los acreedores, deberá indemnizar a éstos de los daños y perjuicios, cuando la cosa hubiere pasado a un adquirente de buena fe, o cuando se hubiere perdido".

2.- Cuando la acción es de revocación.- Cuando el acto impugnado es gratuito de buena fe, la sentencia que declara su procedencia, no es de nulidad, porque el acto no está viciado, por eso es de revocación, en donde subsisten los efectos pasados del acto, y por ello el adquirente podrá retener para sí los frutos de la cosa, tomando en cuenta lo que disponen los artículos 810 y 811 en materia de posesión.

## LA ACCION CONTRA LA SIMULACION

La acción contra la simulación.- Nuestro código civil la define en nuestro artículo 2180 "Es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas".

Existen dos tipos de motivos: Los lícitos y los fraudulentos.

Motivos lícitos.- La simulación de actos jurídicos, pueden ser efectos de causas morales, tales como evitar conflictos con personas que se juzgan con derechos a un mismo beneficio, para no incurrir en indiscreciones o que el público tenga conocimiento y se ponga al corriente en sus negocios, o puede ser que por modestia o por interés de conservar en el anonimato los beneficios que practica.

Motivos fraudulentos.- Casi todas las simulaciones son fraudulentas, es decir, se practican en perjuicio de terceros.

Las materias de aplicación.- Su campo de aplicación se extiende a todos los casos en que se lleva ese ánimo de defraudar a sus acreedores, o bien cuando se trata de evitar el cumplimiento de una ley o una orden de autoridad. Por ello, puede decirse que existen dos tipos de acciones contra la simulación: a.- De orden civil; y b.- De orden administrativo o público.

a.- La acción contra la simulación en el campo civil.- "Esta acción se entiende como la facultad que la ley otorga a la víctima de un hecho ilícito o posterior a la realización de un acto simulado por su deudor, para que constate que es inexistente como acto jurídico o se declare nulo, según sea el caso". ( 8 ).

---

( 8 ) GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto; Opera Cit. Pag. 538



b.- La acción contra la simulación en el campo administrativo.- Esta acción pertenece a los particulares o al Ministerio Público como representante de la sociedad, y lo hace para impugnar un acto real, - realizado a través de un fraude a la ley o a una disposición dictada por la autoridad competente.

El fraude a la ley consiste en que una persona consciente y voluntariamente se coloque dentro de los requisitos formales o preceptuales, exigidos por una norma, para eludir el cumplimiento de otra.

Clases de simulación de actos jurídicos.- Existen dos clases de - simulación: absoluta y relativa.

Simulación absoluta.- La definición legal de la simulación absoluta la encontramos señalada en el artículo 2181 del código civil determinada en su primer párrafo. "La simulación es absoluta cuando el acto simulado nada tiene de real; ...."

Con la simulación de actos se quiere aparentar que no se tiene garantía que proteja los créditos en contra del titular del patrimonio, para el cobro de sus créditos. Con ello se deja a la víctima de un - hecho ilícito convertida ya en acreedor del actor de la conducta ilegal, sin garantía en donde hacer efectivos sus derechos. Ello se logra produciendo en el patrimonio del deudor: a.- Un aumento del pasivo y b.- Una disminución del activo.

a.- Aumento del pasivo.- Ejemplo: confesión de deudas simuladas, el deudor que busca defraudar a sus acreedores confiesa deber a otra persona cierta cantidad en dinero que en realidad no debe, pero con la complicidad de aquel en favor del cual se dice deber, da la apariencia y produce un aumento en el patrimonio pasivo y en algunos casos la insolvencia. (Expedición de títulos de crédito antedatados).

b.- Disminución del activo.- Venta simulada de inmuebles.- Este tipo de bienes son los más expuestos para practicar sobre ellos un embargo por

parte del acreedor del autor del hecho fraudulento, porque tales bienes se inscriben en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, es que el deudor busca enajenarlos ficticiamente, poniéndolos a nombre de personas de su confianza que a su vez no representen deudas ni peligro de un embargo. ( Ejemplo: dación en pago ficticias, por deuda que no existe; constitución de derechos reales para garantizar créditos ficticios ).

La simulación relativa.- El mismo artículo 2181 en su segunda parte la define "Cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter". Esta simulación es reprobable sólo cuando el acto es en fraude de acreedores.

Para que se de este tipo de simulación es necesario que existan dos actos diferentes:

1.- Debe existir el acto conocido por todos, que en verdad es aparente, falso y ficticio.

2.- El acto verdadero que se trata de encubrir entre las partes.

Casos de simulación relativa.- Deuda real de juego, simulación con reconocimiento de mutuo, arrendamiento aparente, que encubre un usufructo a título gratuito.

Unicamente explicaremos, la deuda real de juego simulada con reconocimiento de un mutuo.- El artículo 2764 dice que: "La ley no concede acción para reclamar lo que se gana en juego prohibido. El código penal señalará cuáles son los juegos prohibidos". No obstante lo anterior, el jugador que pierde en juego prohibido y no puede al momento cubrir su adeudo, pero por su honor debe pagar, aún con sacrificio del pago de otras deudas de origen lícito, procede entonces a cubrir la deuda de juego con la apariencia de un acto lícito, por ejemplo un contrato de mutuo.

Naturaleza jurídica de la acción de simulación.- Esta acción tiene una doble naturaleza, según se haga valer en contra de la simulación - absoluta o relativa. Por lo tanto será de inexistencia, si va en contra de la simulación absoluta y de nulidad cuando se ataque la simulación - relativa.

Es de inexistencia.- Cuando los acreedores utilizan esta acción - impugnando un acto simulado absoluto. Solicitan al juez que declare en la sentencia que nunca existió el acto impugnado, y una vez probado ante la autoridad judicial, el juez sólo dirá en la sentencia, que constata - la inexistencia del acto impugnado, y que no produjo efectos jurídicos.

Es de nulidad.- Cuando se intenta la acción contra un acto simula - do relativo y por lo tanto, la declaración del juez debiera ser de nuli - dad, pues como ya dijimos antes, hay dos actos, el aparente y el verda - dero que está oculto, y a éste le falta la forma que la ley exige para los de su categoría.

Efectos que se producen por el ejercicio de la acción de simulación.- Estos deben analizarse desde dos puntos de vista, una vez que ya existe sentencia.

a.- Respecto de las partes y de terceros perjudicados.

b.- Con relación a terceros de buena fe.

a.- Efectos que se producen por el ejercicio de la acción contra la simulación cuando se refiere a las partes y a los terceros perjudicados.- Como es lógico los efectos también varían de acuerdo al tipo de simula - ción, ya sea absoluta o relativa:

1.- Respecto a la simulación absoluta.- El efecto de la resolución judicial, será la declaración de inexistencia por simulación del acto, - toda vez que las partes no otorgaran su consentimiento o no lo quisieron. y por lo tanto, cualquier tercero perjudicado, puede pedir la inexisten -

cia del acto, atendiendo a lo ordenado por el artículo 2224 que en lo conducente dice: "... Su existencia puede invocarse por todo interesado".

Al destruir la figura creada por el acto simulado, los bienes que aparentemente se hablan enajenado, se reintegran públicamente al patrimonio del deudor, y sus acreedores pueden proceder judicialmente solicitando el embargo, remate y con ello cobrar el monto de sus créditos.

2.- Respecto a la simulación relativa.- En este caso los efectos de la sentencia son señalar la nulidad del acto oculto, pero también declarar la inexistencia del acto aparente. Los terceros perjudicados pueden solicitar dicha nulidad con fundamento en el artículo 2183 del código civil que dice: "Pueden pedir la nulidad de los actos simulados los terceros perjudicados con la simulación, o el Ministerio Público cuando ésta se cometió en transgresión de la ley en perjuicio de la Hacienda Pública".

3.- Este efecto es común en las dos simulaciones.- Sea que el acto según proceda se declare inexistente, o nulo, determina el artículo 2184: "Luego que se anule un acto simulado, se restituirá la cosa o derecho a quien pertenezca, con sus frutos e intereses si los hubiere; pero si la cosa o derecho a pasado a título oneroso a un tercero de buena fe, no habra lugar a la restitución.... etc. ( 9 ).

b.- Los efectos de la acción de la simulación cuando existen terceros de buena fe.- El artículo que venimos señalando en su segunda parte dice: "También subsistirán los gravámenes impuestos a favor de un tercero de buena fe".

De esta segunda parte podemos concluir que el ejercicio de la acción es inútil, si los bienes que en forma simulada se enajenaron, pasen al tercero de buena fe y a título oneroso.

Acreedores que pueden ejercitar la acción contra la simulación.- En esta acción a diferencia de la acción pauliana todas las personas pueden ejercitarla, o sea, en la acción contra la simulación todos los acreedores, tanto anteriores como posteriores al acto simulado, pueden ejercer la presente acción, cosa que no sucede en la acción pauliana.

Para el ejercicio de esta acción no es necesario que la enajenación origine o aumente la insolvencia del deudor. Lo único que debe hacer el acreedor es afirmar y demostrar que su deudor es propietario del bien por él señalado y por lo tanto, no interesa que la enajenación simulada sea anterior o posterior a su crédito.

Nuestro código civil no determina, si el crédito debe ser anterior o posterior al acto simulado, de lo anterior deducimos que no existe impedimento legal para que cualquiera de los acreedores ejercite la acción de simulación.

Diferencias entre la acción pauliana y la acción contra la simulación.- Las dos acciones se otorgan a las víctimas de un hecho ilícito, como medio para hacer volver el patrimonio de su deudor los bienes enajenados en perjuicio de sus acreedores o en la simulación de actos de enajenación respectivamente, para responder en el momento oportuno a sus compromisos pecuniarios. Pero también existen diferencias entre sí:

a.- La acción de simulación, como su nombre lo indica se ejercita contra actos simulados ya sea absolutos o relativos; mientras que la acción pauliana va dirigida en contra de actos ejecutados real y verdaderamente.

b.- En la acción contra la simulación se otorga a todos los acreedores tanto anteriores como posteriores a la realización del acto simulado; La pauliana únicamente se confiere a los acreedores anteriores -

al acto real, causa de la insolvencia.

c.- La acción de simulación se otorga aún cuando haya o no insolvencia del deudor; mientras que la acción pauliana para su ejercicio sí requiere que exista la insolvencia del deudor, es decir, - que el acto impugnado con la acción pauliana sea causa directa de la insolvencia del deudor.

Con el estudio de las anteriores acciones, queda agotado también lo relativo a los derechos de que goza la víctima de un hecho ilícito, a efecto de lograr la ejecución forzada de la prestación contractual que se violó haciendo que vuelvan al patrimonio de su deudor, bienes para lograr la ejecución forzada.

## **C o n c l u s i o n e s**

## **B i b l i o g r a f í a**

## CONCLUSIONES

1.- La ejecución forzada tiene como finalidad buscar el debido cumplimiento de las obligaciones, y por ese motivo, no debemos de oponernos al cumplimiento voluntario del deudor con cosa cierta distinta de la convenida. El artículo 2012 del código civil determina "El acreedor de cosa cierta no puede ser obligado a recibir otra, - aun cuando sea de mayor valor". Como se puede apreciar este artículo es preciso y al mismo tiempo riguroso, imposibilitando en parte la ejecución de las obligaciones. Para facilitar ese cumplimiento consideramos que el artículo debe ser modificado en la siguiente forma: "El acreedor de cosa cierta no puede ser obligado a recibir otra, aun cuando sea del mismo valor. Pero sí puede ser obligado, - si el objeto es de mayor valor".

2.- La consignación del pago es una forma de ejecutar forzosamente la prestación en su forma pasiva en cuanto a la conducta del acreedor; a primera vista parece ser que solamente debe forzarse a cumplir con la prestación al deudor de la obligación; pero en este caso se ve claramente, que también el acreedor puede ser obligado a aceptar el cumplimiento de la prestación por parte del deudor; siempre y cuando se cumplan los requisitos señalados en la ley para la consignación.

3.- La ley señala determinadas cosas u objetos que son inembargables, entre las que se encuentra el patrimonio de familia.

4.- El código civil en su artículo 730, fija la cuantía del patrimonio de familia en la siguiente forma: "El valor máximo de los bienes afectos al patrimonio de familia será de cincuenta mil pesos para el Distrito y Territorios Federales". Este artículo debe ser reformado en virtud de la desvalorización que ha sufrido nuestra moneda, esto es innegable. Para ello, se debe realizar un estudio



socio-económico, para actualizar la cuantía. Porque de no ser así, todos los patrimonios de familia que existen registrados deben cancelarse por contar con un valor del 100% más, de esos cincuenta - mil pesos, fijados en este artículo.

5.- La procedencia de la acción pauliana en los actos onerosos se encuentra determinada por el artículo 2164 que a la letra dice: "Si el acto fuere oneroso, la nulidad sólo podrá tener lugar en el caso y términos que expresa el artículo anterior cuando haya mala fe, tanto por parte del deudor, como de tercero que contrató con él". Para la procedencia de la acción pauliana debiera ser indiferente la buena o mala fe por parte del enajenante. Ya que debe ser norma inalterable de la conducta de los hombres que respondan siempre de sus obligaciones y sus deudas y por tanto que no enajenen - sus bienes sino para saldar sus compromisos, más nunca para aparentar quedar insolventes y dejar de cumplir aquéllos. Por lo tanto, consideramos que este artículo debe ser reformado de la siguiente forma: "Si el acto fuere oneroso, la nulidad sólo tendrá lugar en - el caso y términos que expresa el artículo anterior, cuando haya - mala fe por parte del tercero que contrató con el deudor, independientemente de que la haya o no de parte de éste".

6.- El artículo 2168 dice: "Revocado el acto fraudulento del deudor, si hubiere habido enajenación de propiedades, éstas se devolverán por el que las adquirió de mala fe, con todos sus frutos". Este artículo debe ser reformado en virtud de que expresa algo que no está de acuerdo con la doctrina relativa a la extinción de las obligaciones. En el artículo citado debe cambiarse la palabra "revocado" por "anulado", ya que si existe mala fe, el acto debe ser anulado; pero nunca debe ser revocado. Todos los actos jurídicos -

que tienen algún vicio deben ser anulados; mientras que los actos plenamente válidos pueden ser revocados.

7.- Urge una revisión exhaustiva de la ejecución forzada de la prestación, para la creación de nuevas instituciones que vengan a darle mayor fuerza a las declaraciones del juez.

Las instituciones que pueden incorporarse a nuestro derecho son la "astreinte" del Derecho Francés y la acción directa del Derecho Español. ( las dos acciones son estudiadas en el capítulo III). Claro está que estas instituciones deben ser ajustadas a los principios generales del Derecho Civil.

8.- La acción que podría aplicársele al sujeto que fuere juzgado por fraude en perjuicio de sus acreedores, además de ser condenado a sufrir prisión podría sufrir la pérdida de la capacidad de ejercicio para contratar en ese mismo tipo de actos, o sea, no podría celebrar esa clase de contratos durante un año. Y en caso de existir una demanda infundada, el actor en ésta sufriría la misma sanción; pero con una duración de seis meses.

## BIBLIOGRAFIA

- BARANMIARAN, José León; Comentarios al Código Civil Peruano (Derecho de Obligaciones) Tomo I-Acto Jurídico; 2a. Edición Ediar, S.A. Editores. Argentina 1954
- BEVILAQUA, Clovis; Direito das Obrigações; Terceira Edição Revista e Acrescentada; Editorial Livreria Editora Freitas Bastos. Rio de Janeiro 1931
- BECERRA BAUTISTA, José; El Proceso Civil en México; Segunda Edición; Editorial Porrúa, S.A. México 1965
- BONFANTE, Pietro; Instituciones de Derecho Romano; Traducción de la 8a. Edición Italiana por Luis Bacci y Andrés Larrosa, 4a. Edición.
- BORJA, F. Luis; Estudio Sobre el Código Civil Chileno; Tomo Primero, París 1901
- BORJA SORIANO, Manuel; Teoría General de las Obligaciones; Tomo II; Cuarta Edición; Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1964
- CORDEIRO ALVAREZ, Ernesto; Tratado de Derecho Civil; Tomo I, Parte General y Obligaciones; Editorial Bibliografica Argentina; Buenos Aires 1959
- DE DIEGO, F. Clemente; Instituciones de Derecho Civil Español; Tomo II, Editorial Imprenta de Juan Pueyo; Madrid, 1930
- DE PINA, Rafael; Elementos de Derecho Civil Mexicano; Volumen Tercero; Segunda Edición; México, D.F. 1966
- ENNECCERUS, KIPP y WOLF; Tratado de Derecho Civil; Segundo Tomo; Volumen Primero, Derecho de Obligaciones, Doctrina General; Editorial Imprenta Clarasó, Barcelona; 1947
- FLORIS MARGALANT S., Guillermo; El Derecho Privado Romano; Segunda Edición; Editorial Esfinge, S.A. México, D.F. 1965
- FUEYO LANERI, Fernando; Derecho Civil; Tomo Quinto, Los contratos en Particular y demás Fuentes de las Obligaciones; Volumen II, 2a. Edición; Editorial Imprenta y Lito Universo, S.A. Santiago de Chile 1964
- GOLDSCHMIDT, James; Derecho Procesal Civil (Traducción de la 2a. Edición Alemana y del Código de Procedimientos Civiles Alemán Incluido como Apéndice por Leonardo Prieto Castro) Editorial Labor, S.A. Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Rio de Janeiro, 1936
- GROUBER, A; De L'Action Paulienne en Droit Civil Francais Contemporaneo
- GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto; Derecho de las Obligaciones; Segunda Edición; Editorial Cajica, Puebla, Pue., México, 1967
- KARL, Larenz; Derecho de Obligaciones; Tomo I; Editorial Revista de Derecho Privado; Traducción de Jaime Santos Briz; Madrid 1959

KASER, Max; Derecho Romano Privado; Versión directa de la 5a. Edición Alemana por José Santa Cruz Teijeiro; Editorial Reus, S.A. 1968

LA FAILLE, Hector; Curso de Obligaciones; Tomo I; Teoría General de las Obligaciones; Editorial Biblioteca Jurídica Argentina; Buenos Aires, 1926

MARTY, G; Derecho Civil; Traducción de José M. Cajica Jr. Teoría General de las Obligaciones; Volumen II; Editorial José M. Cajica Jr. Puebla, Pue., México 1967

MACEAUD, Henri y Otros; Lecciones de Derecho Civil; Parte Segunda, Volumen III; Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castiello; Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires. 1960

PAULO DE Lacerda; Código Civil Brasileiro; Lei No. 3.017 de 1 Janeiro de 1916; 11a. Edición, Editorial Jacinto Ribeiro dos Santos; Rio de Janeiro 1922

PLANIOL Y RIPERT; Tratado Práctico de Derecho Civil Francés; Tomo VII; Las Obligaciones ( Segunda Parte ); Editorial Cultural, S.A. Habana 1945

ROJINA VILLEGAS, Rafael; Derecho Civil Mexicano; Tomo V, de las Obligaciones, Vol. III; Antigua Librería Robredo, México D.F. 1965

RUGGIERO, Roberto de; Instituciones de Derecho Civil ( Traducción de la 4a. Edición Italiana por Roman Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro ) Tomo II, Vol. 1o. Derecho de Obligaciones; Instituto Editorial Reus; Madrid 1954

SODI, Demetrio; La Nueva Ley Procesal; Tomo II; Segunda Edición Editorial Porrúa, S.A. México 1946

VON TUHR, A; Tratado de las Obligaciones ( Traducción del Alemán por W. Roca ) Tomo II, Primera Edición; Editorial Reus, S.A. Madrid 1934

#### LEGISLACION

Código Civil para el Distrito y Territorio de Baja California, México, Diciembre 8 de 1870

Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California, Editorial Imprenta de Francisco Díez de León, México, - 1884

Código Civil para el Distrito y Territorios Federales; Decima Octava Edición; Editorial Porrúa, S.A. México, 1967

Código Civil del Perú, Concordado por el Dr. Abraham Gómez, Lima Perú.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios; Novena Edición; Editorial Porrúa, S.A. México, 1908

Los Códigos Españoles ( Concordados y anotados ) Fuero Juzgo; Tomo I; Editorial Imprenta de la Publicidad, Madrid 1847

Los Códigos Españoles ( Concordados y anotados ) Código de las -- Siete Partidas; Tomo III; Editorial Imprenta de la Publicidad; - Madrid 1848

ESTE TRABAJO SE IMPRIMIO EN LOS  
TALLERES GUADARRAMA IMPRESORES, S. A.  
AV. CUAUHEMOC No. 1218, COL. VERTIZ  
NARVARTE - MEXICO 13, D. F.  
T E L E F O N O 5 7 5 - 2 8 - 4 1