



ACC. PAULIANA O REVOCATORIA.

TESIS ESCRITA POR EL SEÑOR.

CALIXTO DIAZ MORENZON.

PARA OBTENER EL TITULO DE

DOCTOR

EN DERECHO Y CIENCIAS,

POLITICAS Y SOCIALES.

1952.

S CIB
00019212

J

1581

TESIS DE GRADO.

ACCION PAULIANA.

CAPITULO I.

1o.-NOACIONES GENERALES.-

2o.-BOSQUEJO HISTORICO.-

CAPITULO II.

1o.-NATURALEZA JURIDICA DE LA ACCION PAULIANA.-

2o.-CARACTERISTICAS DE LA ACCION PAULIANA.-

3o.-CONDICIONES INDISPENSABLES PARA EL EJERCICIO DE ESTA ACCION.-

CAPITULO III.

EFFECTOS DE LA ACCION PAULIANA.

1o.-RESPECTO AL ACREDITOR DEMANDANTE.-

2o.-RESPECTO AL TERCERO DEMANDADO.-

3o.-RESPECTO AL DEUDOR FRAUDULENTO.-

4o.-RESPECTO A LOS OTROS ACREDITORES DEL FRAUDATUR.-

CAPITULO IV.

1o.-QUIENES PUEDEN INTENTAR LA ACCION PAULIANA/ CONTRA QUIEN Y CONTRA QUE ACTOS.-

2o.-LA ACCION PAULIANA EN EL DERECHO CIVIL.-

3o.-LA ACCION PAULIANA EN EL DERECHO COMERCIAL.-

4o.-PRESCRIPCION DE LA ACCION PAULIANA.-

CAPITULO V.

1o.-DIFERENCIAS ENTRE LA ACCION PAULTANA Y LA NULIDAD ABSOLUTA.

2o.-DIFERENCIAS ENTRE LA ACCION PAULTANA Y LA DE SUBROACION.-

3o.-DIFERENCIAS ENTRE LA ACCION PAULTANA Y LA DE SIMULACION.-

VI CONCLUSIONES FINALES/

"La Facultad no aprueba ni desaprueba las opiniones emitidas en las tesis; tales opiniones deben ser consideradas como propias de sus autores".-

DEDICATORIA.

A mis padres:

CALIXTO DÍAZ PALOMA Y AURA RODRIGUEZ de DÍAZ, como fieles cumplidores del sagrado deber de educar a sus hijos.-

A mis Hermanos:

ISRAEL, ALBERTO, BENJAMIN, INETHA-BE, SACRAMENTO y AURA DÍAZ RODRIGUEZ, como estimuladores de mi compaña estudiantil.-

A tales aquellas personas que en una forma u otra han manifestado aprecio hacia mi.-

N O T I C I A.

Con el deseo inquebrantable de dejar algo concreto en el paso por las aulas de la Facultad de Derecho, y guiados por las aspiraciones -que son las nuestras- de su ilustre Decano Dr. Ignacio Vélez Martínez, para hacer de esta Facultad la Cuna del Derecho Civil en Colombia, presento como fruto de mi inquietud, y a la consideración de profesores y alumnos, el estudio sobre la "ACCION PAULIANA o ACCION REVOCATORIA", como tema escogido para la Tesis de Grado.-

En mi afán de presentar un buen trabajo he observado dos cosas al consultar varias obras: 1a.-Es cierto que tenemos buenos profesores Nacionales en materia Civil; en cambio carecemos lamentablemente de autores. y 2o.-Los autores extranjeros se citan mutuamente. A esto se debe que en muchos puntos de la Tesis esté separado del marco de los textos, pero estructurados con argumentos jurídicos.-

7

C A P I T U L O - I -

I.- GENERALIDADES.

II.- BOSQUEJO HISTORICO.

I.- GENERALIDADES: No se crea que por la subrogación de parte del acreedor en los derechos y acciones del deudor; y cómo la acción de simulación intentada en nombre y vez del deudor defiende al acreedor, queda libremente de todos los procedimientos fraudulentos por medio de los cuales puede el deudor aparentar una fuerte disminución de su patrimonio, con el fin de eludir el pago del débito-- en todo o en parte. Estos medios jurídicos son insuficientes para la completa tutela del acreedor; decir lo contrario sería demostrar ignorancia absoluta de las distintas artimañas que puede utilizar un deudor para defraudar los derechos de sus acreedores; pues no solamente con "actos de emisión", sino con "actos de acción", no con fingidas disposiciones", sino con "verdaderos actos de enajenación", el deudor puede ejecutar actos verdaderamente fraudulentos que redunden en notorio perjuicio de sus acreedores, ya porque le anime el propósito de favorecer a terceros, ya porque encamine su ánimo a perjudicar a los acreedores. Como garantía protectora a sus intereses ha ofrecido o mejor dicho ha puesto la ley en manos de los acreedores la institución jurídica denominada **ACION PAULIANA** también llamada **ACCION REVOCATORIA.**

La ACCION PAULIANA lo mismo que la ACCION OBLICUA, tiene por objeto evitar en todo momento y en cada caso particular que desaparezca la prenda de los acreedores, es una medida represiva y energica para atacar los actos del deudor que siendo fraudulentos les causen perjuicios.

Es bien sabido por todos, que el derecho de vigilancia mantenido por el acreedor sobre la actividad de su deudor está más acá, o mejor dicho, no alcanza al punto que le permita contradecir u oponerse a todos y cada uno de los actos perjudiciales de éste; sino cuando tales actos ejecutados por el deudor, a sabiendas, repercuten en el acreedor causándole desventajas o perjuicios. Es aquí donde aparece la ACCION PAULIANA o REVOCATORIA en salvaguardia de los intereses del acreedor contra un deudor perverso, inescrupuloso y deshonesto que poco le importa la suerte que corra su reputación como hombre, dentro del conglomerado social al cual pertenece.

Esta ACCION en el Derecho Romano tuvo cabida como "incidente" de la denominada "bonorum venditio", que tenía aplicación en el caso de un deudor civil insolvente para la liquidación de todos sus bienes; tal cual lo que se hace hoy día con los comerciantes en quiebra, la liquidación de sus bienes es colectiva. Era entonces el síndico de esta liquidación colectiva, representante de la masa de acreedores, quien atacaba, en provecho de estos (de los acreedores) los actos fraudulentos del deudor. Hoy, de acción colectiva que era, la ACCION PAULIANA es individual, personal. Se le-

concede a todo acreedor, en particular, y no aprovecha si no a él mismo. No sucede de distinta manera, sino en materia comercial, donde la quiebra ha mantenido el principio de una liquidación colectiva del patrimonio del deudor".--
(Dr. I. Vélez Martínez.).

Por medio de la Acción Oblicua el acreedor obra a nombre del deudor para ejercer sus derechos; derechos que éste, debido a su negligencia ha dejado de ejercer.-- Con la ACCION PAULIANA ese mismo acreedor actúa no en nombre de su deudor, sino personalmente por su cuenta y riesgo, para atacar la actividad dañina del deudor en tanto le sea perjudicial.

Este ataque hecho por el acreedor, a primera vista nos parece que estuviera contradiciéndose con su calidad de "sucesor a título universal del deudor", motivo por el cual debe soportar todas las consecuencias "buenas o malas" que le acarrean los actos ejecutados por el deudor; deudor que debe continuar al frente de sus negocios, representando en ellos a sus acreedores. Todo esto es muy cierto, pero no lo es menos, que esa representación encuentra su límite cuando dicho deudor comete fraude exclusivamente contra sus acreedores. La razón de éste planteamiento la encontramos al considerar, por fuerza de lógica y equidad, que no es posible estar representado por quien en todo momento trata de perjudicarnos. Nuestro enemigo no puede ser al mismo tiempo nuestro amigo.

Aquí, en el caso de fraude, se considera al acreedor como un tercero, y como tal, puede atacar los actos fraudulentos celebrados por el deudor para perjudicarle, y este porque existe el famoso principio universal en derecho "de que los contratos no producen efecto con relación a terceros".

Para concluir con estas nociones generales, veamos lo que dice al respecto Colin y Capitant. "Ya hemos dicho que al lado de las medidas preventivas, de preservación de la garantía de los acreedores, la ley establece, en favor de estos, una medida reparadora. Es ésta la ACCION PAULIANA (Art. 1167), llamada también ACCION REVOCATORIA, destinada a hacer revocar los actos del deudor que causan perjuicio a los acreedores, cuando presentan carácter fraudulento.

"Ocurre con frecuencia que un deudor acorralado quiere librar de sus acreedores una parte de su activo, ya haciendo una liberalidad en favor de uno de sus parientes, ya vendiendo bienes a bajo precio, ya induciendo a su mujer a pedir la separación de bienes, y beneficiándose de esta petición para hacer poner a su nombre el activo de la comunidad o sus bienes propios. Sólo ofrecemos aquí algunos ejemplos, pues son muy numerosos los medios que puede encontrar un deudor sin probidad para defraudar a sus acreedores.

"Por esta razón ya de antiguo se ha concedido a los acreedores el derecho de impugnar estas actos y de hacerlos revocar".

- 5 -

Previas estas consideraciones podemos dar la siguiente definición.

Entiéndese por ACCION PAULIANA o ACCION REVOCATORIA, aquella que la ley otorga al acreedor para que obtenga la revocación de todos los actos o contratos perjudiciales y en fraude a sus derechos, ejecutados por el deudor.

BOSQUEJO HISTORICO.

II. - BOSQUEJO HISTORICO: Como quiera que la ACCION PAULIANA no constituye sino un "incidente" de la bonorum venditio y su nacimiento fué posterior a ésta, es conveniente antes de adentrarnos en el desarrollo histórico de aquella, que conozcamos ésta.

LA BONORUM VENDITIO Y SU ORIGEN: De conformidad con la regla establecida por la Ley de las Doce Tablas, a los acreedores, llegado el caso, les asistía el derecho de poder embargar la "persona" de quienes eran sus deudores. Lo que hoy conocemos como institución de embargo y venta de bienes, por aquella época era poco conocida; dándose las veces que ello fue posible, en favor del Estado ó del Tesoro público para efectuar la bonorum sectio, o sea, una venta pública subasta, sirviendo a la vez como modo adquisitorio á título universal, cuando los cuestores aerarii ordenaban la venta en forma global de todo el patrimonio de una persona deudora del fisco, -- una sucesión vacante ó bienes confiscados. La persona que habiendo pagado el precio de acuerdo con lo dispuesto por el magister, se tenía como propietaria por la sola venta, de la masa de bienes rematada y adquirente a título universal; título éste que gozaba del reconocimiento por parte del derecho civil.

Así las cosas, sobreviene la bonorum venditio en el año 586 ó 648; institución crea-

da en la época del sistema formulario por el pretor Publio Rutilio, cuyo propósito fue la venta global de los bienes del deudor, realizada por sus acreedores. Su campo de aplicación abarcaba los siguientes casos: PRIMERO. A los bienes de una persona viva, que siendo condenada mediante sentencia judicial, ó personalmente en un juicio ha confesado su deuda; si en el término que se le fijó no dió cumplimiento a su obligación; cuando se negaba rotundamente dar respuesta a una acción; cuando el que adquiría la potestad sobre una persona, rehusaba defenderla. SEGUNDO. A los bienes de una persona difunta, cuando se tiene conocimiento sin lugar a dudas, de que esa persona no dejó herederos testamentarios ni de ninguna otra clase que acepten la sucesión.

FORMALIDADES Y PROCEDIMIENTO DE ESTA ACCION: El pretor,

atendiendo la solicitud hecha por los acreedores en el libelo de demanda, decretaba tomar posesión de los bienes del deudor, quien en virtud de esa autorización automáticamente dejaba la administración de dichos bienes, pasando ésta a manos de un curador, que además de ser administrador podía ejercer todas las acciones a que tenía derecho el deudor. En una palabra, guardaba y conservaba los bienes a él encomendados.

La venta se anunciaba por medio de publicaciones (prescriptio, prescriptiones) para que los acreedores y terceros tuvieran conocimiento de ella. Poco más o menos se redactaba el anuncio con estas palabras, "X...., nuestro deudor, ha quebrado y hallándonos ser sus acreedores, procedemos a la venta de su patrimonio; el que pretenda ser comprador puede presentarse".

Transcurrido los plazos de publicación anunciado la venta; que eran de 30 y 15 días según se tratara de bienes de una persona viva ó difunta respectivamente, con un nuevo decreto el pretor reunía a los acreedores para hacer el nombramiento del síndico, encargado de llevar a efecto la venta de los bienes. Este sucedía cuando los acreedores no entraban en acuerdo con las proposiciones de su deudor.

Se escribía una Lex bonorum vendendorum, — propuesta por el síndico — que era tanto como un pliego de cargos donde se insertaban los nombres de los acreedores, el monto de sus derechos y la naturaleza de los bienes. Es decir, el activo y el pasivo del deudor.

Al mejor postor se le declaraba adjudicatario.

EFFECTOS DE LA BONORUM VENDITIO: Estos los estudiaremos respecto al deudor y respecto al comprador. Respecto al deudor, después de ejecutada la venta de sus bienes podía ser perseguido por los acreedores y además era tachado de infamia, salvo el caso, cuando era deudor de buena fe, y se lo permitía la Ley Julia en épocas de César y Augusto, y había hecho cesión de bienes, tenía a su favor el beneficio de competencia, por lo tanto, condenado, no lo podía ser sino hasta donde sus facultades se lo permitieran. La condena también le acarreaba la pérdida de los derechos políticos. Respecto al comprador. — "El bonorum emptor, como adquirente universal, tenía una situación jurídica igual á la del bonorum possessor; debía, pues, usurpar las cosas corporales, y tenía para ponerse en posesión, un interdicto possessorium. Además, para el activo incorporal tenía dos acciones: la acción rutiliana, por la cual demandaba en nombre del deudor vivo, y una segunda acción ficticia (actio serviana), que le permitía obrar en su propio nombre (ficto se herede), si se trataba de bienes de un deudor muerto. En cuanto al pasivo, podía perseguirsele con las mismas acciones.

Como comprador, debía pagar el precio al magister encargado de repartirle entre los acreedores".

La legislación de Justiniano, a la luz del procedimiento ordinario, dió por terminada la venta en masa de los bienes del deudor, creando en su reemplazo la venta detallada, cosa por cosa, (*distractio bonorum*), más que todo con el fin de evitarle la tacha infamante que pudiera caerle a los representantes del orden senatorial. La distractio no daba lugar a suceder a título universal como acontecía con la bonorum venditio.

Estudiada la bonorum venditio, más que todo - por razones de método y por las que anteriormente expresamos entramos ahora si, al estudio histórico de la ACCION PAULIANA.

ACCION PAULIANA

ORIGEN HISTORICO

Siguiéndole el curso al derecho romano en su desarrollo histórico, encontramos en épocas de la República, a un pretor de nombre PAULO que inscribió en Edicto perpetuo una acción, que como homenaje a su nombre se llamó ACCION PAULIANA. (no obstante la duda de la paternidad por parte de algunos comentaristas romanistas, continúa con este nombre en nuestros días.)

Al igual que las acciones Fabiana, Calvisiana; todas las acciones reales y otras, formó parte del grupo catalogado de acciones arbitrarias. Acción arbitraria era aquella en la cual el juez, habiendo reconocido fundada la pretensión del demandante, ordenaba al demandado prestar tal o cual satisfacción al demandante; a falta de ésta satisfacción que el juez fijaba equitativamente (arbitrio suyo) se condenaba al demandado pecuniariamente.

Porque se encaminaba con ella contra el tercero de mala fe que se hubiera prestado como cómplice del deudor para defraudar los intereses de los acreedores, en un principio revistió el carácter de acción penal destinada a aumentar el patrimonio del demandante al recibir el valor de la multa impuesta al demandado como pena pecuniaria. Con el correr del tiempo se permitió perseguir con ella a los denatarios beneficiados con el delito perpetrado por donante, sin entrar a considerar si ellos actuaban conscius.

fraudis, este es, si sabían o no que con el acto causaban ó aumentaban la insolvencia del donante (deudor).

Con todo, si el donatario es de buena fe la ACCION PAULIANA no se daba contra él, sino hasta el límite del beneficio que hubiere recibido.

Quiénes podían intentar la ACCION PAULIANA?

Nada más que aquellos acreedores cuyos créditos fueren anteriores al acto fraudulento que les causa perjuicio. Para los poseedores de créditos posteriores, nada de impugnación porque el acto en forma alguna les ha perjudicado y por lo tanto carecería la acción de fundamento, porque no tenían ninguna clase de derecho antes de realizarse el acto. De ésta regla se exceptúa el caso de subrogación de nuevos acreedores en los derechos de acreedores anteriores.

Cuáles eran las condiciones requeridas para que los acreedores pudieran hacer uso de la ACCION PAULIANA? - Ellas eran tres a saber: 1º.) que el acto ejecutado por el deudor hubiera causado verdadero perjuicio al acreedor, sucediendo este cuando ese acto era motivo para causarle la insolvencia o aumentársela en su patrimonio.

2º.) Que el acto lo ejecutara el deudor *in fraudem crediterum*, interpretando algunos el significado de estas palabras como la intención deliberada de causar perjuicio, y según otros, no es más que el conocimiento que tiene (el deudor) de que su acto es perjudicial cuando lo ejecuta, por producirle insolvencia o aumentársela.

30.) "Que los acreedores inmitidos en posesión de los bienes de su deudor, hubiesen procedido á la bonorum venditio, pero sin llegar á percibir la totalidad de sus créditos".

Como decía, esta institución jurídica fue creada en épocas del derecho pretorio por el Praetor Paulo quien conjuntamente con ésta acción otorgó al acreedor que había sido víctima de fraude, un interdicto para los mismos fines. Así nos lo enseñan los títulos del Digesto; en ellos encontramos expuestas sin lugar a dudas y a todas luces la coexistencia de las dos normas que a la letra dicen:

(Acción Revocatoria) "Ait Praetor: que fraudá tienis causa gesta erunt, cum es qui fraudem non ignoraverit, de his curatori bonorum, vel cui de ea re actionem davi eportebit, intra annum, que experiundi potestas fuerit, actionem dabe; idque etiam ad versus ipsum, qui fraudem fecit, servabe."

(El Interdicto). "Ait Praetor: quae Lucius Titius fraudandi causa sciente te, inbenis quibus de ea re agitur, actio ei ex edicto meo competere, esseve oportet, et si non plus quam annus est, cum de ea re, qua de agitur, experiundi potestas est, restituas".

La Traducción aproximada de estos apuntes es la siguiente.

(Acción Revocatoria). "Dice Praetor: en el lapso del año apto para tramar el asunto daré poderes plenos al administrador de los bienes o a quien convenga--

dar poder acerca de todos los trámites referentes al fraude contra el que conoce el fraude; todo esto vale para el que consumó personalmente el fraude".

(El Interdicto). "Dice el Pretor: es necesario que te ocupes, dentro del año apto para ello, y usando las facultades que tengas, de todas aquellas cosas referentes al fraude que tu conoces. Sea para que tú cargues con la deuda del fraude, sea para que reemplaces al autor del fraude, mediando un arreglo entre él y tu".

Pero no es menos cierto que tropiezamos también con un inconveniente muy grave, como lo es el de que los títulos del mencionado Digesto nada nos dicen referente a si hay o no diferencias entre las dos normas. Como es natural, este silencio ha dado lugar -al igual que muchos otros puntos en derecho- para que renombrados juristas discutan y aleguen ya en un sentido ya en otro para resolver lo que no encontramos en el Digesto. Las opiniones en vista de esto se encuentran divididas formándose multitud de escuelas, que mediante un esfuerzo por la síntesis podemos agruparlas de la manera siguiente:

1a.) Para esta primera escuela, que es la predominante, no se encuentran fundamentos substanciales entre uno y otro medio para establecer diferencias, no es más que cuestión de procedimiento.

2a.) Los propugnadores de esta segunda escuela advierten que si se encuentran variedades substanciales entre los dos medios revocatorios, este es, entre la ALCION PAULIANA y el Interdicto; porque no es lo mismo.

dicen- la acción revocatoria de que goza el acreedor defraudado en caso de venta de bienes corporales y la que tiene contra la destrucción de los bienes o derechos de distinta naturaleza.

Cabe observar, y lo estimo conveniente advertir- que en desarrollo de este segundo punto fueron múltiples las subescuelas que vieron la luz; motivo por el cual me veo en la imperiosa necesidad de no poderlas enumerar todas porque resultaría muy larga y cansona una lista en este sentido y sin ningún resultado práctico.

Así, el gran Bartolo cree reconocer con la acción Calvisiana y Fabiana cuatro medios revocatorios. Se aproximan a esta idea entre otros los romanistas modernos de origen alemán que responden a los siguientes nombres: Cuyacio, Hüscke, Ruderff, Reinhart, Schey, H' unterholzner.

Para Leist la opinión que prevalece es la de que la acción que se encuentra consagrada en el Edicto I. es la que constituye la verdadera ACCION PAULIANA, otorgada seguidamente, al似乎 "curator bonorum", en provecho de todos los acreedores. En cambio la acción que se encuentra consagrada en el Edicto II. tiene fisonomía de un interdicto con carácter netamente particular, concedido a cada acreedor individualmente que haya sufrido perjuicio con ocasión del actor fraudulento. Siguiéndole los pasos a Leist se encuentran Serafini, quien manifiesta su apoyo sobre este punto en la historia de la ACCION PAULIANA o REVOCATORIA.

Si estos señores señalan nada más que dos medios

revocatorios, no sucede así con Brezzo, quien proclama la multiplicidad de estos medios a todo lo largo de la historia del derecho Honorario, y cree encontrar siete medios distintos de revocación, diversidad que la ve, ya en cuanto al objeto, ya en cuanto al procedimiento.

Este recuento es hecho a título de historia, porque el derecho Justinianeo, con un sentido práctico le puso fin a todos los medios revocatorios que imperaron en la época de los Edictos del Pretor; pero en cambio nos legó con una sola norma jurídica en ésta materia, que es la de actualidad en el derecho general, respondiendo al nombre de ACCION PAULIANA o REVOCATORIA. De esta fusión escaparon la acción Calvisiana y la Fabiana, que quedaron con personalidad propia.

En medio de esta marejada de doctrinas en que se debaten ilustres profesores, exponiendo sabias tesis casi irrefutables, permítome dar mi modesta opinión, que al parecer, fué lo que no tuvieron en cuenta los doctos profesores al discurrir sobre la coexistencia de la ACCION PAULIANA o REVOCATORIA y el INTERDICTO. Esta es mi explicación:

Sí existieron las dos disposiciones encaminadas a un mismo fin, distinguiéndose únicamente en el procedimiento, a consecuencias de que la costumbre así lo impuso en el derecho Romano, pues, los interdictos que fueron anteriores a las acciones cuando aparecieron éstas quedó en la concien-

cia del Pretor subsistiendo la institución de los interdic-
tos; que no eran otra cosa sino disposiciones especiales -
por las cuales el magistrado daba una orden o hacia una --
prohibición en virtud de su autoridad inmediata. De manera
pues, la falta de acciones civiles era suplida por los in-
terdictos dictados por el Pretor o magistrado para hacer--
ley en determinadas circunstancias, v.g. cuando eran para-
sancionar derechos que él mismo reconocía, y todo porque--
el Edicto, que no tenía las fórmulas generales de acción,-
no existía todavía, y porque el magistrado debía recurrir--
á una ley especial, á un reglamento de policía; en una pa-
labra, á un interdicto.

Al pasar el tiempo apareció en el hori-
zonte del derecho Romano, la costumbre de hacer edictos, y
fue entonces cuando al lado de ciertos interdictos existie-
ron las acciones cuya finalidad era la misma. Ejemplos: --
Interdicto fraudatorio, Acción Pauliana; Interdicto salvia-
no, Acción serviana; Interdicto exhibitorio, Acción ad ---
exibendum. Y finalmente los interdictos fueron reemplaza-
dos por las acciones cuando desapareció el sistema formula-
rio de la faz del derecho Romano.

Otro aspecto no bien definido y que ha-
dado motivo para discutir, es la incertidumbre de la natu-
raleza jurídica de la ACCION PAULIANA, porque así como Pau-
lo en L. 38, D. de usuris, la llama Actio in Personam, la-
Instituta la trae calificada entre las acciones in rem.

dá por admitida la existencia de dos ACCIONES PAULIANAS: - una in rem, cuya aplicación tiene lugar cuando el objeto enajenado era corpóreo, y se quería conseguir por medio de ella una rei vindicatio; y otra in personam, aplicable a todos los actos fraudulentos del deudor.

M. F. de Savigny se expresa en esta forma: - Esta acción, personal en sí misma, puede en caso de necesidad, de igual manera que la acción resultante de la violencia, transformarse en una in rem actio, por medio de una restitución. Ahora bien; aún en este caso sólo puede dirigirse contra personas determinadas, y es por tanto una acción in rem contra individuales demandados.

Mas adelante continúa diciendo el mismo autor en su obra de Derecho Romano: Una acción de esta especie podría ser designada con la expresión de in rem actio in personam scriptia, advirtiendo que no es mi ánimo recomendar semejante designación que nada tiene de auténtica ni es indispensable.

El interés que podía tener el demandante en preferir la in rem á la in personam actio, consistía en lo siguiente: El adquirente sometido a la Pauliana, por consecuencia de su dolo ó de su título donatario, podía a su vez resultar insolvente, en cuyo caso la acción personal dirigida contra él no produciría resultado alguno.

Sea de ello lo que fuere, entre las opiniones de los romanistas modernos la que goza de mayor cré-

dito, es aquella que califica a la ACCION PAULIANA como -- una acción personal, dirigida a reintegrar el patrimonio-- del deudor, para dejarlo en la misma situación en que se - encontraba antes de ejecutados los actos fraudulentos, y - esto, para que el acreedor obtenga el cumplimiento de su - derecho tal cual como si no se hubiera cometido el fraude.-

C A P I T U L O II

- 1o.- Naturaleza jurídica de la Acción Pauliana.
 - 2o.- Características de la Acción Pauliana.
 - 3o.- Condiciones indispensables para el ejercicio de ésta - acción.
-

1o.- Naturaleza jurídica de la Acción Pauliana.-

Nos encontramos frente al punto neurálgico de la - Acción Pauliana, y como tal, el más delicado. Los autores han tratado de explicarlo valiéndose ya de una, ya de otra, de las tres tesis que encuentran estructuradas, a saber: a) La tesis que ve en la ACCION PAULIANA a una acción de nulidad.- b) La que estima que es una acción de indemnización de perjuicios,- y c) La tesis de algunos autores modernos que consideran que se trata de una aplicación del principio de la inoponibilidad.

Hagámos el estudio separado de cada una de estas - teorías con el fin de tener así, aclarado lo que ellas son y el beneficio práctico que puedan reportarnos.

a) La ACCION PAULIANA es una acción de nulidad.

El principal sostenedor de ésta teoría es nada menos que el ilustre jurista francés Josserand, quien nos invitaba a estimar a la ACCION PAULIANA como una acción de nulidad - pero una nulidad con lineamientos propios, de naturaleza especial.

No aquella que conocemos a través de los artículos del Código Civil, y que taxativamente nos enumeran las causales de nulidad. Cuáles son esas características especiales? -- Estas: 1a) la persona que le ejerce ha sido ajena al acto o contrato, no es un contratante, sino simple y llanamente un tercero. 2.- Los causahabientes a título gratuito, y los causahabientes a título oneroso cómplices del fraude, son los terceros contra quienes produce efecto el ejercicio de la ACCION PAULIANA. 3.- La anulación del acto atacado no le es en toda su integridad, desaparece únicamente para el actor (acreedor demandante), y hasta donde sea necesario para la reparación de su perjuicio. Es pues, una acción de nulidad de modelo reducido y en cuya base se encuentra la indemnización. "La Acción Pauliana se no presenta como una acción de nulidad con finalidad de indemnización".-

Para fundamentar esta teoría se basa Josserand en que los artículos 622 y 788 del Código Civil Francés (respectivamente los del Código Civil Colombiano 862 inciso 2o. "Los acreedores del usufructuario pueden pedir que se le embargue el susufructo, y se les pague con él hasta concurrencia de sus créditos, poniendo la competente caución de conservación y restitución a quien corresponda.

Podrán, por consiguiente, oponerse a toda cesión o renuncia del usufructo hecha con fraude de sus derechos". y el

1295 inciso 2o. "Los acreedores del que repudia en perjuicio de los derechos de ellos, podrán hacerse autorizar --

por el juez para aceptar por el deudor. -

29

En este caso la repudiación no se rescindé sino en favor de los acreedores, y hasta concurrencia de sus créditos; y en el sobrante subsiste"). donde se encuentaran consagrados los efectos de la ACCION PAULIANA usan el término -- "rescindir", dando lugar a interpretarse que esta acción produce afectos contra terceros, efecto que como bien se sabe es propio de la acción de nulidad. Además, el actor no concurre con los acreedores del demandado, la anulación del acto fraudulento según las normas del derecho común, hace salir retroactivamente el bien del patrimonio de éste (demandado) y por lo tanto, de la prenda general de sus acreedores.

Podemos estar satisfechos con lo dicho por Jossérand y con las palabras escritas por el Señor Bello en los artículos de nuestro Código, transcritos arriba?. Claro que no. Por qué?. Sencillamente porque el lenguaje del Código Civil Francés, del cual es una copia rigurosa el Código Civil de Chile, y de éste el nuestro, no obedece a ninguna técnica que por lo demás, en las circunstancias de aquella época en que fueron expedidos no lo necesitaban. Confirman este razonamiento las palabras de Alexandri Rodríguez y Semarrivas expresadas en la forma siguiente: La verdad que si el legislador empleó el término "rescindir", fue por que no tenía otro es éste un "modus dicendi", una forma de expresarse el legislador. Por otra parte, la acción de nulidad tiene cabida única y exclusivamente cuando taxativamente el Código señala la causal que da lugar a ella; la nulidad es de derecho estricto, en ninguna parte señala como causa de nulidad el acto que perjudica al acreedor; no podría en este caso invo-

carse objeto ilícito, incapacidad, ni ninguna de las causales de nulidad. Por último, lo que caracteriza la nulidad es su efecto retroactivo; borra el acto entre las partes y los terceros; sus efectos son más enérgicos aún que los de la acción resolutoria. En cambio por medio de la ACCION PAULIANA subsiste el acto entre el deudor y el tercero, y además, respecto del acreedor el acto se deja sin efecto sólo hasta la concurrencia de su crédito.-

Nuestra Corte Suprema de Justicia ha dicho:....Aunque el Código se vale de la palabra "nulidad", esta expresión no es técnicamente jurídica, pues en rigor lo que ocurre es inoponibilidad del contrato serio contra el derecho del tercero que con esa acción se defiende del daño en referencia.

Los artículos del C.C.C. que consagran la ACCION PAULIANA son los siguientes: 2491; 1441; 1451; 1636; 882; en el C. de C. están el 162 y el 163. ~~anterior~~

Las palabras de Planiol son estas: para el caso que nos ocupa-, "Las dudas en cuanto el carácter exacto de la acción pauliana- acción de nulidad o de indemnización- proviene de que, según los casos, sus resultados varían: conduce a veces al abono de los daños y perjuicios en favor del demandante, para cuya obtención tendrá que ir concurriendo con los demás acreedores del demandado, o bien a la recuperación en especie del bien ejajenado, que vuelve a servir como prenda del demandante, libre de toda carga constituida por el demandado y con exclusión de toda pretensión concurrente por parte de los acreedores de éste. El carácter de acción de indemnización, evidente en

el primer caso, parece desaparecer en el segundo; todo —
sucede como si se tratara de una acción de nulidad. La --
restitución en especie es lo que habitualmente se logra en
la acción pauliana.

Además, la idea de indemnización parece bas-
tante extraña, si se medita acerca del funcionamiento de-
la acción. La reparación a que tendería sería reclamada, e-
no en la forma normal, o sea al autor principal del frau-
de, que es el deudor, sino exclusivamente a un tercero, —
que a veces será simplemente un cómplice y otras, si fü-
se un donatario de buena fe, no habrá participado en modo
alguno en el fraude.

... El hecho que la acción pauliana vaya diri-
gida contra el tercero adquirente conviene mucho más a la
acción de nulidad que a la de indemnización. Si no se ex-
plica que la reparación incumbe únicamente al que no es
más gravemente culpable (que a veces no lo es en sentido
alguno), es natural e inevitable que una acción de nulidad
debe perjudicar al que participó en el acto anulado, sea-
cualquiera su situación personal.

Cierto es que, por otra parte, es imposi-
ble equiparar de modo total la acción pauliana con la ac-
ción de nulidad ordinaria.-

Primeramente, el acto queda anulado sólo
en modo parcial y limitado. No deja de existir y a veces,
respecto a todos los demás subsiste con todas sus conse-
cuencias. Este sería una inoponibilidad relativa, mejor
que nulidad.-

Además, la revocación no se funda en un --

vicio esencial, en la formación del acto jurídico. Todos sus elementos fundamentales se hallan presente y son regulados por si mismos. La irregularidad se deriva de la intervención de un factor ajeno, la intención del autor del acto, que se estima reprobable.-

En fin, la desaparición del acto no tiene tanto como objeto la sanción del vicio tomado en cuenta, como cuando se trata por ejemplo de la violación de una regla de orden público, como de amparar los intereses privados, contra las consecuencias nocivas que implicaría para ellos ese vicio, y de indemnizarlos.-

No se puede, excluir en términos generales la acción pauliana del grupo de las acciones indemnizatorias. El carácter fundamental que en ningún momento ha dejado de tener, según el principio mismo que gobierna su creación, es, en cambio, el de ser una acción de reparación. Tiene a reparar el perjuicio sufrido por un acreedor por el hecho del fraude cometido contra él por el deudor. Pero es indudable que el sistema de reparaciones por ella establecido ofrece particularidades irreductibles.-

La más característica estriba en que la indemnización consiste habitualmente en la nulidad del acto fraudulento: por ese hecho la indemnización va dirigida contra el adquirente y tiene de ese modo mucha mayor eficacia. El deudor por definición es insolvente en este caso, por lo que sería inútil conceder al acreedor como reparación los daños y perjuicios, que hayan de hacerse efectivos a cargo de él. La nulidad en este sentido, nos o-

frece una primera garantía de eficacia. Además, nos ofrece también, la de evitar al acreedor demandante verse equiparado a los demás acreedores del demandado y tener que concurrir con ellos para recobrar el valor por él reclamado. La nulidad constituye, en fin, el modo de reparación más adecuado y sencillo. Ya que los perjuicios causados al demandante proceden de los efectos que produciría en su detimento el acto fraudulento, la mejor reparación consistirá en librarlo de ellos anulando ese acto. El procedimiento adoptado permite suprimir la fuente misma del daño; y no sólo, como sucede generalmente, sus consecuencias ya producidas.

En una palabra, la acción pauliana se nos presenta como una acción de nulidad con finalidad de indemnización. La combinación de esos dos caracteres explica las particularidades de su funcionamiento, así como la diversidad de resultados que permite obtener. Esta acción no se basa en una teoría jurídica precisa, sino, ante todo, en una preocupación de equidad y una consideración moral. La intervención del fraude del deudor se estima bastante grave por el derecho para que imponga el restablecimiento del orden violado, en detrimento del tercero que ha sido mezclado, aún cuando a veces sea inconscientemente, en la maquinación. Las medidas adoptadas a fin de hacer más segura, más rápida y más directa esa restitución de las cosas al estado primitivo, se nos aparecen como particularidades, sorprendentes a primera vista, de la acción pauliana.

En honor a la verdad, reconocemos que los argumentos de Planiol y Ripert, están cuidadosamente estructurados con bases en la realidad de los hecho y en forma clara y precisa; pero no los aceptamos por lo que ya conocemos de la ACCION PAULIANA: acción ésta que para su ejercicio no hay necesidad de entrar a estudiar si lo que da lugar a ella es o no una de las causales que expresamente trae el Código para la de nulidad; motivo éste que nos obliga a alejarnos del concepto por el cual se estima a la ACCION PAULIANA como acción de nulidad. Pero tampoco se puede equiparar a la de indemnización de daños y perjuicios, ya que élla se persigue principalmente obtener por parte del acreedor demandante la revocación del acto fraudulento hecho por su deudor, con el fin de poder él embargar la cosa e- mienada. Naturalmente que esta revocación tiene lugar cuando no se lesionan intereses respetables de terceros.

La ley, fiel guardian de los intereses de los asociados protege y ampara a los terceros de buena fe, porque de otro modo el comercio y las relaciones contractuales serían imposibles. Confirman estas palabras los artículos del C.C.C. .-

Art.-947 Pueden reivindicarse las cosas corporales, raíces y muebles. Exceptúanse las cosas muebles, cuyo poseedor las haya comprado en una feria, tienda o almacén u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase.

Justificada esta circunstancia, no estará el poseedor obligado a restituir la cosa si no se le reembolsa lo que haya dado por ella y lo que haya gastado en re-

pararla y mejorarla.-

Art.- 1547. Si el que debe una cosa mueble a plazo, o bajo condición suspensiva o resolutoria, la enajena, no habrá derecho de reivindicarla contra terceros poseedores de buena fe.-

Art.- 1548. Si el que debe un inmueble bajo condición la enajena, o lo grava con hipoteca o servidumbre, e no podrá resolverse la enajenación o gravamen sino cuando la condición constaba en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública.-

Art.- 1643. Si se ha estipulado que se pague al acreedor mismo, o a un tercero el pago hecho a cualquiera de los dos es igualmente válido. Y no puede el acreedor prohibir que se haga el pago al tercero, a menos que antes de la prohibición haya demandado en juicio al deudor o que pruebe justo motivo para ello.-

Pero cuando esa buena fe ha desaparecido es imposible esta protección porque viola el principio fundamental del orden público.-

Revocación será cuando la cosa enajenada se encuentre todavía en poder del tercero donatario o del causahabiente a título onerosa cómplice del fraude del deudor (consilium fraudis), o si la tiene un segundo adquirente que participe, con el tercero de quien tiene la cosa, de una y otra de éstas dos cualidades". Ahora, si el segundo adquirente posee la cosa a título oneroso y amparado por su buena fe, el actor no podrá pedir la revocación de su derecho, solamente encaminará la acción que le cabe contra el primer adquirente para que sea condenado a indemnizarle los

daños y perjuicios que por su culpa ha sufrido.-

Después de estas consideraciones no me queda otro camino, sino afirmar rotundamente que la ACCIÓN PAULIANA es una acción revocatoria de naturaleza especial; nada de querer enmarcarla como una nulidad o una indemnización.

Su fundamento lo encontramos - y aquí si estoy de acuerdo con Planiol y Ripert- en un principio de equidad y más que todo de moral.-

b).- La ACCIÓN PAULIANA es una acción de indemnización de perjuicios.

Los propugnadores de esta segunda tesis sostienen que la ACCIÓN PAULIANA es simple y llanamente una acción de indemnización de perjuicios. Estamos- dicen ellos- frente a un hecho ilícito, como lo es, el ejecutado entre el deudor y el tercero cómplice del fraude; el acreedor se queja de ello y desea la reintegración al patrimonio de su deudor del bien salido fraudulentamente. Ahora, como al despojarse fraudulentamente ese deudor de una parte de su patrimonio perjudicando a su acreedor realiza un acto que constituye por si, un hecho ilícito que causa daño a éste; he aquí lo que sirve de fuente a la indemnización que buscará el acreedor directamente de parte del tercero adquirente, mediante la revocación del acto para que el bien nuevamente forme parte de la prenda general. En pocas palabras, cada vez que se lleve a efecto, por el deudor, un acto fraudulento, y como tal, ilícito y que cause daño a perjuicio, será motivo más que suficiente

para que el acreedor sea merecedor a una indemnización consistente en este caso, en dejar sin efecto el acto perjudicial.-

Esta tesis, -como lo dice claramente Arturo Valencia Zea en su obra "Curso de Derecho Civil Colombiano", (Tomo VI. de las Obligaciones), - en verdad, puede explicar la revocación de los actos a título oneroso pero no la de los actos a título gratuito, pues, en éstos, la revocación procede a pesar de la buena fe del tercero adquirente...-

Por tanto en este caso no hay un hecho ilícito. Pero si no puede fundamentarse la mencionada revocación en un hecho ilícito bien puede estructurarse dentro del principio general que prohíbe a una persona enriquecerse injustamente a expensas de otro. El enriquecido lo es el tercero adquirente a título gratuito; el empobrecimiento: el acreedor.-

Mazeud dice: en su origen la ACCION PAULIANA era definitivamente una acción de responsabilidad y más aún una acción de responsabilidad penal. Pero en su origen dicha acción no podría ser intentada contra los terceros que habían contratado con el deudor, sino cuando estos terceros eran cómplices del fraude, a tiem po que hoy día, al menos en determinados casos se puede ejercer la ACCION PAULIANA contra los terceros, aun cuando no sean cómplices del fraude, aunque, por consiguiente no pueda reprocharseles nada.-

No habiendo responsabilidad sin culpa, se desprende de ello que no se está en presencia de una

acción de responsabilidad civil por perjuicios.

c).- La ACCIÓN PAULIANA es una acción de inoponibilidad.-

El sostenedor de ésta tesis es Demogue, y nuestra Corte Suprema de Justicia en fallo de febrero 15 de 1940 se ha mostrado partidaria a ella cuando dice: "El ejercicio de la acción pauliana, no es en realidad el ejercicio de una acción de nulidad, aunque el Código así la califique. Técnicamente es una acción de inoponibilidad del contrato serio contra el derecho de terceros que con esta acción se defiende de un perjuicio".-

El acto que constituye la enajenación hecha por el deudor de los bienes que forman la prenda general al pago de sus deudas; es inoponible a los acreedores de buena fe.

No podemos aceptar la tesis de la inoponibilidad porque la acción pasa contra terceros; el acto incriminado no sólo es factible de inoponibilidad al acreedor o acreedores que han instaurado la demanda, sino que la sentencia dictada por el juez va contra verdaderos terceros.-

Al producirse el efecto de la acción, sale el bien que ha sido enajenado, del patrimonio del tercero adquiriente, exceptuándose cuando estamos en presencia de una cantidad de dinero, porque se daría el caso de la concurrencia de los intereses del acreedor o acreedores del deudor con los del tercero.-

Los subadquirientes no serán atacados con la ACCIÓN PAULIANA si no lo es el primer adquiriente, ahora, si éste no está a salvo de la acción, el actor necesaria-

mente deberá probar la mala fe del subadquirente, en los actos a título oneroso, no así en los actos a título gratuito.

La conclusión que he sacado después de analizar las tesis arriba comentadas no es otra, más que la apreciación obtenida en un principio, referente a estimar a la -- ACCION PAULIANA como una acción revocatoria de naturaleza especial cuya fuente es la moral y la equidad en aras de conservar el equilibrio en las relaciones contractuales de los asociados. No es una acción real sino personal, sus efectos se producen aun contra terceros, individualmente en atención al acreedor demandante, quedando con existencia el acto o contrato entre los contratantes en aquella parte que exeda al interés de dicho demandante, esa plus-valía permanece adquirida por el tercero demandado.

20.- Características de la ACCION PAULIANA.

a) Es una acción individual. En ésta característica se nota la diferencia que existe entre el Derecho moderno y el Derecho romano; en tanto que en éste la ACCION PAULIANA según lo ordenaba el pretor era ejercida por el "curator bonorum" en nombre de todos los acreedores del deudor, e igualmente reportaban beneficios. Hoy día no opera de la misma manera, ya que cada acreedor en particular y en su propio nombre tratará de hallar individualmente el pago de su crédito.

b) Es una acción personal y no real. Despues de largas discusiones sobre este punto, la Doctrina y la Jurispru-

dencia se muestran uniforme en estimar a la ACCION PAULIANA como una acción personal. En nuestro Derecho Civil éste ha sido el carácter que se le ha asignado, siguiendo como anoté ya, las grandes tendencias del derechos moderno.

Los autores que la catalogan de acción real sin duda alguna se fundamentan en los efectos que producen contra terceros adquirentes o subadquirentes. No nos dejemos seducir por tan ligera apreciación ya que en todo momento quien la ejerce es un acreedor dueño de un derecho personal, como lo son todos los derechos de crédito, y que engañaran por tal motivo acciones personales; es difícil si no imposible encontrar una acción real sancionando un derecho de crédito. O como dice el Decano de la Facultad de *Catálogo. Dr. Agustín Vilas Matínez en sus conferencias de Derecho Civil Obligaciones*. "La acción pauliana la entabla un acreedor, este es, el sujeto activo de una relación obligacional, el dueño de un derecho llamado personal, del cual, solamente puede nacer acciones personales". y

c) Para Josserand, la ACCION PAULIANA se presta para castigar un abuso de derecho: el deudor fraudulento ha abusado del derecho que tenía de administrar libremente su patrimonio.

30.- Condiciones indispensables para el ejercicio de ésta - acción.

Ordinariamente se tienen como esenciales, dos condiciones para el ejercicio de la ACCION PAULIANA, que son las que le dan su naturaleza especial y determinan su campo de aplicación. Estas son las condiciones:

1o.- Que el acto ejecutado por el deudor cause perjuicio al acreedor (*eventus damnis*).-

2o.- Que ese mismo acto sea cometido en fraude a los derechos de los acreedores (*consilium fraudis*).-

3o.- Cuando se está en presencia de actos a título onerosos hay que añadir a las anteriores otra condición indispensable, ésta es; la complicidad del tercero adquiriente en el fraude del deudor.-

Inudablemente que en estos tres puntos nada ha variado el derecho moderno de la antigua legislación romana creadora de la institución que es objeto de este estudio.

Por separado comentaremos cada una de éstas condiciones.-

1o.- El Perjuicio. Este es, aplicación del principio bien conocido, "sin interés no hay acción". Es así como queda demostrado para que la ACCION PAULIANA prospere en el juicio, indudablemente el demandante ha de comprobar que el acto impugnado le causó un perjuicio actual y personal; porque con dicho acto el deudor ha entrado en insolvencia-

o se ha aumentado la anterior, debido a la salida de bienes del patrimonio que constituye la prenda general. Por eso, cuando un acreedor demandante impugnare un acto de su deudor no será oido y la acción no prosperará, si con tal acto, no obstante de haberse ejecutado con marcada intención fraudulenta apareciere en el ánimo de juzgador previas circunstancias o consideraciones, no haberse causado perjuicio alguno a dicho acreedor. Por ejemplo: si un comerciante deudor ha vendido objetos muebles y mercancías embargadas por un acreedor, éste no puede impugnar la venta si se demuestra que éstos objetos estaban gravados en beneficio de un tercero con un derecho de prenda que absorbia con exceso el precio.

Esta primera condición, y no otra, es la razón que existe para que actos, como los pagos no puedan ser impugnados, ya que éste no empobrece al deudor y como lógica deducción de ello, concluimos que no se produce perjuicio a los acreedores por la rebaja del patrimonio.

Ahora, comúnmente se tiene entendido que el perjuicio se presenta en aquellos casos cuando al instaurarse la acción el activo del deudor no es lo suficiente para obtener el acreedor el pago completo de lo que se le está debiendo y éste estado de cosas no tiene otra causa, si no las maniobras fraudulentas cometidas por el deudor. De aquí se desprende que muchas veces el no cumplimiento en el pago total de la deuda, obedece a que el pasivo del deudor es mayor que su activo; este ~~es~~ encuentra insolvente.

No obstante lo dicho se puede dar el caso de tener el deudor el activo superior al pasivo y sin embargo subsistir el perjuicio. Sucede "cuando los bienes incluidos sean incmbagables o se ignore su paradero o se hallen situados en el extranjero, en condiciones tales que su ejecución forzosa sea casi imposible".-

El caso contrario, esto es, estando el activo por debajo del pasivo, la condición del perjuicio puede fallar "cuando ciertas deudas no son todavía exigibles o si ciertos acreedores, por abstenerse de cobrar lo que les adeuda, no concurren con el demandante en la distribución de los fondos existentes".

De ordinario para el ejercicio de la ACCION PAULIANA y para la formación del activo del deudor se tienen en cuenta los bienes inmuebles, como también aquellos muebles cuya determinación es clara y precisa. El C. C. C. en su artículo 2491 se refiere a la insolvencia del deudor, en términos generales por medio de la frase "mal estado de los negocios".

De ésta primera condición constituida por el Perjuicio, se deduce que el acto demandado por el acreedor constituye para el deudor un acto de empobrecimiento, recaído sobre un bien susceptible de ser embargado al no ser por la enajenación fraudulenta, además, el acreedor hubiera obtenido con él la totalidad de su pago. Así mismo ésta condición sólo da derecho a la ACCION PAULIANA a aquellos acreedores cuya cesión data de una fecha anterior al acto fraudulento, por acreedores posteriores, si se regieren del daño, no es

ya por consecuencia de los actos con que el deudor disminuyó anteriormente su patrimonio. Al nacer el crédito, los bienes objeto del acto de enajenación o de renuncia, no existían para nada en el patrimonio del deudor, y por lo mismo, jamás constituyeron la garantía del acreedor posterior; Por otro lado le dá el carácter de acción subsidiaria debido a que, -como me referé anteriormente- el perjuicio nos conduce a pensar seguidamente en la insolvencia que padece el deudor, es decir, lo que le quedó de bienes en su patrimonio no le alcanza para responder a su deudor.

De ahí, que lo primero que tendrá que probar el acreedor para ejercer la acción, será la falta de bienes del deudor, motivo por el cual el tercero adquirente goza prácticamente de lo que pudieramos llamar "beneficio de excusión" ya que al sentirse demandado puede pedir previamente el embargo de los bienes que quedan en poder del deudor. Por último si paga al acreedor puede quedar libre.

Finalmente no se pueden atacar con la ACCION PAULIANA los actos que se refieren a los derechos unidos exclusivamente a la persona, pues, la mayoría de ellos son más bien objeto de la acción subrogatoria. Por ejemplo: "un donante renuncia expresamente en beneficio del donatario a pedir la revocación de la donación por causa de ingratitud".

De qué les servirá aquí la ACCION PAULIANA, si una vez la renuncia anulada no podrían pedir por si mismos

la revocación?.-

20.- El Fraude. Con el fraude se trata de obtener un provecho ilícito, esquivar el cumplimiento de las obligaciones que ordinariamente y comúnmente deben cumplirse. La noción de fraude contiene la de mala fe; no satisfacer una obligación, en éste caso concreto, respecto de terceros; estructurándose aquí el fraude pauliano.-

En el desarrollo de todo acto humano por lo general entran en juego dos elementos que son los que le dan vida; estos son: un elemento material y otro espiritual. -- Estudiado ya el perjuicio, elemento material, como primera condición para el ejercicio de la ACCION PAULIANA; tocale el turno ahora al fraude, elemento intencional. El -- Fraude pauliano es simplemente una situación de espíritu. -- No obstante lo dicho, no hay que confundir la palabra fraude usada aquí, con la palabra dolo, que es tanto como decir intención premeditada de causar daño a otro; debe tomarse como el conocimiento que tiene el deudor del perjuicio que le va a causar a su acreedor con la realización de un acto que él sabe le traerá como consecuencias la insolvencia o el aumento de la que ya está padeciendo. En síntesis éste fraude es un elemento de orden psicológico, caracterizado por ejercerse contra los derechos de los acreedores.

Por eso se dice que hay fraude cometido por el deudor aún cuando el acto consumado no se haya dirigido directa y reflexivamente a engañar a los acreedores.

En Francia la Corte de Casación en sus fallos-

144

no siempre ha sustentado la misma doctrina, mientras en unos sostiene que es suficiente el conocimiento que tenga el deudor del perjuicio que le causará con el acto a su acreedor; en cambio en otros no se contenta con ese presumpuesto sino que ha exigido en el deudor la intención marcad a de perjudicar. Entre los detalles en que han fundado esta discrepancia está la naturaleza del acto impugnado. Así, bastará en los actos a título gratuito el mero conocimiento que tenga el deudor del perjuicio, no así para los actos a título oneroso donde será indispensable la intención de perjudicar.

Definitivamente la Doctrina y la Jurisprudencia están de acuerdo en considerar el fraude como condición necesaria para el ejercicio de la ACCION PAULIANA, trátese ya, de actos a título oneroso, ya de actos a título gratuito.

La tesis que ha tratado de sostener que para los actos a título gratuito no se requiere el fraude, es rechazada por carecer de fundamento.

La ley colombiana exige la mala fe tanto del deudor como del adquirente en lo relativo a los contratos onerosos; y sólo la mala fe del deudor en los contratos a título gratuito (Art.- 2491).

Los artículos 1441; 1295; 1636 y otros, no obstante no mencionar la mala fe o fraude del deudor, ello no implica que para dichos actos no se exija el fraude; si

no, lo mencionan es porque realizan aplicaciones concretas de la acción. En consecuencias el fraude se exige tanto respecto a los actos a título oneroso como en los actos a título gratuito (Cas. Civ. agosto 26 de 1.938 XLVII 63; Cas. Civ. febrero 15 de 1.940, XLIX, 70.)

30.- Complicidad del tercero en el fraude del deudor.- Tratándose de actos a título oneroso para el ejercicio de la acción, no bastan las condiciones que han sido estudiadas ya; el perjuicio y el fraude del deudor, que son las que se toman en cuenta para los actos a título gratuito aun cuando el tercero, sea de buena fe. Si el deudor celebra un acto con un tercero, y es a título oneroso, el acreedor para poder obtener la revocación de ese acto, tiene que demostrar primeramente que dicho tercero es cómplice del fraude cometido por el deudor. Así lo exige el Art. 2491 del C. C. C., que consagra la ACCION PAULIANA y que enseguida transcribe: Art. 2491. "En cuanto a los actos ejecutados antes de la cesión de bienes o a la apertura del concurso se observarán las disposiciones siguientes:

10.- Los acreedores tendrán derecho para que se rescindan los contratos onerosos, y las hipotecas, prendas y anticresis que el que el deudor haya otorgado en perjuicio de ellos, siendo de mala fe el otorgante y el adquirente, este es, conociendo ambos el mal estado de los negocios del primero.

20.- Los actos y contratos no comprendidos

en el número precedente, incluso las remisiones y pactos de liberación a título gratuito, serán rescindibles, probándose la mala fe del deudor y el perjuicio de los acreedores.

3a.- Las acciones concedidas en este artículo a los acreedores, expiran en un año, contado desde la fecha del acto o contrato".-

Pero esta complicidad puede ser tácita ya que con el mero conocimiento que tengan ambos contratantes; -- deudor y tercero adquirente, del mal estado de los negocios o de la insolvencia del primero, se dá por aceptado el concierto. Concierto del fraude tanto del deudor como del tercero adquirente que se requiere en los actos a título oneroso para atacarlos y poder obtener la revocación -- por medio de la ACCION PAULIANA.-

Es preciso aclarar de una vez por todas, que la complicidad del tercero se reduce al conocimiento que tenga él de la insolvencia del deudor y del perjuicio que pueda causar a los acreedores la realización del acto. De aquí se deduce que no se toma para nada el fraude personal del tercero adquirente en los actos a título oneroso ya que por ciertas circunstancias, su participación en el fraude, puede resultar con la suficiente certeza del conocimiento que tenía de la insolvencia del deudor; "basta la complicidad del tercero en el fraude del deudor, conocimiento que hace presumir su participación"; "conocer el estado crítico de los negocios de una persona lleva, según todas

las probalidades, a presumir su fraude en perjuicio de sus acreedores, cuando otros indicios concurren, además, resultando de la índole de las circunstancias del acto".

La distinción que hay entre actos a título onerosos y actos a título gratuito data de la época del Derecho romano y se ha transmitido a nosotros porque en realidad de verdad tiene como base fundamental las nociones de equidad y justicia que hoy por hoy conservan su valor en toda su amplitud. Nos encontramos frente a dos intereses en contraposición y se quiere saber cual de ellos tiene supremacía; si el interés de los acreedores, que han sido víctimas del engaño, o si el interés del tercero que ha celebrado el acto con el deudor. "Si se comprende que sea preferido el interés de los primeros que tratan de no perder, cuando el tercero a que hay que vencer es un donatario el cual certat de lucro captando, será, en cambio, injusto sacrificar en beneficio de los acreedores al adquirente de buena fe que ha pagado la cosa, pues también él certat de damno vitando".-

Entonces tenemos, que cuando se trata de actos a título gratuito, el acreedor puede atacar dicho acto no obstante ser el adquirente de buena fe, ya que ésta lo que podría alegar para oponerse sería su enriquecimiento, y no es posible que esto suceda cuando a costa dese enriquecimiento resultan los acreedores perjudicados. Semejante injusticia no la puede tolerar nunca la sociedad,

y por eso, en el curso de su historia jurídica se ha mostrado celosa en las relaciones contractuales para que la equidad y la justicia campen en todo momento y no la inmoralidad-en este caso- de un deudor deshonesto e inescrupuloso que trata de burlar los intereses de sus acreedores por medio de transmisión gratuita a un tercero ajeno si es posible al acto fraudulento.-

Ahora, cuando se trata de actos a título oneroso hay que exigir la complicidad fraudulenta del deudor y del tercero adquirente, para que pueda prosperar la ACCION PAULIANA que ataca al acto. Si el último es de buena fe, la acción será ineficaz, el acto permanecerá intacto, esto es, será inatacable por la sencilla razón de que el tercero se opondrá al ataque para no sufrir la pérdida de lo que pagó por el bien recibido.-

En atención a esa división de los actos, en onerosos y gratuitos se ha buscado, para aquellos que ofrecen ambigüedad, según los casos, donde deben colocarse para la aplicación de la ACCION PAULIANA. Entre estos tenemos a las donaciones remuneratorias; a las donaciones con cargas y a la constitución de la dote. Es necesario precisar en cada caso, cuál es la naturaleza intrínseca del acto, y en qué medida el tercero ha suministrado la contrapartida de lo que recibió.-

"La situación es más complicada en el caso de donación-con carga, por el hecho que el acto interesa no solamente al donatario sino asimismo al tercero beneficiario de la carga y que su carácter pudiera no ser igual res-

pecto a ambos. No basta con apreciar el estado de cosas en cuanto al donatario; el tercero beneficiario puede equipararse al segundo adquirente en cuanto a la porción de la donación sujeta a la carga y su situación personal ha de tenerse en cuenta.

La acción, por tanto, no prosperará contra él, es decir, la revocación de la donación no podrá obtenerse en cuanto a esa porción, sino cuando haya sido cómplice en el fraude, siempre que el beneficio de la carga no sea gratuito para él: por ejemplo, si se trata de un acreedor del donante para quien la carga impuesta constituiría un modo de pago". (Planiol y Riport. p.244, tomo VII).

Para el caso de la constitución de la dote: -- por ejemplo, cuando un padre lleno de deudas trata de eludir el pago de ellas, constituyéndole una dote a su hija que se casa, no teniendo en cuenta para nada el perjuicio que con ello le causa a sus acreedores; cuál es el camino a seguir para catalogar este acto?.-

Ni los autores ni la jurisprudencia nacional, que yo sepa, han dicho nada al respecto; tal vez sea por la falta de casos concretos sobre la materia ya que la constitución de la dote en nuestro medio social, al igual que las capitulaciones matrimoniales, la costumbre las ha abolido.-

Sobre este punto, cuatro han sido las opiniones que se discuten en Francia el predominio de la Doctrina. La primera enseña que la constitución de la dote respecto al marido y a la dotada, es un acto a título gratuito. La segunda, que la constitución de la dote tanto para la dota-

da como para el marido es un acto a título oneroso. La tercera opinión establece diferencias entre la condición jurídica del marido y la de la dotada; para el primero estima oneroso el acto, no así para la segunda, considerándolo todo lo contrario, a título gratuito. Por último, Laurent, en forma distinta a las opiniones anteriores, reputa la constitución de la dote, acto a título gratuito, respecto a la mujer, dice que la investigación de la naturaleza de este acto respecto al marido es enteramente inútil, ya que siendo el marido un adquirente mediato del fraudator, la constitución dotal debe desaparecer ante él, cualquiera que sea su intención, en virtud del principio: resolutio jure dantis, recelvitur jus accipientis. - (resuelto al derecho del que da, se resuelve el derecho del que recibe). -

En Italia, Maicerini adhiere a la primera opinión. Pedrazzi y Brezzo de manera diferente se muestran partidarios de la tercera, han encontrado apoyo además, en las Cortes de Casación de Turín y de Palermo. Jorge Giorgi también les acompaña en esa opinión. -

En Francia varias sentencias de la Corte, han adherido a la segunda opinión al estimar la constitución de la dote, respecto a los hijos, como un acto a título oneroso, "porque es la compensación de las cargas que el matrimonio lleva consigo". Nos encontramos entonces, frente a una donación con carácter oneroso que debe ser tomada en determinados momentos como una enajenación a título oneroso. De maneras que un acreedor que quisiera pedir la revocación de este acto, en el ejemplo transcripto arriba, debe-

rá probar no sólo el fraude del deudor, sino también la -- complicidad de la dotada. Otra cosa, el marido de la hija se considera como un subadquirente a título oneroso porque ha recibido la dote con el objeto de poder sobrellevar las cargas que acarrea el matrimonio. "Si, por lo tanto, los acreedores quieren hacer revocar la constitución de dote durante el matrimonio, deberán probar, no solamente la mala fe de la hija, sino también la del yerno, lo que sería casi imposible" (S. 16 de noviembre de 1910; S. 1912 I.101) --- (segunda sentencia).-

Si la dote ha sido constituida al marido, la Corte de Casación francesa da la misma solución cuando dice: "estando destinada la constitución de la dote a procurar recursos al hogar, interesa igualmente a ambos conyúuges. La acción sólo puede prosperar, por lo tanto, cuando ha existido un concierto fraudulento entre todos los interesados, es decir, entre el donante, el marido dotado y su cónyuge".-

Advierto, no estoy de acuerdo con la jurisprudencia francesa al respecto, ya que dada la dificultad que sería probar el concierto fraudulento entre donante, el dotado y su cónyuge, se prestaría para graves consecuencias muchas veces inmorales. No es posible permitir que un matrimonio goce de todas las comodidades económicas cuando ellas son fuente de perjuicio para los acreedores del padre inescrupuloso y deshonesto. Por eso recomendaría mejor, tomar en cuenta la pura liberalidad o beneficencia, que es la única causa de las donaciones y considerarlas, s-

como un acto a título gratuito. Todo de acuerdo con el artículo 1443 C.C.C. que dice: Art. 1443. "La donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere, gratuitamente e irrecabablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta".-

La garantía de esta consideración es la de que el acreedor no tendrá que probar la complicidad fraudulenta de las personas que entranen la constitución dotal sino que, como ésta es acto a título gratuito, con la sola prueba del fraude de su deudor le será eficaz la acción para la revocación de dicho acto.-

Entre otras de las razones que me impulsan a manifestar que la constitución dotal a título gratuito, respecto a la mujer y al marido, encuentra que las cargas del matrimonio las asume el marido en favor de la mujer y de los hijos, no para hacer una contraprestación en provecho del constituyente; en otras palabras, los gravámenes del matrimonio no representan en manera alguna el valor de lo que él entregó, ya que estas cargas de la vida matrimonial jamás pueden tener un equivalente en dinero. Son inestimables y de carácter más que todo moral como bien lo dice Maierini, que es repugnante al sentimiento al jurídico de la edad nuestra el considerar la constitución dotal, como uno de entre los motivos principales del matrimonio en el ánimo del marido.-

Finalmente, las cargas que sobrevienen a la vida conyugal no son originadas por la constitución de la dote, sino por el matrimonio. El hecho de que el

marido las soporte no quiere decir que sea en contraprestación de la dote. Aún sin constituirse ésta, por el hecho del matrimonio el marido tiene que asumirlas.-

Por último, "la fianza que el fraudator preste en ventaja de un tercero, ¿es acto a título oneroso o título gratuito?. A título oneroso, porque el garantido certat, no de lucro captando, sino de damno vitando. Generalizándose así, diremos, se consideran actos a título oneroso todos aquello, con los cuales el deudor insolvente mejora la condición de un acreedor en menoscabo de los demás. Tal es el pago anticipado, la datio in solutum, la concesión de nuevas prendas e hipotecas. En verdad, en todos estos actos, el tercero no certat de lucro captando, pero si de damno vitando; porque procura recuperar lo suyo. Es inútil ocuparse del pago de los débitos vencidos. Verdaderamente, atendiendo a estos la acción Pauliana no puede proponerse por falta de fraude posible en el deudor.- (Giorgi, Obligaciones, Tomo II p. 358 ss.).-

C A P I T U L O III.

E F E C T O S D E L A A C C I O N PAU L I A N A .

- 1o.- Respecto al Acreedor Demandante.-
 - 2o.- Respecto al Tercero Demandado.-
 - 3o.- Respecto al Deudor Fraudulento.-
 - 4o.- Respecto a los otros Acreedores del Fraudatur.-
-

1o.- Respecto al Acreedor Demandante.-

En la actualidad, el ejercicio de la ACCION PAULIANA, de manera distinta al Derecho ramano, no tiene el carácter de liquidación colectiva, sino personalmente y en su propio nombre el acreedor la intenta, es decir, al pedir la revocación del acto obra en interés suyo exclusivamente para que este no subsista con respecto a él y poderse librarse del perjuicio que le pudiera acarrear.-

Como consecuencia de esto se desprende, que al decretarse la revocación, la providencia que la contenga, sólo producirá efectos entre las partes que intervinieron, demandante y demandado, quedando excluidos los demás acreedores no partícipes en la acción. La revocación aprovechará exclusivamente al acreedor demandante y hasta la concurrencia de su crédito. Es un efecto, podemos decir, relativo, ya que no obstante la impugnación, el acto continuará con vida en las relaciones entre el deudor y el tercero, lo mismo que entre el deudor y el resto de acreedores ajenos al litigio.

El tercero adquirente será perturbado en su adquisición hasta la concurrencia de los derechos del acreedor demandante, entrando el bien nuevamente al patrimonio del deudor para servirle de garantía.-

En términos generales, lo que se trata de conseguir mediante el ejercicio de la ACCION PAULIANA, es la revocación del acto para reprimir el fraude del deudor si el acto es a título gratuito; y castigar la complicidad fraudulenta entre el deudor y el adquirente si es a título oneroso. Por lo tanto, el acreedor se encuentra asistido por el derecho de poder embargar los bienes enajenados que están en manos del adquirente, tal cual como si nunca hubiesen salido del patrimonio del deudor; esa enajenación se rescinde respecto al acreedor demandante y en manera alguna puede ser barrera para el embargo que éste solicite.-

En cuanto a los derechos renunciados -- por el deudor fraudulento, podrá también embargarlos y hacerlos vender a fin de obtener el pago de su crédito; asimismo, las cargas que soporte el bien -- como una hipoteca -- no son obstáculo para la ejecución.-

Es conveniente aclarar que el acreedor al obtener la revocación del acto, al ejercer la ACCION PAULIANA, no está sometido al consumo de los acreedores personales del tercero adquirente; el bien restituido -- por él se considerará ajeno al derecho de prenda general. Esto no quiere decir que se trate de un derecho de preferencia. Pero hay una excepción, verbigracia: si se --

trata de una cantidad de dinero, tendrá que someterse al consurso de los demás acreedores.-

Veamos ahora hasta donde tiene alcance la nulidad hecha en favor del acreedor. Esta no puede ir más allá de donde le evite perjuicio, en ningún momento puede servir como fuente de enriquecimiento. Así, si una donación es por \$15.000 y el importe de la deuda es de \$5.000, la revocación del acto será hasta donde alcance a cubrirla, y en el sobrante subsiste.-

2.- Respecto al tercero Demandado.-

Atendiendo a la naturaleza jurídica de la obligación que le cabe al tercero demandado, podemos sacar los efectos de la ACCION PAULIANA.

El tercero puede ser de mala o buena fe si su obligación es delictual o si es por injusta ganancia respectivamente. En el primer caso tenemos a un tercero que es cómplice en el concierto fraudulento al celebrarse el acto ya a título oneroso, ya a título gratuito. Aquí opera la obligación con el marcado propósito de reparar un daño. El segundo caso se da cuando el tercero además de ser adquirente ex lucrat-iva causa, actuó de buena fe. La obligación viene entonces a reprimir una ganancia injusta. Separadamente estudiaremos estas hipótesis.-

I.- Si el tercero es de mala fe, que necesariamente ha de ser cómplice del fraude, al pedirse la revocación del acto, si este tiene por objeto un cuerpo cierto y determinado, es conveniente distinguir si es

te cuerpo está o no en poder del tercero demandado. Si lo primero, tendrá que dar cumplimiento al mandamiento judicial entregando la cosa cum omni causa, esto es, con los frutos percibidos o que esté por percibir, contados desde el día de la adquisición; y con todas sus aumentos. Si lo segundo, le toca responder por el deterioro o pérdida de la cosa sobrevenidos por su culpa, en caso de venta, devolverá el valor exacto de la cosa sin importar para nada lo que hubiere recibido por ella. Ahora, cuando el acto versó sobre una especie o una cantidad, el tercero demandado entregará, como es natural, una porción de la misma especie o cantidad. Si es una suma de dinero lo restituirá acompañado de los intereses legales, contados desde el momento que obtuvo la adquisición.-

En presencia, no de enajenaciones sino de la remisión de undébito, el tercero deberá prestarse a colocar en el primitivo estado la obligación, dando cuenta de las ventajas conseguidas medio tempore. Si del pago de un débito no vencido todavía, el tercero restituirá todo el beneficio del pago anticipado. Si de la extinción de un derecho real en favor del tercero, la acción revocatoria hará renacer este derecho en beneficio del deudor. Finalmente, si de la constitución fraudulenta de un derecho real en ventaja del tercero, el acreedor obtendrá la extinción del derecho mismo. Luego, en todo caso, cuando la restitución de las cosas en su primitivo estado no sea de algún modo, en todo o en parte, posible, obtendrá ^{del} tercero demandado de mala fe, el pleno resarcimiento de los daños por equivalente en dinero.

(Giorgi).-

Cabe aquí una pregunta.? Tendrá Derecho el tercero demandado en caso de ser el acto a título oneroso, a que se le reembolse por el acreedor demandante el precio que ha pagado por la cosa?

Cuando la contraprestación no se encuentra ya en el patrimonio del fraudador en ninguna forma, los autores se van por la negativa. Se sabe que el tercero debe hacer la restitución hasta cubrir todo el daño causado al acreedor.-

La unanimidad de los autores se rompe cuando la contraprestación está permanentemente en el patrimonio del fraudador. Y en verdad que esta discrepancia no es de ahora, pues en épocas del Derecho Romano encontramos a Próculo respondiendo negativamente, en cambio Venuleyo se va por la afirmativa.-

En el Derecho moderno son partidarios a que el tercero adquirente obtenga del acreedor el pago: Demolombe, Naquet, Laurent, Pedrazzi y en ciertos casos Aubry y Rau.

En opinión contraria van: Lorambiere y Maierini.-

A fe, que nos vamos con la opinión de estos últimos porque sería muy peligroso, llegando hasta causarle daño, someter a este reembolso al acreedor que quiere hacer uso de la ACCION PAULLANA, por la sencilla razón de querer evitarse un perjuicio. Porque no se puede descartar por completo la idea de que se puedan aprovechar otros acreedores, en una forma u otra, concurrentes al

patrimonio del fraudador, del beneficio que a este pueda traeerle el precio. Además, contra el fraudador se puede dirigir el tercero, valiéndose de la acción de crédito que le queda. Debemos recordar que al declararse la revocación del acto, las relaciones entre el deudor y el tercero adquiriente quedan vigentes.-

Concordante con todo lo dicho se puede concluir manifestando que, no obstante ser el tercero de mala fe, si paga al acreedor demandante el valor de su crédito, queda interrumpido del curso de la acción revocatoria. Pero si no lo hace, puede obligar al actor a que se contente con la revocación del acto impugnado, hasta donde le satisfaga el monto de su crédito.-

II.- Si el tercero adquiriente es a título gratuito y de buena fe, gozará la prerrogativa de no poder ser obligado sino hasta donde su actividad lucrativa se lo permita en el momento mismo de establecerse la demanda contra él. Además, no le cabe responsabilidad por el hecho de pérdida o deterioros de la cosa, antes del ejercicio de la acción revocatoria, no obstante deberse a actos suyos; los frutos recibidos no los restituirá y le asiste el derecho a que se le pague lo que hubiese gastado en la conservación de la cosa; si la ha vendido, únicamente ^{integradamente} el precio recibido.-

La razón de lo dicho anteriormente, la encontramos en la circunstancia de fundamantarse la obligación del tercero no en un hecho ilícito en su principio, sino por enriquecimiento sobrevenido de muy bu-

na fe. Su responsabilidad es: quatenus locupletior factus est, o lo que es lo mismo, sólo cederá al acreedor aquellos bienes o aquellos equivalentes, que recibió del patrimonio del fraudador y que se encuentran todavía en sus manos.-

Para finalizar, veamos por qué efectos de la —
ACCION PAULIANA se rigen los herederos del tercero adquiriente cómplice del fraude; los menores y demás representados — de buena fe que disfrutan las prebendas del acto fraudulentamente ejecutado por sus tutores o representantes; si se les aplica las normas señaladas para el tercero de mala fe, o si las del tercero de buena fe.? Serán los herederos y — pupilos amparados por su personal buena fe y obligarse únicamente quatenus locupletiores facti, o se les dejará a merced de la mala fe del adquirente o representante, para quedar obligados hasta el valor total del acto revocado?.-

La primera premisa fue la adoptada por el Derecho romano para unos y otros. Tal medida se debe a que — la ACCION PAULIANA en el Derecho romano al igual de las acciones penales, "las que, también en cuanto concierne al resarcimiento civil, o no se transmitían de hecho al heredero, o se transmitían sólo hasta la concurrencia del provechho".-

Estamos de acuerdo con los romanos en lo que respecta a los pupilos, porque en principio los tutores — no comprometen la responsabilidad de sus protegidos en los delitos ó cuasidelitos. En cambio, tratándose ya de herederos la cosa cambia, porque sabemos que en la legislación

moderna no se puede negar la transmisibilidad contra los herederos de las acciones civiles destinadas al resarcimiento de los daños provenientes de hechos ilícitos.-

3.- Respecto al Deudor Fraudulento.-

Sobradamente conocido tenemos ya, que al pronunciarse la revocación del acto, las relaciones contractuales entre el deudor y el tercero adquirente quedan subsistentes, y lo que es más, la obligación del tercero así sea de mala fe, se concretará a la restitución de la conveniente para el pago al acreedor en el límite de su perjuicio. El sobrante de la cosa enajenada, o mejor dicho, aquella plus-valía, queda en manos del tercero.-

Tócanos en turno, averiguar si el tercero que ha sufrido la evicción, por parte del acreedor, tiene alguna acción de garantía contra el deudor para obtener el reembolso del precio y de los daños que le hubiere causado la extinción del crédito a nombre de éste.-

En pos de esclarecimiento de materia, continuaremos con la ya trajinada división de los actos; a título oneroso y a título gratuito. Si el título del adquirente es de los primeros, sus derechos contra el fraudador, para el caso de la evicción, bien pueden deducirse del contrato de venta. Veamos lo que dice el Código Civil nuestro en sus artículos pertinentes.-

Art. 1849.- Hay evicción de la cosa comprada, cuando el comprador es privado del todo o-

parte de ella por sentencia judicial.-

Art. 1904.- El sancamiento de evicción, a que es obligado el vendedor, comprende:

1o.- La restitución del precio, aunque la cosa al tiempo de la evicción valga menos.-

2o.- La de las costas legales del contrato de venta que hubieren sido satisfechas por el comprador.-

3o.- La del valor de los frutos que el comprador hubiere sido obligado a restituir al dueño, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1902.-

4o.- La de las costas que el comprador hubiere sufrido a consecuencia y por efecto de la demanda, sin perjuicio de lo dispuesto en el mismo artículo.-

5o.- El aumento de valor que la cosa evicta haya tomado en poder del comprador, aun por causas naturales, o por el mero transcurso del tiempo.e

Todo con las limitaciones que siguen.-

Art.- 1906. El vendedor será obligado a reembolsar al comprador el aumento de valor que provenga de las mejoras necesarias o útiles, hechas por el comprador, salvo en cuanto el que obtuvo la evicción haya sido condenado a abonarlas.-

El vendedor de mala fe será obligado aun al reembolso de lo que importen las mejoras voluntarias.-

Art.- 1907. El aumento de valor debido a causas naturales o al tiempo, no se abonará en lo que excediere a la cuarta parte del precio de la venta; a menos que de probarse en el vendedor mala fe, en cuyo caso será obliga-

do a pagar todo el aumento del valor, de cualesquiera sea las causas que provenga.-

Art. 1908.- En las ventas forzadas hechas por autoridad de la justicia, el vendedor no es obligado, por causa de la evicción que sufre la cosa vendida, sino a restituir el precio que haya producido la venta.-

Art. 1909.- La estipulación que exime al vendedor de la obligación de sancar la evicción, no le exime de la obligación de restituir el precio recibido.-

Y estará obligado a restituir el precio íntegro, aunque se haya deteriorado la cosa o disminuido de cualquier modo su valor, aun por hecho o negligencia del comprador, salvo en cuanto éste haya, sacado provecho del deterioro.-

Cesará la obligación de restituir el precio si el que compró lo hizo a sabiendas de ser ajena la cosa, o si expresamente tomó sobre sí el peligro de la evicción especificándolo.-

Si la evicción no recae sobre toda la cosa vendida, y la parte evicta es tal que se ha de presumir que no se habría comprado la cosa sin ella, habrá derecho a pedir la rescisión de la venta.-

Pero como la aplicación de la ACCION PAULIANA es cuando el tercero adquierente actuó de mala fe, es decir, con conocimiento en el acto a título onerosa, cabe preguntar si le asiste el derecho al adquierente tercero al reembolso.-

Según lo dicho por el Código Civil en su artículo 1909, inciso 3º., nos da a entender que únicamente cuando se presen-

ten esas dos circunstancias, dejará el tercero de tener derecho, por su propia manifestación.-

Si el tercero es adquirente a título gratuito, no tiene derecho a otro beneficio, que aquel de obligarse sólo quotonus locupletior factus, porque no puede experimentar una pérdida, sino únicamente una falta de lucro. "El donatario de donación gratuita no tiene acción de sancamiento, aun cuando la donación haya principiado por una promesa" dice el Art. 1479 del Código Civil.-

Pero esta regla general tiene su excepción - cuando el donante dona cosa ajena; aquí queda obligado para con el donatario a los daños de la evicción. Art. 1480 C.C., "Las donaciones con causa onerosa no dan acción de sancamiento por evicción cuando el donante ha dado una cosa ajena a sabiendas.-"

Con todo, si se ha impuesto al donatario gravámenes pecuniarios o apreciables en dinero, tendrá siempre derecho para que se le reintegre lo que haya invertido en cubrirlos, con los intereses corrientes, que no parcerán compensados por los frutos naturales y civiles de las cosas donadas.-

Cesa en lo tacante a este reintegro el beneficio de competencia del donante".-

4.- Respecto a los otros Acreedores del Fraudator.

Si-

todos los acreedores intervinieron en el ejercicio de la acción, aprovecharán conjuntamente el beneficio de la revocación. Cuando nada más uno de ellos la intenta, ha sido unánime la opinión de los autores en cuanto a los beneficios?. Siempre, no. Tres escuelas han surgido a la vida jurídica en esta materia; son ellas:

Aquella que considera que todos los acreedores, anteriores o posteriores, hayan o no intervenido en el ejercicio de la ACCION PAULIANA, se aprovechan del beneficio de la revocación. Como propulsores de esta escuela tenemos a Duranton, Solon, Marcadó, Pont, Massé y Vergé.-

Aquella que reserva el provecho de la revocación nada más para los acreedores anteriores al fraude. La siguen, Chardon, Loramboire y Delsol.-

Finalmente tenemos la escuela predominante hoy por hoy en el derecho moderno, y que se ajusta más a la razón y a la equidad. Esta restringe el beneficio de la revocación al acreedor que interviene en el juicio y vence. El resto de acreedores queda por fuerza no obstante encontrarse en condiciones de poder ejercer la ACCION PAULIANA, es decir, los acreedores con créditos también anteriores al acto fraudulento. Los posteriores ni se diga. Son de esta escuela, Capmas, Mourlon, Proudhon, Aubry y Rau, Demolombe, Naquet, Rome, Pacifici, Mazzoni y Maierini.-

C A P I T U L O IV.

- 1o.- Quienes pueden intentar la ACCION PAULIANA. Contra —
quién y ^{contra} que actos.-
- 2o.- La ACCION PAULIANA en el Derecho Civil.-
- 3o.- La ACCION PAULIANA en el Derecho Comercial.-
- 4o.- Prescripción de la ACCION PAULIANA.-

-
- 1.- Quienes pueden intentar la ACCION PAULIANA. Contra —
quién y contra que actos.-

En principio corresponde el ejercicio de la ACCION PAULIANA a los acreedores del deudor fraudulento. Individualmente puede cada uno de ellos ejercerla, basándose en el derecho propio que le corresponde como perjudicado que es al cometerse el fraude. Art.—

2491 C.C.-

Para nada hay que atender al origen u objeto del derecho de los acreedores. Puede ser un legatario de una cantidad de dinero, que por su aceptación, se ha convertido en acreedor del heredero, y tiene derecho al ejercicio de la acción en caso de renuncia por parte de éste. También los acreedores de cosas de género, de cuerpo cierto, los privilegiados o hipotecarios, en fin los acreedores de un hecho cualquiera.-

Para los acreedores hipotecarios, si la cosa enajenada fraudulentamente no es la gravada con la hipoteca, tendrán el carácter de acreedores quirografarios respecto a la cosa. Ahora, si es el bien hipotecado, conservarán el derecho a la ACCION PAULIANA, no obstante los otros recursos especiales de que gozan.-

Concretamente, de acuerdo con el Derecho moderno corresponde, hoy, -lo contrario al Derecho romano solamente el ejercicio de la PAULIANA a los acreedores anteriores al acto de insolvencia del fraudator. Los acreedores posteriores nada tienen que resentir del acto puesto que ellos contrataron con un deudor ya empobrecido; por lo tanto, no tienen ningún interés, y sin interés no hay acción. El bien enajenado nunca fue para ellos una garantía.-

Sin embargo la jurisprudencia francesa se muestra partidaria a la impugnación del acto fraudulento, de parte de los acreedores posteriores., toda vez que este ha sido ejecutado "precisamente en atención al crédito futuro y a fin de privar por adelantado al futuro acreedor de las garantías conque hubiera podido contar".-

En realidad de verdad, no se podría negar en este caso, que el acreedor no es afectado por el fraude, la exclusión que se quiera hacer del acreedor posterior no encuentra ningún fundamento razonable.-

Entre nosotros no basta únicamente la anterioridad del crédito, es necesario que el fraudator haga --

cesión de bienes o se abra concurso de acreedores. Así -
lo ha manifestado la Corte, en Casación, 12 de diciembre de 1918, XXVII. 131. "Aunque el deudor ejecute actos de mala fe en perjuicio de sus acreedores, éstos no tienen derecho a pedir rescisión de esos actos o contratos, - en aplicación del artículo 2491 del C.C., sino cuando el deudor hace cesión de bienes o se abre concurso de acreedores. Dicho artículo se limita a lo ejecutado por el deudor antes de la cesión de bienes o del concurso de ellos". Por otra parte, el crédito de que es titular el acreedor demandante debe ser puro y simple, líquido y actualmente exigible, ya que la ACCIÓN PAULIANA es preparatoria de la acción de ejecutiva.-

Como corolario de lo dicho, los acreedores de créditos a plazo o bajo condición, no son titulares de la ACCIÓN PAULIANA por que el campo de aplicación de ésta es de mayor alcance que el de las simples medidas conservatorias a que tienen derecho ellos. Art. 1549 inciso 3º.-

Otro de los motivos obligantes a negarle el ejercicio de la ACCIÓN PAULIANA a un acreedor a plazo o condicional, es el carácter subsidiario que ella tiene, por tanto, supone a un acreedor que ha embargado bienes y no ha obtenido ningún provecho, circunstancia esta ajena para quien no lo ha llegado todavía su derecho.

Se puede apuntar aquí una limitación a la regla anterior: La quiebra en el deudor de un acreedor a plazo hace presumir el vencimiento del plazo Art.-

Art. 1553 inciso 1. "El pago de la obligación no puede exigirse antes de expirar el plazo, si no es:

lo.- Al deudor constituido en quiebra o que se halle en notoria insolvencia".-

Finalmente, al credor demandante tocale probar la fecha cierta de la anterioridad de su crédito; el momento preciso en que nace su derecho con relación al acto de emprobrecimiento del deudor; Todo porque en materia de pruebas, según las normas comunes, se exige la fecha cierta. Esta prueba debe darla indispensablemente para que triunfe su acción, contra la persona que adquirió la cosa en complicidad fraudulenta, de su deudor; éste adquirente para él tiene, todas las características del tercero.

Eximir al demandante de la prueba de la fecha cierta sería cargarle al demandado ésta, en la antedata.

Contra cuien se intenta la ACCION. - La ACCION, naturalmente hay que ejercitárla contra el tercero adquirente en la enajenación fraudulenta; nada lograría el demandante al encaminarse contra un deudor insolvente. Esta ACCION para prosperar tendrá fases distintas según sea el tercero adquirente. Como se recordará, ésta puede ser a título oneroso o a título gratuito. En caso que el bien haya sido adquirido por un segundo o posterior adquirente, tendrá que dirigirse contra éste al igual que contra el primer adquirente. Lo obtenido será de acuerdo a la situación del primer adquirente y de acuerdo también a la situación personal del segundo o posterior adquirente.

Actos que pueden ser atacados con la ACCION. - Los actos susceptibles de ser impugnados son todos aquellos ejecutados por el deudor que le causen empobrecimiento y perjudiquen a sus acreedores. El artículo 2491 C.C. nos da la clave de ello. En el inciso 1º. concede derecho para que se rescindan todos los contratos onerosos y las hipotecas, premias y anticresis. En el inciso 2º. se refiere a los restantes actos y contratos no comprendidos en el inciso 1º., incluso las remisiones y pactos de liberación a título gratuito.-

"Pero podría preguntarse si la acción pauliana se refiere exclusivamente a los dos casos contemplados en el artículo 2491 C.C. y la respuesta a este punto es negativa. Fuera de estos casos existen otros, tanto por disposición expresa de la ley como por rectas deducciones de la jurisprudencia. La generalidad de los actos como lo sostiene Demogue pueden ser atacados por la acción pauliana y esta acción se admite respecto de los actos patri moniales. Por aplicación de esta principio puede existir esta acción respecto de un arrendamiento prolongado, contratado por el deudor, como arrendador, el aporte de bienes a una sociedad para hacer escapar bienes del deudor- aportante a la persecución de los acreedores; la opción verificada por el deudor, un pacto de indivisión entre los coherederos, una caución ya personal, ya real". (Cáscion, 26 agosto 1938 XLVII, 63).-

Como veremos enseguida, no sólo el articu-

culo 2491 es contemplativo de la ACCION PAULIANA.

Art.- 862 "Los acreedores del usufructuario pueden pedir que se le embargue el usufructo, y se les pague con él hasta concurrencia de sus créditos, prestando la competente caución de conservación y restitución a quien corresponda."

Podrán, por consiguiente, oponerse la toca-
cción o renuncia del sufructo hecha con fraude de sus
derechos".

Art. 1295 "Los acreedores del que repudia en perjuicio de los derechos de otros, podrán hacerse autorizar por el juez para aceptar por el deudor.

En este caso la repudiación no se rescinde sino en favor de los acreedores, y hasta concurrencia de sus créditos; y en el sobrante subsiste".

Art.- 1441 "Las enajenaciones de bienes del difunto, hechas por el heredero, dentro de los seis meses subsiguientes a la apertura de la sucesión, y que no hayan tenido por objeto el pago de créditos hereditarios o testamentarios, podrán rescindirse a instancia de cualquiera de los acreedores hereditarios o testamentarios que gocen del beneficio de separación. Lo mismo se extiende a la constitución de hipotecas especiales".

Art.- 1451 "No dona el que repudia una herencia, legado o donación, o deja de cumplir la condición a que está subordinado un derecho eventual, aunque

así lo haga con el objeto de beneficiar a un tercero.

Los acreedores, con todo, podrán ser autorizados por el juez para sustituirse a un deudor que así lo hace, hasta concurrencia de sus créditos; y el sobrante, si lo hubiere, se aprovechará el tercero".

Art.- 1636 "El pago hecho al acreedor es nulo en los casos siguientes:

1o.- Si el acreedor no tiene la administración de sus bienes; salvo en cuanto se probare que la cosa pagada se ha empleado en provecho del acreedor, y en cuanto este provecho se justifique con arreglo al artículo 1747.

2o.- Si por el juez se ha embargado la deuda o mandado retener el pago.

3o.- Si se paga al deudor insolvente en fraude de los acreedores a cuyo favor se ha abierto concurso".-

Por último, los autores Josserand, Planiol, y otros, consideran qué pueden ser susceptibles de impugnación con la ACCION PAULIANA, actos como estos: El seguró sobre la vida en beneficio de otro, al menos por las primas y hasta concurrencia del exceso.

Los juzgios y sentencias judiciales, toda vez que se haya dejado condenar el deudor mediante convenio fraudulento con la contraparte, por ejemplo: en el caso de separación de bienes, en que el marido trata de sustraer una parte de sus bienes, haciéndolos pasar a su mujer, y viceversa.-

2.- La ACCION PAULIANA en el Derecho Civil.- Para este -
estudio no tenemos sino que analizar las disposiciones -
legales arriba transcritas. Veámoslas separadamente:

Io.- De acuerdo con el artículo 862 en su inciso 2o., el usufructuario al igual que toda persona deudora, no se sustraer a la ACCION PAULIANA, cuando en fraude de los derechos de sus acreedores, cede o renuncia el usufructo. No hay que olvidar que de conformidad con el artículo 653 C.C. el derecho de usufructo es un bien, ---- (incorporal) y como tal está sometido a todas las normas que los rigen. Para que se considere el fraude y se rescinda la renuncia o donación tendrán los acreedores que probar, que al no ser por el usufructo el usufructuario es insolvente, y lo renunció o cedió.-

IIo.- Para buena interpretación del artículo -- 1441 es conveniente colocarnos en dos situaciones diferentes respecto al tiempo en que se consumaron las enajenaciones y gravámenes a que este artículo se refiere.- No podrán rescindirse las enajenaciones y gravámenes --- cuando han sido efectuados con anterioridad a la obtención del beneficio de separación. Pero si estas se realizan luego de conseguirse el beneficio, los acreedores ya hereditarios ya testamentarios, pueden atacar el acto dirigiéndose contra el adquirente de los bienes, o contra el que logró la garantía de la hipoteca sobre --- estos mismos bienes cuando son inmuebles. Con todo, no habrá rescisión cuando las enajenaciones y gravámenes tu-

vieron lugar después de transcurridos seis meses iniciados desde el dia de la apertura de la sucesión. También cuando las enajenaciones y gravámenes se realizaron con el objeto de cubrir deudas hereditarias o testamentarias de cuya sucesión se trata; siempre que por otro lado el heredero lo pruebe plenamente. - 74

Como se ve, el legislador dio seis meses para pedir la rescisión de estos actos, tiempo que estimó más que suficiente para que los acreedores se presentes a pedir o bien el pago de sus créditos o bien el separación. -

III .- Dice el artículo 1636 C.C. en su numeral 3o. que el pago es nulo "si se paga al deudor insolvente en fraude de los acreedores a cuyo favor se ha abierto el concurso". -

Como lo dispone el C.J., Art.1085, inciso 6o - y el C. de C. Art.22, inciso 5o. del D.L. 750 de 1940 - todo deudor a quien se le ha abierto concurso de acreedores o se ha declarado en quiebra, automáticamente pierde la administración de sus bienes. De éstos bienes lleva la representación el síndico y él únicamente puede ejecutar todos aquellos actos que eran de la competencia del concursado, como lo son, el pago y cobro de deudas; en síntesis, a él corresponde la administración. -

La única razón obligante para que el pago sea malo, es que sea hecho en fraude? Y cómo sucede esto?. Sencillamente cuando el que paga tiene conocimiento del estado precario por el que está cruzando se acreedor; es la típica complicidad fraudulenta que ya hemos estudiada

en párrafos anteriores con lujo de detalles.

Procura distinguir la época en que se ha efectuado el pago, con relación a la apertura del concurso?.- Para anularlo será indispensable que se haya hecho después de abierto el concurso? Porque fácilmente se puede dar el caso de un deudor, que para sustraer ciertos bienes -- que podrían servir para responder a sus acreedores, en -- colusión con su deudor obtiene el pago de éste ocultamente al concurso o antes de abrirse éste.

Fues bien, opino que si el pago se hizo abierto el concurso, la anulación no se hace esperar, por que desde ese momento el deudor dejó de tener la administración de sus bienes como bien lo dicen las disposiciones legales,

Ahora, si fue hecho con anterioridad a la apertura, debe probarse que lo que cuando el acreedor era insolvente, -- además, deberá acreditarse también, que el demandante por esa época ya tenía el carácter de acreedor, y ahora que se ha abierto el concurso se encuentra favorecido con ello junto con otros acreedores.-

IV.- De acuerdo a la ACCION consagrada en el artículo 2491 C.C., el Profesor de la Universidad Nacional, Dr. Alvaro Perz Vives en su obra, Teoría General de las Obligaciones, trae una síntesis de lo que ha opinado nuestra Corte Suprema de Justicia al respecto. Dice así:

2a) Consagra la acción pauliana, de modo general (Sentencias: 26 agosto 1938, 47, 63; 15 febrero 40, 49, 70; 31 enero 1949, 65, 328). Para su ejercicio se re-

quiere que previamente el deudor haya hecho cesión de bienes, o se le haya abierto concurso de acreedores. c) Se requiere, además tener interés en la acción, esto es, -- que el demandante tenga, al tiempo del acto impugnado, a su favor y a cargo de una de las partes en dicho acto, un crédito líquido exigible (Cas. 28 mayo 1935). d) Hay que distinguir los actos a título oneroso de los a título gratuito. Para los primeros (que son los contemplados en el numeral 1º. del Art., 24º). se require que el demandante acredite: 1º. El acuerdo defraudatorio (consilium fraudis), es decir, el entendimiento entre el deudor y el tercero, en orden a perjudicar a los acreedores de aquél. 2º. El eventus damni, o sea el perjuicio efectivamente causado a dichos acreedores y, en particular, al demandante, con el acto atacado. En tratándose de actos a título gratuito, basta la mala fe del deudor y el perjuicio de los acreedores. El consilium fraudis, acto bilateral, se reemplaza aquí por un acto unilateral del deudor, que constituye el animus nocendi. e) Toda clase de actos, en principio, son susceptibles de ser atacados mediante la acción, tal y como lo sostiene Demogue (Tratado de las Obligaciones en General", T. VII). Esta acción se admite respecto de todos los actos patrimoniales; así, un arrendamiento prolongado o el aporte de bienes a una sociedad, la opción verificada por el deudor, un pacto de indivisión entre coherederos, una caución cualquiera etc., pueden ser impugnados en acción pauliana. (Véanse los fallos citados en la letra a)"/

"A lo dicho anteriormente, únicamente agregamos -- que el acreedor demandante está en la obligación no sólo de probar que su crédito es anterior al acto atacado, si-
no que tiene una fecha cierta. (Art. 1762. Sic. Josserand,
II, 696. Planiol, Ripert et Esmein, VII, 957)".

Entonces tenemos, que hay necesidad de distinguir entre los actos ejecutados por el deudor con anterioridad a la cesión de bienes o a la apertura del concurso, y los realizados después.

De esta división que nos la dan los artículos 2490-
y 2491 C. C., podemos deduir que la ACCION PAULIANA, ope-
ra en los casos del Art. 2491 o sea, contra los actos ce-
lebrados antes de la cesión de bienes o de abrirse concur-
so de acreedores, ya que los ejecutados por el deudor en-
concurso caen bajo la nulidad absoluta de acuerdo con lo
dispuesto en el Art. 2490. "Son nulos todos los actos eje-
cutados por el deudor relativamente a los bienes de que-
ha hecho cesión, o de que se ha abierto concurso a los
acreedores".

En este caso no tendría ninguna importancia utili-
zar la ACCION PAULIANA, porque probando la violación del-
precepto legal, es mas que suficiente para que el acto --
deje de tener valor. --

V.- En los artículos 1295 y 1451 se contemplan, la
acción subrogatoria y la ACCION PAULIANA conjuntamente.

3.- La ACCION PAULIANA en el Derecho Comercial. - Distintamente a lo dispuesto en materia civil, la ACCION PAULIANA en materia comercial, no corresponde individualmente a cada acreedor, sino a la masa de acreedores, sólo ella puede usarla, Art. 37 C. de Co.- D. L. 750 de 1940.- "Las nulidades de que trata el artículo anterior se establecen en relación con la masa de los acreedores y sólo por ella puede ejercerse; pero no pasa contra terceros de buena fe"....

Es una medida colectiva, como en lo civil en Alemania e Inglaterra. El Síndico de la masa de bienes, -- que tiene personería jurídica, será el encargado de instaurarla por ser su representante.

Art. 23.- "La masa de bienes e intereses generales de la quiebra tiene personería y es representada por el Síndico, a quien corresponden los siguientes deberes y facultades"....

Esta acción va contra la persona que celebró el acto con el quebrado, a fin de que, mediante la sentencia declaratoria de anulación, el bien, retroactivamente entre de nuevo a la masa de la quiebra y servirle provechamente a todos los acreedores, aún a aquellos que no se hicieron partícipes cuando el Síndico la ejercitaba; Art.-

37.- "... Quien contrató con el quebrado queda obligado por la declaración de nulidad a restituir a la masa lo recibido de manos del quebrado o su valor actual si lo hubiere enajenado o de alguna manera hubiere dispuesto de ello"....

El mismo artículo 37 concluye, "...Dicho contratante, si hubiere obrado de buena fe, tendrá derecho a participar en la quiebra, sujeto a la ley del dividendo, como los demás acreedores, hasta el monto de la contra-prestación que le hubiere dado al quebrado".

En este artículo se encuentra una evidente contradicción, en su primera parte y la final. Primero dice que la anulación no pasa contra terceros de buena fe, para más adelante someter a dicho contratante, si hubiere obrado de buena fe, a la ley del dividendo, es decir, si surte efecto la acción contra él.

Le Pavez
El profesor Pérez Vives soluciona este dilema que a continuación se expresa. "La ley no considera al demandado propiamente como un tercero; sólo si triunfa de la acción promovida por el Símico, será considerado verdaderamente como un tercero. Para ello deberá haber acreditado que no estaba comprendido por ninguno de los motivos de anulación alegados".

Los actos que pueden ser atacados con la acción son estos, que contempla el artículo 36 del Decreto Ley 750 de 1940.

Art.- 36.- "Son anulables:

- a) Todo acto de disposición y administración que ejecute el quebrado sobre cùlquiera especie y porción de sus bienes, después de la declaración de quiebra.
- b) Todo acto a título gratuito celebrado por el quebrado después de la fecha de cesación de pagos o den-

tro del año anterior a la misma.

c) Los pagos de deudas no vencidas hechas con posterioridad a la fecha de la cesación de pagos.

d) Las daciones en pago por deudas vencidas -- hechas después de la fecha de la cesación de pagos con objetos distintos de dinero o efectos de comercio.

e) Los contratos celebrados por el quebrado -- con posterioridad a la fecha de la cesación de pagos con su cónyuge o con parientes comprendidos dentro del segundo grado de afinidad o cuarto de consanguinidad o con algún consocio del quebrado que no lo sea en compañía anónima.

f) Los contratos de sociedad, fusión, absorción, transformación, o enajenación de establecimientos mercantiles celebrados por el quebrado después de la fecha de la cesación de pagos.

g) Las cauciones que haya constituido el quebrado con posterioridad a la fecha de la cesación de pagos.

h) Todos los actos de dominio y administración que haya ejecutado el quebrado sobre cualquier especie y porción de sus bienes después de la cesación de pagos si se han celebrado con conocimiento, por parte de quien contrató con el quebrado, de dicha cesación de pagos. Se presume el conocimiento en los empleados de éste.

i) Son asimismo anulables todos los actos de disposición y administración celebrados por el deudor dentro de los cuatro años anteriores a la cesación de pagos en que se probare cualquier conocimiento entre las partes, consumada en menoscabo de la prenda general de los

acredores".

Como puede verse la ley tratándose de relaciones comerciales se nota más celosa de los intereses de los acreedores que en materia civil. Solamente una deuda dejada de pagar por el comerciante y estamos en presencia de -- casación de pagos y bastaría el conocimiento de esta circunstancia de parte del tercero o de quien lo represente, "para que se presume el fraude. Se presume este conocimiento en los empleados del quebrado". Concluimos este punto anotando que la acción revocatoria en materia de quiebras se tramita dentro del correspondiente juicio, a manera de una articulación.-

4.- Prescripción de la ACCION PAULIANA-

La ACCION PAULIANA prescribe en un año, contado desde la fecha del acto o contrato. Art.-2491 inciso 3o. "las acciones concedidas en este artículo a los acreedores, expiran en un año, contado desde la fecha del acto o contrato".

Se encuentran muchas excepciones.-

CAPITULO V

10.- Diferencias entre la ACCION PAULIANA y la Nulidad. --

Absoluta.-

20.- Diferencias entre la ACCION PAULIANA y la Subrogación.

30.- Diferencias entre la ACCION PAULIANA y la de Simulación.-

1.- Diferencias entre la ACCION PAULIANA Y la Nulidad. --

Absoluta.-

a) La ACCION PAULIANA produce efectos relativos, sólo aprovecha al acreedor demandante y en la medida de su perjuicio; el sobrante del acto si lo hay, queda subsistente a la revocación; en cambio, la acción de nulidad coloca las cosas íntegramente en el estado en que se encontraban antes de celebrarse el acto, su efecto es absoluto.-

b) La ACCION PAULIANA la ejerce siempre un tercero ajeno al contrato atacado; la de nulidad la ejerce uno de los contratantes en primer lugar, y todo el que tenga interés en hacer constar la nulidad del acto. "El Ministerio Público puede pedir la nulidad en interés de la moral y de la ley en este caso es necesario que la nulidad esté manifiesta en el contrato y que las partes disputen sobre las prestaciones emanadas del pacto.-

c) Para el ejercicio de la ACCION PAULIANA se requiere mala fe en el deudor y en el adquirente, y perjuicios en el acreedor en los actos a título oneroso; fraude en el deudor y perjuicio en el acreedor para los actos a título gratuito. La acción de nulidad absoluta, su ejercicio se debe a objeto o causa ilícita, o falta de consentimiento, en el acto o contrato; o por no llenarse a cabalidad ciertos requisitos o formalidades que se encuentran consagrados en las leyes para la validez de determinados actos o contratos, atendiendo a su naturaleza.-

d) Con la ACCION PAULIANA el acreedor ataca un acto que dejó insolvente a su deudor o le aumentó la que antes tenía, al celebrarlo. La acción de nulidad no mira para nada las condiciones económicas en que se encuentren los contratantes, sólo le interesa el consentimiento, el objeto o la causa y ciertas modalidades en los contratos.-

e) La ACCION PAULIANA prescribe en un año, salvo excepciones; la nulidad en veinte.-

2.- Diferencias entre la ACCION PAULIANA y la de Subrogación.-

a) Mediante el ejercicio de la ACCION PAULIANA el acreedor demandante obra en su propio nombre, contra un acto que le perjudica y celebrado por su deudor deshonesto e inescrupuloso. Con la Subrogatoria el acreedor actúa a nombre del deudor negligente que no reclama sus derechos ni ejercita sus acciones.-

b) Al obtener el acreedor, con la ACCION PAULIANA

el retorno del bien enajenado al patrimonio del deudor solamente él se aprovecha de ello, dado el carácter individual que ella tiene. En cambio cuando el acreedor actúa con la acción subrogatoria u oblicua, el bien ligado al patrimonio del deudor aprovechará a todos los acreedores, hayan o no intervenido en el ejercicio de la acción, debido a que el acreedor actuó en representación del deudor.-

c) Con el ejercicio de la ACCION PAULIANA se busca hacer ingresar nuevamente al patrimonio del deudor bienes que eran de él pero que fraudulentamente habían salido. Con el ejercicio de derechos y acciones del deudor por los acreedores se persigue la introducción de bienes al patrimonio del deudor que jamás estuvieron en él, "como una herencia o una donación que el deudor no acepta".-

d) Finalmente la ACCION PAULIANA es una acción que compete única y exclusivamente a los acreedores lesionados con el ilícito civil cometido por su deudor; por tanto, proceden en su propio nombre. En la subrogatoria u oblicua los acreedores actúan con una acción que no es de ellos, sino de su deudor; se subrogan en sus derechos y acciones, motivo por el cual están en su nombre y representación.-

3.- Diferencias entre la ACCION PAULIANA y la de Simulación.

El acreedor demandante en ACCION PAULIANA solicita al juez decreto la revocación de una verdadera enajenación hecha por su deudor, pero que es perjudicial para él;

su crédito no será satisfecho por causa de esa enajenación. En la declaración de Simulación el demandante solicitará la prevalencia del acto oculto o privado sobre el público u ostensible. Se va contra una falsa enajenación.

Esta nota anterior nos da la clave para sacar las siguientes diferencias entre una y otra acción:

a) Cuando se trata de la ACCIÓN PAULIANA el acreedor demandante tiene que probar el fraude de su deudor al hacer la enajenación. No así en la Simulación; ésta con la comprobación del perjuicio es suficiente. Será así cuando el patrimonio del deudor se haya disminuido a tal punto que, con los bienes que le quedaron le será imposible cubrir el crédito del demandante. Los acreedores pueden pedir y obtener el embargo del bien que se decía enajenado, realmente les pertenece por que es mentira su salida del patrimonio del deudor, y supuesto enajenante.

b) Los acreedores demandantes en ACCIÓN PAULIANA necesariamente deben tener este carácter con anterioridad al acto o contrato fraudulento del deudor. En la Simulación aún los acreedores posteriores, como los herederos, podrán demostrar el carácter ficticio de la enajenación.

c) La ACCIÓN PAULIANA va contra los terceros adquirentes a título oneroso cómplices del fraude y contra los adquirentes a título gratuito, aún cuando sean de buena fe. La Simulación pronunciada no da acción contra terceros poseedores de buena fe.

CONCLUSIONES FINALES.

A lo largo del estudio pormenorizado que hemos hecho de la ACCIÓN PAUTANA, se puede apreciar la dificultad que hay para el demandante en dar la prueba justificadora de su acción cuando la demanda va contra un tercero adquirente a título oneroso. Es, por no decir imposible muy difícil la prueba del acuerdo de voluntades fraudulentas entre las partes contratantes, deudor y adquirente, que la mayor parte de las veces el acreedor prefiere contentarse, para el cobro de su crédito, con los pocos bienes que le quedan a su deudor aún cuando estos no se lo satisfagan en su totalidad. Más que todo, la mala fe del adquirente es una actitud de carácter psicológico y como tal, pocas serán la huellas o rastros que puedan conseguirse, para llevar al ánimo del juzgador un convencimiento pleno de los móviles que indujeron a ese adquirente a contratar con un deudor que inmediatamente después de realizado el acto dejó de ser solvente.

Del texto del artículo 2491 del Código Civil, Numeral 1º, puede verse hasta donde ha llegado la protección que la ley le presta a los terceros. Protección ésta que reduce casi a la impotencia la acción de los acreedores. La dificultad de esta prueba es tanta que muchas veces el juez crece encontrarse ante un tercero de buena fe, esto es, que no tenía conocimiento del mal estado de los negocios de su contratante.

No se nos venga decir que está muy bien que en los actos a título oneroso sea difícil la prueba, pero en cambio en los a título gratuito no se presenta esta dificultad. Muy bien sabido tenemos que estos son los menos, pues, las relaciones entre los hombres la mayor parte de las veces están movidas por un deseo de

lucro por parte y parte; sobre todo en esta etapa capitalista por la que está pasando la historia de la humanidad.-

?Cómo aligerar un poco esta dificultad probatoria?.

Recomendamos ante todo dejar campo abierto a la libre apreciación del juez; que él mediante presunciones concluya sobre el acto objeto de la controversia. Estas presunciones de mala fe no solamente deben salir del conocimiento que tenga el adquirente del mal estado de los negocios del deudor; deben traerse de más lejos, es decir, que si por razones de descuido, negligencia e impericia, el adquirente no conoció la situación difícil del deudor, debe darse por conocida ésta y por consiguiente la mala fe.

Naturalmente que para esto se requiere que los tribunales de justicia estén compuestos no solamente de funcionarios, sino también de juríscos consultos con experiencia en los asuntos en cuestión y cuya independencia de criterio no pueda ser puesta en tela de juicio en lo que respecta a la decisión del punto en litigio.

FIN.

BIBLIOTECA.

- 1.-GEORGES BRY.....Nociones de Derecho Romano.
(Traducción de Bercelino Hernández).
- 2.-M. RUBEN DE COUDER.....Derecho Romano.
- 3.-M.F. SAVIGNY.....Derecho Romano.
- 4.-JORGE GIORGIO.....Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno. (Vol. II).
- 5.-PLANTOL Y RIPERT.....Derecho Civil Francés. (Tom. 7)
- 6.-ARTURO VALENTE ZEA.....Curso de Derecho Civil Colombiano.
(De las Obligaciones Tom. VI).
- 7.-ÁLVARO FÉRIZ VIVES.....Teoría General de las Obligaciones.
(Segundo Parte).
- 8.-COLIN Y CAPITANT.....Derecho Civil (Tom. III).
- 9.-LAURENT.....Principios de Derecho Civil. (Tom. XVI).
- 10.-LOUIS JOSSE RAND.....Cours de Droit Civil Positif Français.
(TOM. II).
- 11.-LUIS DEGASPERI.....Derecho de la Obligaciones.
- 12.-FERNANDO BARROS BERAZURI.....Derecho Civil.
- 13.-FERNANDO VELEZ.....Derecho Civil Colombiano.
- 14.-IGNACIO VELEZ MARTINEZ.....Bulos para un curso de Derecho Civil (Obligaciones)
- 15.-ANTONIO ROCHA.....De la Prueba en Derecho.
- 16.-GACETA JUDICIAL.....Ses. 26 agosto 1938 XLVII, p. 63ss.; 15 febrero 1940, XLI X p. 70ss.
- 17.-ORTEGA TORRES.....Código Civil Colombiano.
- 18.-ORTEGA TORRES.....Código de Comercio Terrestre.