

La trayectoria de René Abeliuk como especialista en Derecho Civil y la enriquecedora experiencia adquirida durante años dedicados al servicio público y al ejercicio de la abogacía, se plasman en su obra *Las Obligaciones*, cuya tercera edición actualizada presentamos.

En un lenguaje directo y de fácil comprensión, la obra se desarrolla fluidamente, dividida en dos volúmenes y clasificada en seis partes. El primer volumen estudia las siguientes materias: "Concepto y Nociones Fundamentales", "Teoría General de las Fuentes de las Obligaciones" y "Clasificación de las Obligaciones". El segundo volumen analiza los siguientes temas: "Efectos de las Obligaciones", "Modificación de la Obligación" y "Extinción de las Obligaciones".

La obra ha sido puesta al día incorporándole las modificaciones legales más recientes, en particular aquellas relativas a las operaciones de crédito de dinero y la reajustabilidad de las obligaciones, introducidas principalmente por la Ley N° 18.840, de 1989.

La excelente sistematización y el análisis exhaustivo, y a la vez sencillo, de las complejas materias contenidas en el Libro IV del Código Civil, las que se estudian a la luz de las corrientes doctrinarias más importantes y de la jurisprudencia, hacen de este título una obra clásica de obligada consulta para abogados y estudiantes.

**Editorial Jurídica de Chile**

**LAS OBLIGACIONES**

**Tomo II**

**René Abeliuk M.**

**René  
Abeliuk  
Manasevich**

# **LAS OBLIGACIONES**

**Tomo II**

**Editorial Jurídica de Chile**

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

RENE ABELIUK MANASEVICH

# LAS OBLIGACIONES

Tomo II

© RENE ABELIUK MANASEVICH

© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

Av. Ricardo Lyon 946, Santiago

Inscripción N° 85.833

Se terminó de imprimir esta tercera edición  
de 1.800 ejemplares en el mes de septiembre de 1993

IMPRESORES: Editorial Nomos

IMPRESO EN COLOMBIA / PRINTED IN COLOMBIA

ISBN 956-10-1021-6

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

# ABREVIATURAS LAS MAS FRECUENTEMENTE USADAS EN ESTA OBRA

Art.	artículo
C.	Código
C.C.	Código Civil <sup>1</sup>
C. Co.	Código de Comercio
C.O.T.	Código Orgánico de Tribunales
C.P.	Código Penal
C.P.C.	Código de Procedimiento Civil
C.P.P.	Código de Procedimiento Penal
C. del T.	Código del Trabajo
D.F.L.	Decreto con Fuerza de Ley
D.L.	Decreto Ley
D.S.	Decreto Supremo
F.M.	Fallos del mes
G.T.	Gaceta de los Tribunales <sup>2</sup>
M.P. o M. de P.	Memoria de Prueba (tesis de licenciado)
Nº	Número
Ob. cit.	Obra citada
Pág.	Página
RDJ.	Revista de Derecho y Jurisprudencia <sup>2</sup>
Rep. o Repertorio	Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas <sup>3</sup>
Sec.	Sección
Sem.	Semestre
Sigte(s)	Siguiente(s)
T.	Tomo
Vol.	Volumen.

<sup>1</sup> Salvo mención expresa en contrario, toda referencia a un Código se entiende a los chilenos; un artículo mencionado sin expresar ley o Código, corresponde a nuestro Código Civil.

<sup>2</sup> La G. T. y RDJ. se han refundido actualmente en la Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales. Todo fallo citado por su publicación en esta Revista se entiende referido a la Segunda Parte de la misma, que es la destinada a jurisprudencia.

<sup>3</sup> Véase Bibliografía.

## CONCEPTO Y ENUMERACION

749. *Concepto.* Bajo esta denominación se agrupa una serie de derechos del acreedor que no persiguen directamente el cumplimiento mismo, sino que tienen por objeto asegurarlo, manteniendo la integridad del patrimonio del deudor.

Cuando hablamos de la garantía general (Nº 581), señalamos que ella normalmente no inhibe al deudor de la libre administración y disposición de los bienes que forman su patrimonio; lo contrario significaría que una deuda podría paralizar toda la actividad económica del obligado, lo que sería absurdo, o cuando menos bienes suficientes correspondientes a su valor, con los inconvenientes consiguientes. Sólo frente al incumplimiento mismo mediante el embargo ocurre esto último, y lo primero cuando el deudor es declarado en quiebra. De manera que el incumplimiento no es requisito para la procedencia de los derechos auxiliares, pero está presente en ellos, pues se trata de prevenirlo, procurando que al tiempo de exigirse el pago haya bienes para responder al cumplimiento forzado, si el deudor no cumple voluntariamente.

El acreedor puede resultar perjudicado evidentemente por los actos del deudor ejecutados en la libre administración de su patrimonio, pues ellos pueden llevarlo a la insolvencia, esto es, a la imposibilidad de satisfacer a todos sus acreedores. No es tampoco la insolvencia un requisito esencial en todos los derechos auxiliares, pero ella está también presente, pues se la procura evitar o cuando menos, si ya se produce, que existan los mayores bienes posibles en que los acreedores ejerzan sus derechos.

El interés de los acreedores es, pues, mantener la integridad del patrimonio del deudor hasta la época del cumplimiento, a fin de que el deudor pueda cumplir, y si no lo hace se haga efectiva en él la obligación misma, si ello es posible, o su equivalente: la indemnización de perjuicios; para estos efectos, según veremos, se tomarán judicial-

mente los bienes del deudor, se realizarán y con su producto se pagará al acreedor. Para ello es necesario que existan bienes suficientes.

En consecuencia, se encuentran dos intereses igualmente legítimos, el del deudor de poder administrar libremente su patrimonio, y el de los acreedores que dicha administración no haga ilusorios sus derechos al tiempo de exigir el cumplimiento; y ambos son compartidos por el legislador tan interesado en que las obligaciones se cumplan, como en el desarrollo de los negocios y la economía en general.

Como siempre ocurre en estos casos, el legislador adopta una solución transaccional y permite la intervención del acreedor en la gestión del deudor, siempre que el patrimonio de éste corra un peligro cierto, ya sea por circunstancias externas (fallecimiento del deudor, por ejemplo), por negligencia suya, o el caso más grave, de fraude del deudor.

Por este objetivo que persiguen los derechos auxiliares de defensa del patrimonio del deudor, se les llama también medios o medidas de reforzamiento y conservación de la garantía general.

Se asemejan a aquellas garantías que, con el mismo objeto de prevenir el incumplimiento, adoptan los acreedores en las obligaciones al tiempo de establecerse éstas, prenda, hipoteca, fianza, esto es, las cauciones en general, pero se diferencian de ellas como también de otras garantías en el sentido amplio, como son los privilegios, el derecho legal de retención, etc., en cuanto al momento en que se hacen presentes y la distinta función que ejercen, que se limita meramente según lo dicho a mantener, restablecer o reforzar la integridad patrimonial del deudor.

750. *Enumeración.* Los más típicos e indiscutidos de los derechos auxiliares del acreedor, son los siguientes:

1º Las medidas de mera precaución o mera conservación, comúnmente llamadas medidas conservativas, cuyo objeto es en general impedir la salida de determinados bienes del patrimonio del deudor.

2º La acción oblicua, subrogatoria o indirecta, que tiene por objeto hacer ingresar al patrimonio del deudor bienes o derechos que la mera negligencia de éste ha impedido que pasen a él;

3º La acción pauliana o revocatoria que, a la inversa, tiene por objeto recuperar bienes que han salido fraudulentamente del patrimonio del deudor, y

4º El beneficio de separación, cuya finalidad es impedir que los bienes del causante se confundan con los del heredero.

Esta enumeración, tradicional, ha sido objeto de críticas, por considerársela incompleta; así hay quienes consideran en esta categoría el derecho legal de retención; en nuestro concepto, y menos en la legislación chilena, no tiene esta calidad (Nº 949). Otros que también

se mencionan pueden considerarse entre las medidas conservativas, que el legislador no ha enumerado, y que pasamos a ver en el capítulo siguiente.

Los restantes los destinaremos a estudiar sucesivamente los demás que hemos mencionado, y en el orden indicado: acción oblicua, revocatoria y beneficio de separación.

## MEDIDAS CONSERVATIVAS

751. *Concepto.* Se las define habitualmente como aquellas que tienen por objeto mantener intacto el patrimonio del deudor, evitando que salgan de su poder los bienes que lo forman, a fin de hacer posible el cumplimiento de la obligación;<sup>723</sup> o como aquellas que tienen por objeto garantizar o asegurar el ejercicio de un derecho sin que constituyan dicho ejercicio en sí mismo.<sup>724</sup>

Los conceptos dados son amplísimos, porque la verdad es que el Código fue bastante vago e impreciso; habló de medidas conservativas en las disposiciones que luego citaremos, pero en parte alguna dijo de qué se trataban, ni qué requisitos debían concurrir a su otorgamiento.

En el fondo no hay otro requisito que quien las solicita tenga interés en ellas. Y lo tendrá cuando sea acreedor, pero la liberalidad del legislador es tal que incluso el acreedor condicional suspensivo que aún no es titular del crédito puede impetrarlas en resguardo de su legítima expectativa de llegar a serlo (Nº 512). Con mayor razón corresponderán al acreedor puro y simple y a plazo.

Y el interés provendrá de alguna circunstancia cualquiera que amenace o haga peligrar la posibilidad de cobrar el crédito, ya sea porque existe el temor de pérdida o disposición de ciertos bienes, o determinadas circunstancias amenacen la solvencia del deudor o atenten al cumplimiento.

En consecuencia, salvo en las reglamentadas expresamente por el legislador, en que deberán concurrir las circunstancias por él exigidas, en las demás queda el criterio del juez concederlas y determinar su extensión.

752. *Disposiciones legales que se refieren a ellas.* Podemos citar las siguientes disposiciones que facultan al acreedor para impetrar medidas de conservación:

1º Art. 761, en el fideicomiso.

En el inc. 1º del precepto declara que el fideicomisario no tiene derecho alguno pendiente la condición, y el 2º agrega: "podrá, sin embargo, impetrar las providencias conservatorias que le convengan, si la propiedad pareciere peligrar o deteriorarse en manos del fiduciario".

2º Art. 1.078, en las asignaciones testamentarias bajo condición suspensiva.

Este asignatario carece de todo derecho pendiente la condición "sino el de implorar las providencias conservativas necesarias".

3º Art. 1.492, inc. final, que da igual derecho al acreedor condicional.

Todo lo anterior se traduce en decir que el Código se preocupó en conceder el derecho a impetrar medidas conservativas al que tiene un derecho sujeto en su nacimiento a condición, de donde se deduce que con mayor razón pueden hacerlo otras clases de acreedores.

4º Inc. 2º del Art. 755 del C.P.C. en los juicios de divorcio y nulidad de matrimonio.

Esta disposición le fue agregada al precepto por el Art. 10 de la Ley 10.271, de 2 de abril de 1952 y faculta al juez en tales juicios para "a petición de la mujer, tomar todas las providencias que estime conducentes a la seguridad de los intereses de ésta".

5º Art. 156 para el juicio de separación de bienes.

La disposición anterior está inspirada indudablemente en este precepto del C.C.: "demandada la separación de bienes, podrá el juez, a petición de la mujer, tomar las providencias que estime conducentes a la seguridad de los intereses de ésta mientras dure el juicio".<sup>725</sup>

Estas medidas se fundan en que la administración que conserva el marido de la sociedad conyugal durante los juicios de nulidad, divorcio y separación, ponen en evidente peligro los derechos de ella a la disolución del régimen matrimonial.

753. *Algunas medidas conservativas.* Ya hemos señalado que queda mucho al criterio del juez, según los diferentes casos, otorgar las que estime conducentes a la situación de las partes.

<sup>723</sup> Alessandri, ob. cit., pág. 113.

<sup>724</sup> Claro Solar, ob. cit., T. 11, Nº 1.093, pág. 557.

<sup>725</sup> Sobre la naturaleza de las providencias que puede ordenar el juez véase RDJ, T. 36, sec. 2ª, pág. 3.

Pero existen algunas contempladas expresamente en la ley, y que deberán someterse, en consecuencia, a los presupuestos legales que las hacen posibles. Nos referimos brevemente a las medidas precautorias, la guarda y aposición de sellos y la asistencia a la confección de inventario solemne.

754. I. *Medidas precautorias.* Las medidas precautorias suponen la existencia de un juicio ya iniciado o por entablarse (prejudiciales precautorias). El C.P.C., en el Título 5º del Libro 2º, Arts. 290 y siguientes las reglamenta. Este precepto menciona: el secuestro de la cosa que es objeto de la demanda; el nombramiento de uno o más interventores, la retención de bienes determinados y la prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados.

Las medidas precautorias suponen en todo caso que ya el acreedor ha puesto en marcha, o lo hará en breve, sus acciones para obtener el cumplimiento u otro amparo a su derecho, y tienden a prevenir que éste quede burlado por los actos del demandado en el juicio.

En tal sentido opera también el embargo en el juicio ejecutivo (Nº 802), y la prohibición al fallido de celebrar actos sobre sus bienes afectos a la quiebra (Nº 964). Ambas medidas inciden ya en el cumplimiento forzado y tienden a garantizar la efectividad de éste.

755. II. *La guarda y aposición de sellos.* Es una de las más típicas medidas de conservación que reglamenta la ley; es una circunstancia externa, el fallecimiento del deudor, la que pone en peligro el patrimonio sujeto a la garantía general.

En tal caso el Art. 1.222, para asegurarlo, faculta a todo el que tenga interés en ello, o se presuma que pueda tenerlo, para pedir al juez en la forma señalada en los Arts. 872 a 876 del C.P.C., desde el momento de abrirse una sucesión, que los muebles y papeles de ésta se guarden bajo llave y sello hasta que se proceda al inventario solemne de los bienes y efectos hereditarios.

Además de los posibles herederos, es evidente que tienen interés en la sucesión los acreedores del difunto, muy interesados en que no desaparezcan los bienes de la herencia.

756. III. *Asistencia a la confección de inventario solemne.* Son numerosas las situaciones en que el legislador como medida de seguridad exige la confección de inventario solemne. El Título 7º del Libro 4º del C. de P.C. reglamenta la forma de otorgarlo, complementado con las normas que da el C.C. para casos específicos.

El Art. 1.255 se refiere al que se confecciona al fallecimiento del causante y que tiene el importante efecto, según sabemos, de limitar la responsabilidad del heredero a lo que recibe por herencia. Nada

de extraño tiene, pues, que el precepto faculte a los acreedores hereditarios que presenten el título de su crédito para asistir a la confección del inventario y reclamar en contra de éste en lo que les pareciere inexacto.

Por su parte, el Art. 1.766, en la liquidación de la sociedad conyugal, dispone que si el inventario y tasación de bienes no se efectúan solemnemente, sólo serán oponibles a los acreedores que los hubieren debidamente aprobado y firmado.

## ACCION OBLICUA

757. *Pauta.* Para estudiar la acción oblicua, lo haremos primero en general, para en la siguiente sección analizar su situación en Chile, y en una última hablaremos de la acción directa del acreedor.

*Sección primera*

## LA ACCIÓN OBLICUA EN GENERAL

758. *Concepto.* Aunque de origen romano, la acción oblicua parece haberse desarrollado en el antiguo Derecho francés, de donde la recogió el Código de esta nacionalidad, en su Art. 1.166, como una excepción al principio del efecto relativo de las convenciones que establece el precepto anterior: "No obstante, los acreedores pueden ejercitar todos los derechos y acciones de su deudor, con excepción de los que estén unidos exclusivamente a su persona".

En el resto de las legislaciones, la situación es variable; algunas la contemplan para ciertos y contados casos; otras, como el Código italiano (Art. 2.900), siguen a la francesa, consagrándola como institución de carácter general.

Y estas vacilaciones se justifican por lo que a continuación decimos.

La acción oblicua se explica y fundamenta en la garantía general patrimonial con que el deudor responde a sus acreedores; es posible que el deudor sea titular de derechos y acciones que de ejercerlos diligente y oportunamente van a incrementar su patrimonio, robusteciendo aquella seguridad general. Pero bien puede ocurrir que el deudor, por desidia o mala fe, deje de ejercer dichos derechos y acciones, produciéndose entonces un perjuicio para los acreedores

que se ven privados de aquel incremento patrimonial que facilita o hace posible el cobro de sus créditos.

En protección de sus derechos, la ley faculta a los acreedores para ejercitar estos derechos y acciones, en lugar del acreedor mediante la acción oblicua, que puede definirse, en consecuencia, como el ejercicio de los derechos y acciones del deudor por parte de sus acreedores, cuando el primero es negligente para hacerlo.

Por ejemplo, el deudor es acreedor a su turno en un crédito y no lo cobra; los acreedores quedan facultados para cobrar por él.

Se la llama también subrogatoria, porque los acreedores se colocan en la situación jurídica del deudor, para ejercitar sus derechos y acciones; lo hacen a nombre y por cuenta del deudor, en lugar suyo. Pero no parece recomendable la designación por confundirse con la que emana del pago con subrogación y que es totalmente diferente: en éste un tercero, acreedor o no del deudor, paga la deuda de éste y en virtud de este pago adquiere el crédito y puede dirigirse contra el deudor, cobrando para sí. En la acción oblicua, el acreedor del deudor cobra los créditos y otros derechos de éste, para, a su vez, con el producto de dicho cobro hacerse pago de su acreencia.

También se la llama acción indirecta, para diferenciarla de ciertas acciones directas del acreedor, que veremos en la tercera sección de este capítulo, y en que éste también hace efectivos derechos y acciones del deudor, pero no por cuenta de éste, sino por la propia.

Finalmente, y para terminar de caracterizarla, la acción oblicua se asemeja en cierta forma a la representación legal, ya que se actúa por cuenta de otra persona, pero el representante lo hace en beneficio del representado, y el acreedor actúa en su propio interés.

Pues bien, cuando el legislador la otorga, la acción oblicua protege este interés del acreedor de incrementar el patrimonio del deudor, para asegurar o por lo menos aumentar las probabilidades del cobro del crédito.

Pero también se desconfía de ella, porque el deudor puede tener muchos motivos y no la mera negligencia para no ejercer determinados derechos y acciones; puede estimar que no le convienen, porque implican mayores gastos que lo que va a obtener, etc. Nadie sabe mejor que su titular qué es lo que le conviene hacer; el acreedor, cegado por el deseo de cobrar, puede así causarle un daño a su deudor. De ahí que se le coloquen requisitos más o menos estrictos, aun en las legislaciones que la establecen con amplitud.

Finalmente, digamos que la acción oblicua no es de mucha importancia y aplicación, salvo en ciertos casos específicos, muchos de los cuales contempla expresamente nuestro Código, según veremos en la sección siguiente. Ello porque la acción oblicua beneficia el patrimonio del deudor, lo robustece para todos los acreedores y no específicamente para quien la ejerció. Puede resultar incluso que éste



termine beneficiando a los acreedores privilegiados, y por ello resultará preferible para los acreedores provocar la quiebra del deudor, y así obtener que el Síndico ejerza por cuenta de la masa las acciones en que aquél fue negligente.

759. *Requisitos de la acción oblicua.* Para que los acreedores puedan sustituirse a su deudor, para ejercer por él sus derechos y acciones deben concurrir algunos requisitos de elaboración doctrinaria y que estudiaremos en los números siguientes.

Ellos se refieren:

1º A la persona del acreedor;

2º Al crédito de éste;

3º A la persona del deudor, y

4º A los derechos y acciones suyos que se ejercen por el acreedor.

760. I. *Requisitos del acreedor que ejerce la acción oblicua.* Como toda persona que ejerce una acción debe tener interés en ello.

El acreedor tendrá interés cuando con la negligencia del deudor quede comprometida su solvencia. Hay quienes sostienen que es necesario que el deudor sea insolvente; creemos que es un poco exagerada tal afirmación, y veremos que en los casos que en nuestra legislación se consideran de acción oblicua, el legislador no lo exige.

En todo caso, es evidente que si el deudor es solvente, no procede el ejercicio de las acciones oblicuas, cualquiera que sea la magnitud e importancia de los derechos que el deudor deja de hacer valer. Si igual se va a pagar de su crédito, el acreedor carece de todo interés, y su actuación sería una mera intrusión en las cosas ajenas.

761. II. *Requisitos del crédito del acreedor que ejerce la acción oblicua.* En buena síntesis, podemos decir que el acreedor, en principio debe ser puro y simple, ya que se exige que su crédito sea cierto y exigible.

La certidumbre y exigibilidad eliminan al acreedor condicional suspensivo que no tiene derechos y sólo puede impetrar medidas conservativas, y el plazo obsta a la exigibilidad, a menos que se trate de un caso de notoria insolvencia que, según sabemos, hace caducar el plazo (Nº 474).

Se ha discutido en doctrina lo que ocurre si el crédito en que se sustituye el acreedor al deudor es muy superior al suyo, pues hay quienes sostienen que la acción oblicua sólo puede llegar al monto del crédito del acreedor, quien no tendría ya interés en el excedente. Parece errónea esta afirmación, por cuanto el acreedor no está cobrando su crédito, sino incrementando la masa a la que deberá concurrir con todos los demás acreedores sin preferencia alguna.

En la acción pauliana, veremos que el crédito del acreedor debe ser anterior al acto que se impugna (Nº 780). Dados sus distintos justificativos, en la acción oblicua la fecha del crédito nada tiene que ver con la de los derechos del deudor que ejercita el acreedor.<sup>726</sup>

762. III. *Requisitos del deudor.* Uno es el fundamental: debe ser negligente en el ejercicio de sus derechos y acciones.

La negligencia deberá probarla el acreedor, pero no es necesario que constituya previamente en mora al deudor, y en buena doctrina habría que concluir que ni siquiera es necesario oír a éste. Nos parece, sin embargo, de toda conveniencia emplazar al deudor para evitar discusiones posteriores sobre el efecto de la acción a su respecto. Así lo exige, por ejemplo, el Código italiano expresamente (inc. 2º del Art. 2.900).

763. IV. *Requisitos de los derechos y acciones que se ejercen por cuenta del deudor.* Desde luego estos derechos y acciones deben ser patrimoniales, ya que el objeto que persigue el acreedor es incrementar el patrimonio en que podrá ejecutar la obligación. Ningún interés puede tener en los que no tengan significación pecuniaria.

En seguida, tales derechos y acciones deben existir; no podría el acreedor establecerlos contratando por cuenta del deudor.

Deben referirse a bienes embargables, porque en caso contrario, aun cuando ellos se hicieran ingresar al patrimonio del deudor, sus acreedores no podrían después perseguirlos.

Finalmente, como lo señala el Art. 1.166 del Código francés, tampoco se permite en aquellas acciones propias de la persona del deudor, o sea, las acciones personalísimas, aunque ellas se traduzcan finalmente en bienes pecuniarios, como una reclamación del estado de hijo legítimo, que permitiría cobrar la herencia.

764. *Efectos de la acción oblicua.* Ellos derivan del hecho de que los acreedores no ejercen una acción propia, sino las del deudor y por cuenta de éste. De ahí que:

1º El deudor del deudor negligente, esto es, el demandado por la acción oblicua, puede oponer las mismas excepciones que le corresponderían si es demandado por su propio acreedor;

2º Es muy discutible que la acción oblicua ejercitada por el acreedor del deudor negligente, produzca cosa juzgada respecto de éste, por lo que hemos considerado recomendable emplazarlo siempre;

3º La acción oblicua no requiere una calificación judicial previa; en el mismo juicio en que se ejerce se determinará su procedencia, si

<sup>726</sup> Mazeaud, ob. cit., parte 2ª, T. 3ª, Nº 969, págs. 247 y sigtes.

ella es impugnada, pues si no se cumplen los requisitos legales, el demandante carecerá de legitimación para obrar en el juicio, y

4º Finalmente, y como lo destacábamos, el ejercicio de la acción oblicua no beneficia exclusivamente al acreedor que la ejerció, sino a todos ellos. Dicho de otra manera, el producto del ejercicio de esta acción no ingresa al patrimonio del que la invocó para pagarle su crédito, ni éste adquiere preferencia alguna en dichos bienes, sino que se incorporan al patrimonio del deudor, donde cualquier acreedor, no sólo el que la intentó, se podrá hacer pago, embargándolos y sacándolos a remate. Por ello decíamos que el acreedor puede en definitiva haber trabajado para otro, especialmente para uno privilegiado.

### Sección segunda

#### LA ACCIÓN OBLICUA EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

765. *¿Procede en el Código Civil chileno la acción oblicua?* Nuestro Código, como decíamos, no consideró una disposición análoga al Art. 1.166 del Código francés, lo que resulta llamativo, dado que el propio señor Bello reconoció ser en esta parte de las obligaciones tributario de aquél.

Este silencio ha dividido a la doctrina en dos corrientes:

1º Para algunos autores, el Código si bien no establece la acción oblicua como regla general, contiene algunos casos particulares en que les permite a los acreedores su ejercicio. Pero ella no podría pretenderse en otros casos que los señalados por la ley, e incluso se producen profundas discrepancias cuando se trata de determinar las situaciones específicas en que se la acepta, según veremos al estudiar los principales.<sup>727</sup>

Ello significaría, por ejemplo, que no podrían los acreedores cobrar los créditos del deudor, interrumpir las prescripciones que perjudican a éste, etc.

2º Para otros autores, entre los que el más decidido es. Claro Solar,<sup>728</sup> en otros términos que en el Código francés, pero igualmente en forma general, la acción oblicua está contenida en los Arts. 2.465 y 2.466. Esta última disposición la veremos en el número siguiente, y la primera ya la hemos analizado, pues otorga a los acreedores el derecho a perseguir los bienes presentes y futuros del deudor que están en su patrimonio, y en éste indudablemente se encuentran sus

<sup>727</sup> Por vía de ejemplo, Alessandri, ob. cit., pág. 116; Fueyo, ob. cit. T. 1º, pág. 375, Nº 389.

<sup>728</sup> Ob. cit., T. 11, Nº 1.113, pág. 582.

derechos, y por ende, los créditos; el ejercicio de la acción oblicua no sería sino una forma de hacer efectivo dicho derecho de prenda general.

Tras analizar las disposiciones que inciden en la cuestión, nos permitiremos consignar nuestra opinión.

Los casos y disposiciones que constituirían aplicación o permitirían el ejercicio de la acción oblicua, serían los siguientes:

- 1º Derecho de prenda, usufructo y retención del deudor;
- 2º Arrendamiento;
- 3º Pérdida de la cosa debida por culpa de terceros;
- 4º Repudio de donación, herencia o legado, y
- 5º Enajenación de una nave.

Los examinaremos en los números siguientes.

766. I. *Derechos de prenda, usufructo, retención.* Dice el inc. 1º del Art. 2.466: "sobre las especies identificables que pertenezcan a otras personas por razón de dominio, y existan en poder del deudor insolvente, conservarán sus derechos los respectivos dueños, sin perjuicio de los derechos reales que sobre ellos competen al deudor, como usufructuario o prendario, o del derecho de retención que le concedan las leyes; en todos los cuales podrán subrogarse los acreedores".

Leído superficialmente el precepto, parece dar la razón a quienes sostienen que otorga a los acreedores el derecho a sustituirse al deudor en el ejercicio de tales derechos, máxime si el propio legislador habló de "subrogarse".

Sin embargo, y aunque el uso de esta expresión y la oscuridad misma de la disposición hacen discutible el punto, pareciere más bien que el legislador continuara reglamentando el derecho de ejecución que fluye de la garantía general establecida en los Arts. 2.465 y 2.469.

En efecto, el Art. 2.465 permite efectuar la ejecución de todos los bienes del deudor, los que a él pertenecen. Pero puede ocurrir que en el patrimonio del deudor existan otros bienes de que él no es dueño, sino que corresponden a otras personas.

El inc. 1º del Art. 2.466 deja bien en claro que estas personas conservarán su dominio; lo que es evidente, y si se llegaran a embargar, deducirían la correspondiente tercería de dominio. Dicho de otra manera, los acreedores no pueden perseguir los bienes mismos, no los pueden embargar y sacar a remate.

Pero en estos bienes el deudor puede tener ciertos derechos reales, como prenda y usufructo que el Código menciona expresamente; o puede tener el derecho de retenerlos hasta que no se le paguen ciertas indemnizaciones, como ocurre en el derecho legal de retención (Nº 947).

Respecto del bien mismo, el deudor es mero tenedor, pero dueño de su derecho de prenda, usufructo, etc. Tales derechos son perfectamente embargables por los acreedores, y así, por ejemplo, los acreedores podrían embargar y rematar el derecho de usufructo y hacerse pago con el producto del remate; lo que no pueden hacer es embargar y rematar el bien mismo, ya que debe respetarse la nuda propiedad ajena.

En cuanto a la prenda, querría decir que el acreedor ejecutante embargaría el crédito garantizado con ella, y lo sacaría a remate, como cualquier otro bien del deudor. Lo mismo haría con el crédito con derecho de retención: embargar el crédito que tiene el deudor contra el dueño de la cosa, y sacarlo a remate con el derecho incluido.

Todo ello no escapa hasta aquí a las reglas normales de la ejecución, y el legislador tenía necesidad de decirlo expresamente, pues se había referido en el Art. 2.465 únicamente a los bienes de que el deudor es dueño.

En cambio, la acción oblicua produce otros efectos muy diversos: en el usufructo querría decir que pasarían a gozar de éste los acreedores por cuenta del deudor, que podrían cobrar los créditos garantizados con prenda, o sobre los que se ejerce el derecho legal de retención directamente.

El punto resulta bastante discutible por la redacción del precepto; sin embargo, los incisos 2º y 3º parecen confirmar la idea de que se está refiriendo al embargo de los derechos del deudor.<sup>729</sup>

El inc. 2º lo veremos en el número siguiente, y el 3º dispone a la letra: "sin embargo, no será embargable el usufructo del marido sobre los bienes de la mujer, ni el del padre o madre de familia sobre los bienes del hijo, ni los derechos reales de uso o de habitación". Aquí el legislador fue bien claro: se trata también de bienes como en el caso del inc. 1º en que el deudor no es dueño pero que figuran en su patrimonio en virtud de los usufructos legales, o los derechos reales personalísimos de uso y habitación; tales bienes no pueden ser perseguidos por los acreedores por ser ajenos, y el derecho del deudor tampoco es susceptible de persecución, porque es inembargable. La expresión "sin embargo" con que comienza el precepto revela que se trata de casos análogos a los anteriores.

Ello permite sostener, lo que por otra parte parece más lógico, que se está reglamentando una modalidad de la acción ejecutiva de los bienes de que el deudor no es dueño, y no estableciendo una acción oblicua.

767. II. *Arrendamiento*. El inc. 2º del Art. 2.466 señala que los acreedores "podrán, asimismo, subrogarse en los derechos del deudor

como arrendador y arrendatario, según lo dispuesto en los artículos 1.965 y 1.968".

El precepto también utiliza la expresión "subrogación", lo que hace pensar que se trata de casos de acción oblicua. Para determinar si es así, se hace preciso analizar los preceptos a que se remite el Art. 2.466, inc. 2º. Ellos contemplan dos situaciones diversas: la primera, se refiere a cualquier clase de acreedor que ejerza acciones sobre la cosa arrendada; y la segunda, al arrendador que persiga poner término al arriendo por la insolvencia declarada del arrendatario.

#### 1º Embargo de la cosa arrendada.

Como dejamos señalado, el Art. 1.965 se pone en el caso de que los acreedores del arrendador traben embargo en la cosa arrendada. En ello no hay nada excepcional: el hecho de estar arrendado un objeto del dominio del deudor, no impide la ejecución de los acreedores del arrendador.

El embargo no tiene por qué poner término por sí solo al arriendo, pero sí que coloca el bien embargado fuera del comercio jurídico (Nº 802). El propietario queda inhibido de efectuar actos de disposición, y el o los acreedores ejecutantes "se sustituirán en los derechos y obligaciones del arrendador". O sea, toman la calidad de contratante, reemplazan al arrendador mientras dure el embargo. En tal sentido, se asemeja a la acción oblicua, pero verdaderamente lo que ocurre es que hay un traspaso legal del contrato, a consecuencia del embargo (Nº 1.166), y como modalidad de la ejecución. Tanto es así que esta sustitución sólo beneficia a los acreedores que intentaron el embargo, y no a la masa, como ocurre en la acción oblicua.

Ahora bien, el embargo es una medida provisional; si el deudor paga la deuda, el embargo se alzará y recuperará su calidad de arrendador, pero si la ejecución sigue su curso y se saca a remate la cosa arrendada terminará igualmente la sustitución del deudor, porque también concluye el dominio de éste.

Y para determinar la suerte del arriendo, se aplican las reglas generales; el mismo inc. 2º del Art. 1.965 se remite, para el caso de que se adjudiquen la cosa en el remate el o los acreedores, al Art. 1.962, que es justamente el que determina cuándo el adquirente está obligado a respetar los arriendos existentes en la cosa que adquiere. Pero todo ello ya nada tiene que ver con la subrogación del o los acreedores al deudor-arrendador, sino que éstos quedan en la misma situación que cualquier tercero que adquiere un bien que se encuentra arrendado.

#### 2º Insolvencia declarada del arrendatario.

Dice el Art. 1.968, por su parte: "La insolvencia declarada del arrendatario no pone necesariamente fin al arriendo. El acreedor o acreedores podrán sustituirse al arrendatario, prestando fianza a satisfacción del arrendador. No siendo así, el arrendador tendrá derecho

<sup>729</sup> Opinión del profesor Somarriva en sus clases.

para dar por concluido el arrendamiento; y le competirá acción de perjuicios contra el arrendatario según las reglas generales".

Lo que ocurre es que los acreedores del arrendatario pueden tener interés en mantener el arriendo porque, por ejemplo, allí tiene su explotación el deudor, con cuyo producto podrá quizás pagarles sus créditos; para evitar la pérdida de esta expectativa, la ley les da el derecho de sustituirse en el contrato, dando fianza. Aunque también participa de otros caracteres, y especialmente de la cesión legal de contrato (Nº 1.166), no hay duda de que tiene mucho de acción oblicua.

768. III. *Pérdida de la cosa debida por hecho o culpa de tercero.* Ya nos hemos referido al Art. 1.677 (Nº 617), y volveremos sobre él en la indemnización de perjuicios (Nº 851), ya que si la cosa debida se destruye o deteriora por hecho o culpa de alguien ajeno a la convención, el deudor no responde, ya que para él la intervención del tercero constituye un caso fortuito. Su obligación se extingue por el modo que el Código llama pérdida de la cosa debida.

En tal caso, el precepto da al acreedor el derecho a exigir que se le cedan las acciones y derechos que tenga el deudor contra aquellos por cuyo hecho o culpa haya perecido la cosa.

Se ha solido sostener que habría ejercicio de la acción oblicua porque el deudor sería sustituido en sus derechos contra el o los terceros por el acreedor, pero la verdad es que en este caso se trata de un manera de expresarse del legislador, porque el deudor carece normalmente de toda acción o derecho contra el autor del daño. En efecto, es requisito esencial de la indemnización de perjuicios la existencia de estos últimos, y el deudor normalmente no los ha sufrido. Y así, por ejemplo, si debía un caballo a A, y éste perece atropellado culpablemente por C, el deudor no ha tenido daño alguno, porque su obligación se extinguió por caso fortuito, sin ulterior responsabilidad para él. El que ha sufrido el daño es el acreedor, y él cobrará los perjuicios directamente al tercero.

En otros casos, el deudor tendrá acciones, como si por ejemplo ha dejado la cosa en depósito, bajo una cláusula penal, que no requiere probar perjuicios para cobrarla (Nº 913) y se destruye por culpa del depositario. En tal caso, debe ceder sus acciones a la cláusula penal al acreedor suyo, pero no hay acción oblicua, sino un caso de cesión legal de derechos.

769. IV. *Repudio de donación, herencia o legado en perjuicio de los acreedores.* Cuando a una persona se le defiere una herencia o legado tiene el derecho de aceptarla o repudiarla; por su parte, la donación como contrato que es, debe ser aceptada por el donatario.

El ejercicio de este derecho de aceptar o repudiar del asignatario o donatario, no puede serles indiferente a sus acreedores, porque si

se inclina por lo primero ingresan definitivamente a su patrimonio nuevos bienes en que éstos harán efectivos sus créditos.

Por ello, el Art. 1.238 faculta a los acreedores del que repudia en perjuicio de sus derechos una asignación sucesoria, para hacerse autorizar por el juez para aceptar por el deudor. "En este caso —agrega el precepto— la repudiación no se rescinde sino en favor de los acreedores y hasta concurrencia de sus créditos; y en el sobrante subsiste".

Por su parte, el Art. 1.394 dispone que no dona quien repudia una asignación por causa de muerte o una donación, aunque así lo haga con el objeto de beneficiar a un tercero. "Los acreedores —dice el inc. 2º—, con todo, podrán ser autorizados por el juez para substituirse a un deudor, que así lo hace, hasta concurrencia de sus créditos; y del sobrante, si lo hubiere, se aprovechará el tercero".

La figura, que es reconocida por casi todas las legislaciones, tiene un carácter mixto. Tiene mucho de acción oblicua, y tanto es así que el Art. 1.394 transcrito habla de "sustitución" del deudor; ello porque se ejerce un derecho de éste. Pero también tiene bastante de acción pauliana, y tanto que el Art. 1.238 utiliza la expresión "rescisión" tan erróneamente a nuestro juicio, como lo hace en el Art. 2.468 para la acción pauliana (Nº 776, 1º); en efecto, se deja sin efecto un acto ya ejecutado y en perjuicio de los acreedores. No se exige, en cambio, el fraude pauliano que identifica esta institución y que es de más difícil prueba que el mero perjuicio a los acreedores que exigen los Arts. 1.238 y 1.394.

770. V. *Enajenación de nave.* El Art. 841 del Código de Comercio contempla dos situaciones diversas en relación a la venta privada de una nave, pendientes las responsabilidades del naviero.

Si el comprador de ella no ha pagado el precio, los acreedores del naviero puede solicitar la resolución (rescisión, dice también equivocadamente el precepto) de la venta. Este sí que es un caso típico de acción oblicua, pues los acreedores se sustituyen al naviero para pedir la resolución de la venta por incumplimiento de la obligación de pagar el precio.

También los acreedores pueden pedir la revocación de la venta por haber sido ejecutado en fraude de sus derechos. Aquí hay un caso liso y llano de acción pauliana.

771. *Conclusión.* A través de este estudio creemos que es posible sentar algunas conclusiones:

1º Que nuestro Código no ha establecido en parte alguna una norma general que permita el ejercicio de la acción oblicua, y siendo ésta contraria a las normas generales del derecho que por regla general no toleran la intrusión de extraños en negocios ajenos, no es ella aceptable en términos generales;

2º Que los acreedores, en consecuencia, sólo podrán sustituirse al deudor en los casos expresamente facultados, y cuya naturaleza jurídica en general es híbrida. No son, salvo los citados, propiamente de acción oblicua; normalmente los acreedores deberán conformarse con perseguir el embargo de los derechos del deudor que éste no ejercita;

3º Para una modificación del Código, creemos conveniente su establecimiento entre nosotros, pero sujeta a severa reglamentación para evitar sus inconvenientes ya señalados.

### Sección tercera

#### ACCIONES DIRECTAS DEL ACREEDOR

772. *Concepto y casos de ellas.* No debe confundirse la acción oblicua con ciertas acciones directas que el legislador otorga a determinados acreedores por la relación que ellos tienen con el contrato celebrado por su deudor, para dirigirse directamente contra el otro contratante.

La situación es muy diferente a la acción oblicua, porque en tal caso el acreedor no demanda por cuenta del deudor, sino que ejerce una acción propia, que le ha sido concedida por el legislador, y no en beneficio de todos los acreedores, sino únicamente en el suyo propio.

Así, por ejemplo, en algunas legislaciones se faculta a la víctima de un accidente para cobrar directamente la indemnización de perjuicios a la compañía de seguros en que el autor del daño ha cubierto su riesgo por daños a terceros.

Lo que caracteriza a las acciones directas es que el acreedor se cobra de su crédito, pero a través del contrato que con otras personas ha celebrado el deudor; y que este contrato tiene una relación con el suyo propio, que lo hace acreedor del contratante. Queda en claro la excepcionalidad de la institución, y que ella requiere siempre disposición legal, por cuanto se aparta del principio de la relatividad de las convenciones: se permite a un tercero en situación muy especial, es cierto, pero que no ha intervenido en un contrato, ejercer acciones que emanan de él.

En nuestra legislación podemos citar algunos casos:

1º El mandante contra el delegado.

El mandatario puede normalmente delegar el mandato en otra persona. De acuerdo al Art. 2.138, "el mandante podrá en todos casos ejercer contra el delegado las acciones del mandatario que le ha conferido el encargo". Para don David Stichkin se trata de un caso

de acción oblicua y, en consecuencia, el mandante se subroga al mandatario en las indemnizaciones que deba el delegado, y concurre a ella con todos los restantes acreedores, porque tal es el efecto de aquella acción.<sup>730</sup>

Nos parece que es una acción directa: los actos del delegado que perjudican al mandatario, perjudican en verdad al mandante, y por ello se le permite cobrar directamente al delegado; por ejemplo, éste percibió un saldo de precio de una compraventa hecha a nombre del mandante; la ley permite a éste demandar al delegado para recuperar este precio que no se le ha entregado. Como a él corresponde, demanda en propio nombre y no beneficia a otros acreedores.

2º Subcontratistas contra el propietario.

La regla 5ª, del Art. 2.003 establece que las personas que intervienen en la construcción de un edificio, si han contratado por sus pagas directamente con el dueño, sólo tienen acción contra éste, pero si han contratado con el empresario a cargo de la construcción, la tienen contra el propietario únicamente en subsidio del empresario con quien contrataron, y hasta concurrencia de lo que aquél deba a éste.

Por ejemplo, A encarga a B la construcción de un edificio, y B celebra un subcontrato con C por pinturas; éste podrá demandar a A únicamente en subsidio de B, y por lo que A deba a B.

La acción es a nuestro juicio directa, porque los subcontratistas cobran sus créditos y no lo hacen por cuenta del empresario.

<sup>730</sup> Ob. cit., Nº 136, pág. 409.

## LA ACCION PAULIANA O REVOCATORIA

773. *Reglamentación y pauta.* Se refiere a ella el Art. 2.468 del Código; también contiene normas al respecto la Ley de Quiebras, cuyo estudio no nos corresponde, pero a la que nos referiremos brevemente.

El estudio de esta materia lo haremos a través de tres secciones, destinadas al concepto y naturaleza jurídica de la acción pauliana, los requisitos y los efectos, respectivamente.

*Sección primera*

## CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

774. *Concepto.* El Art. 2.467 dispone que "son nulos todos los actos ejecutados por el deudor relativamente a los bienes de que ha hecho cesión o de que se ha abierto concurso a los acreedores". Donde el Código habla aun de concurso, debe entenderse quiebra.

En consecuencia, el deudor queda inhibido de efectuar acto alguno respecto de los bienes a que se extiende la quiebra o de que ha hecho cesión; lo primero, porque la quiebra produce el desasimiento de los bienes del fallido, cuya administración pasa al Síndico de Quiebras, y en uno y otro caso, porque si el deudor pudiera disponer de sus bienes, quedarían burlados sus acreedores.

El inc. 1º del Art. 2.468 señala a continuación: "en cuanto a los actos ejecutados antes de la cesión de bienes o la apertura del concurso (declaración de quiebra), se observarán las disposiciones siguientes", y señala tres reglas que estudiaremos en esta sección.

Con la declaración de quiebra, los acreedores atajan todos los actos del deudor que los puedan perjudicar, pero es posible de que antes que ella llegue, el deudor haya efectuado algunos actos de

mala fe, con el exclusivo afán de burlar a sus acreedores. En el capítulo anterior veíamos la posible negligencia del deudor, que puede privar a los acreedores de bienes que normalmente debieron ingresar a su patrimonio.

Aquí estamos frente a una situación más grave; el deudor maliciosamente ejecuta actos destinados a perjudicar la garantía general que sobre su patrimonio tienen los acreedores. No se trata ya de no enriquecerlo, sino de empobrecerlo intencionalmente, como si por ejemplo dona todos sus bienes a un tercero no quedando en qué hacer efectivos los créditos de los acreedores.

Estas acciones fraudulentas del deudor pueden efectuarse de dos maneras: otorgándose un acto aparente de enajenación, simulando deudas que no existen, etc. Si se prueba la simulación, los acreedores pueden ampararse en la acción propia de esta institución (Nº 145). En otras ocasiones, el acto puede ser real, pero celebrado con el solo afán de perjudicar a los acreedores, como ocurre en el ejemplo antes dado.<sup>730 bis.</sup>

Frente a este fraude, el legislador no puede quedar indiferente, y concurre en auxilio de los acreedores otorgándoles la acción pauliana o revocatoria para que dejen sin efecto dichos actos del deudor en la parte que los perjudican.

Podemos, pues, definir la acción pauliana o revocatoria como la que la ley concede a los acreedores para dejar sin efecto los actos del deudor ejecutados fraudulentamente y en perjuicio de sus derechos, y siempre que concurren los demás requisitos legales.

Se la llama pauliana porque se la atribuye al pretor Paulo, aunque se ha solido controvertir el punto; en todo caso, su origen es netamente romanista, donde incluso se la concebía como un verdadero delito.

Se la llama revocatoria justamente porque su objeto es revocar, dejar sin efecto los actos ejecutados fraudulentamente por el deudor para disminuir su garantía general ante los acreedores.

<sup>730 bis.</sup> Aun cuando en un mismo caso puedan darse conjuntamente las acciones de simulación y la pauliana, no se confunden (RDJ), T. 31, sec. 2ª, pág. 65), pues cada una tiene su propio campo de acción. Desde luego, porque la simulación puede ser lícita o ilícita, mientras que en la acción pauliana siempre hay un fraude, y aún la simulación ilícita puede tener por objeto perjudicar a otras personas que no sean los acreedores, por ejemplo a los herederos del simulador. A la inversa, puede haber acción pauliana, sin simulación, porque el acto fraudulento es real, sólo que destinado a perjudicar a los acreedores. Todavía más, en el campo que les es común, ambas acciones siempre difieren conceptualmente porque la acción pauliana persigue recuperar bienes del patrimonio del deudor, y la de simulación demostrar que ellos realmente no han salido de él. En seguida, la acción pauliana requiere probar el fraude y la insolvencia del deudor, nada de lo cual ocurre en la simulación. La acción para establecer ésta pertenece también a las partes, no así la pauliana, que sólo corresponde a los acreedores, quienes, además, deben tener tal calidad al otorgarse el acto fraudulento, lo que no sucede en la simulación, etc. Véase también Raúl Díez Duarte, ob. cit., Nº 173 y sigtes., págs. 148 y sigtes.

775. *Acción oblicua y pauliana.* Se asemejan estas dos acciones en que ambas tienen por objeto la preservación del patrimonio del deudor a fin de que responda en su oportunidad a los requerimientos de cobro de sus acreedores; no están destinadas al cumplimiento mismo, sino que tienden a asegurarlo, aportando bienes en que él pueda hacerse efectivo.

Por ello es que ambas, fundamentadas en el mismo derecho de garantía general, sólo afectan a los actos patrimoniales, y dejan al margen los bienes inembargables, puesto que no pueden ser perseguidos por los acreedores. Finalmente, las dos suponen una insolvencia, si no declarada, inminente del deudor.

Pero las separan diferencias fundamentales:

1º En la acción oblicua el acreedor ejerce acciones que no le pertenecen, sino que corresponden al deudor; la revocatoria es directa, propia de los acreedores. No actúan por cuenta del deudor, sino en contra suya.

2º En cuanto a su fundamento, ya señalamos que la acción oblicua se basa en la pasividad del deudor en el ejercicio de sus derechos y acciones y tiende a obtener el ingreso de bienes que no han estado en el patrimonio del deudor. La acción pauliana supone, a la inversa, que el deudor ha hecho salir bienes de su patrimonio en forma fraudulenta y tiende a recuperarlos.

3º En cuanto a sus efectos, ya que la oblicua beneficia no sólo al acreedor que la ejerce, sino que a todos ellos, mientras la pauliana, según veremos, sólo favorece al o a los acreedores que la han ejercido.

776. *Naturaleza jurídica de la acción pauliana.* Es un punto que se ha discutido doctrinariamente y es de consecuencias prácticas; las principales versiones sobre la naturaleza jurídica de la acción pauliana las consideran como una acción de nulidad, una de indemnización de perjuicios, y como una inoponibilidad.

1º Teoría de la nulidad.

Ella encuentra entre nosotros apoyo en la letra misma de la ley, que en los números 1º y 2º del Art. 2.468 habla justamente de "rescisión", pero la verdad es que sabemos con cuán poca precisión usa el legislador este término; seguramente recurrió a él en este caso porque el efecto es muy parecido: hacer perder su eficacia al acto impugnado.

Pero ello ocurre de muy distinta manera en una y otra acción; la nulidad opera retroactivamente y afecta a todo el acto; en cambio, la revocación deja sin efecto el acto o contrato sólo en la parte que perjudique a los acreedores, pero queda subsistente en lo demás.

Es efectivo también que en la acción pauliana concurre una forma de dolo, ese dolo especialísimo que toma el nombre de fraude pauliano; pero el dolo como causal de nulidad es un vicio del

consentimiento y puede ser invocado por la parte que ha sido perjudicada por él, mientras en la acción revocatoria es un dolo en perjuicio de terceros y que sólo éstos pueden hacer valer.

2º Acción indemnizatoria.

Justamente por esta última característica de que hay dolo se ha recurrido a la otra institución en que éste milita: la responsabilidad civil. El fraude pauliano, como acto ilícito que es, daría lugar a la obligación de indemnizar los perjuicios de los que han intervenido en él, sólo que la reparación adopta una forma especial: dejar sin efecto el acto ilícito. Es la tesis de Planiol.

3º Inoponibilidad.

Hay bastante de cierto que es una forma de reparación del perjuicio lo que se logra con la acción pauliana, pero veremos que ella afecta al adquirente a título gratuito, aunque no esté de mala fe (Nº 782). Respecto de éste, no hay acto ilícito y, sin embargo, procede la acción revocatoria.

Por ello la opinión más aceptable es la que ve en el fraude pauliano un caso especial de inoponibilidad.

Efectivamente, se dan las características y efectos fundamentales de ésta (Nº 155): el acto es perfectamente válido y oponible entre las partes, y en consecuencia no podrían ni el deudor que lo otorgó ni el tercero con quien se celebró impugnar el acto alegando que fue fraudulento.

Pero el tercero, en cambio, puede desconocer el acto, privarlo de efectos respecto a él, como ocurre justamente en la inoponibilidad. En todo lo demás, el acto persiste, y en consecuencia sólo se le revoca en la parte que perjudica al acreedor que invoca el fraude, pero no más allá.

La actual Ley de Quiebras justamente habló de inoponibilidad (Arts. 76 y 80 de la Ley 18.175 de 1982).

### Sección segunda

#### REQUISITOS DE LA ACCIÓN PAULIANA

777. *Enunciación.* Con la acción pauliana ocurre algo semejante que con la oblicua, ya que el legislador no puede ser muy liberal en su otorgamiento; si fuera así, quedaría totalmente trabada la posibilidad del deudor de administrar su patrimonio. Si todos los actos del deudor se vieran amenazados, por el solo hecho de tener éstas deudas, de quedar sin efectos, nadie se arriesgaría a contratar con él, incapacitándolo de hecho para la vida jurídica.

Por ello deben cumplirse varias circunstancias para que prospere la acción pauliana; ellas se refieren:

- 1º A los actos susceptibles de atacarse por vía pauliana;
- 2º A la oportunidad en que deben haber sido ellos otorgados;
- 3º A la situación del acreedor que la demanda;
- 4º A la situación del deudor que ha ejecutado el acto impugnado, y
- 5º Al tercero que contrató con el deudor.

Analizaremos los diferentes requisitos de la acción pauliana en los números siguientes.

778. I. *Actos que pueden ser atacados por la acción pauliana.* El Art. 2.468, en sus diferentes incisos, habla de actos y de contratos sin efectuar distinciones, por lo cual se reconoce a la acción pauliana un campo amplio de acción, pero siempre que se trate de actos voluntarios del deudor; no podrían impugnarse por esta vía aquellos efectos jurídicos que se producen sin intervención de la voluntad del deudor.

En cambio, todos los actos, sean uni o bilaterales, contratos uni o bilaterales, convenciones, donaciones, renunciaciones de derecho, etc., pueden ser atacados por la acción pauliana; así lo vimos respecto de la dación en pago (Nº 716). El pago mismo puede ser fraudulento, siempre que no se trate de una deuda vencida.<sup>731</sup> Las cauciones otorgadas por el deudor también quedan incluidas si son fraudulentas, y por ello el Nº 1º del Art. 2.468 menciona la prenda, hipoteca, anticresis.

Sería el caso, por ejemplo, de una deuda pendiente que el deudor garantiza con una hipoteca totalmente innecesaria, puesto que el acreedor no puede aún presionarlo.<sup>732</sup>

Otras legislaciones hablan de actos de disposición, como por ejemplo el Art. 2.901 del Código italiano. Nuestro Código no lo exige, y en consecuencia, basta que exista un principio de enajenación. Así, una promesa de venta otorgada en fraude de los acreedores es, en nuestro concepto, revocable, porque en virtud de ella el deudor puede ser obligado incluso judicialmente a otorgar la enajenación.

Naturalmente que los actos personalísimos, aunque se traduzcan en efectos patrimoniales, como un reconocimiento del deudor de un hijo natural que lleve envuelta la obligación de proporcionar alimentos al hijo reconocido, no son atacables por vía pauliana, tal como

<sup>731</sup> Es el criterio del Art. 76 de la Ley de Quiebras que declara inoponibles los actos ejecutados por el deudor, desde los 10 días antes de la cesación de pagos hasta la declaración de quiebras, que enumera: pago anticipado de una deuda, dación en pago, y prendas, hipotecas y anticresis constituidas sobre bienes del fallido para garantizar obligaciones anteriormente contraídas. El Art. 2.901 del Código italiano a contrario sensu deja sujeto a revocación el cumplimiento de una deuda no vencida.

De acuerdo al Art. 77 de la Ley de Quiebras, los otros pagos y contratos del deudor "comerciante", son anulables si la otra parte sabía la cesación de pagos.

<sup>732</sup> Véase la nota anterior.

resisten el ejercicio de la acción oblicua. También quedan al margen de aquélla, como lo están de ésta, los actos relativos a bienes inembargables, por cuanto nada se obtendría con recuperar tales bienes imperseguibles por los acreedores.

779. II. *Oportunidad en que se han otorgado los actos impugnados.* Para ejercer la acción revocatoria no es necesaria la previa declaración de quiebra del deudor. Al comenzar a hablar de la acción pauliana, señalamos que ella se refiere únicamente a los actos ejecutados por el deudor antes de la declaratoria de quiebra.

Los posteriores son lisa y llanamente nulos, de nulidad absoluta, porque están prohibidos por la ley; no se necesita la concurrencia de otro requisito alguno que la declaración de quiebra, y que se trate de bienes a que ella se refiere.

Dentro de los actos anteriores a la quiebra, la ley respectiva ha introducido una distinción en los Arts. 74 y siguientes, estableciendo un período sospechoso que se extiende desde la fecha que fije el tribunal como de cesación de los pagos, y a veces se retrotrae aún más allá, con lo que se facilita la impugnación de los acreedores.<sup>733</sup>

Hemos hablado de actos anteriores y posteriores a la quiebra. ¿Significa que es requisito para intentar la acción pauliana que el deudor esté declarado en quiebra al tiempo de interponerla? Una mala redacción del Art. 2.468 permitió sostener en un comienzo que era necesario declarar al deudor en quiebra o que éste hiciera cesión de sus bienes, para que se pudieran revocar sus actos fraudulentos, otorgados antes.

En efecto, el precepto comienza diciendo: "en cuanto a los actos ejecutados antes de la cesión de bienes o la apertura del concurso" (declaración de quiebra, hoy en día), etc. Pareciere entonces que sólo cabría una acción pauliana, previo alguno de estos actos, y así lo entendió en un comienzo cierta jurisprudencia, pero esta tesis ha sido totalmente abandonada:

1º Porque es absurda; no habría explicación racional y lógica para una exigencia semejante, ya que actos de fraude del deudor quedarían impunes si no se le declara en quiebra o hace cesión de sus bienes;

2º Porque la redacción del precepto, deficiente desde luego, se explica en parte relacionándolo con el anterior: el 2.467, que se refiere justamente a los actos posteriores a la quiebra o cesión de bienes; el Art. 2.468, conectándose a aquél, quiso referirse a los efectuados sin que haya mediado anterior cesión de bienes o quiebra;

3º Porque si no exigencia, la quiebra está presente en todos los preceptos del Título 41 de la Prelación de Créditos; justamente ésta

<sup>733</sup> Véanse la nota 731 y el Nº 781.



tiene importancia en la concurrencia de acreedores que normalmente se presenta en la quiebra y cesión de bienes. Pero en ningún caso es requisito para la aplicación de los distintos artículos del Título: el 2.465 establece la garantía general en que reposa la acción pauliana; el 2.466 lo complementa respecto de aquellos bienes de que el deudor no es dueño; el 2.469 da derecho a los acreedores a sacar a remate los bienes del deudor en procedimiento individual o colectivo, y de ahí en adelante se establecen las distintas preferencias. El único precepto que exige quiebra o cesión es precisamente el 2.467.<sup>734</sup>

780. III. *Requisitos del acreedor.* El acreedor que entabla acción pauliana, como el que intenta una oblicua, debe tener interés, y lo tendrá cuando el deudor sea insolvente, porque si tiene bienes más que suficientes para satisfacer a sus acreedores, no podrá prosperar la pretensión de revocar sus actos.

Visto lo mismo desde otro ángulo, el Art. 2.468 exige el perjuicio de los acreedores: que el acto se haya otorgado en su perjuicio (Nº 1º), probándose el perjuicio de los acreedores, dice el Nº 2º. Y les causará perjuicio cuando en virtud de dicho acto el deudor quede imposibilitado de pagarles, esto es, haya provocado o aumentado su insolvencia.

En consecuencia, la insolvencia debe presentarse en ambos momentos: al otorgarse el acto impugnado y al ejercitarse la acción. Y así, si el deudor, al celebrar aquél, tenía una sola deuda y bienes por diez veces su valor, no puede haber fraude ni intención alguna de perjudicar a los acreedores; a la inversa, si el acto fue fraudulento, provocó o agravó la insolvencia del deudor, pero al intentarse la acción, por ejemplo, porque ganó en la lotería, ha pasado a ser solvente, no habrá lugar a la revocación.

Además, es preciso que el acreedor tenga esta calidad en los mismos dos momentos ya señalados, o sea, al otorgarse el acto impugnado y al intentar la acción pauliana.

Esto último, porque si ya no es acreedor, carece de interés, y en virtud de lo primero son inexpugnables los actos efectuados por el deudor antes de contraer la obligación del acreedor que pretende ejercer la acción pauliana. Ello por una razón muy simple; el patrimonio que tiene presente el acreedor al contratar y que le responderá del cumplimiento de la obligación es el del deudor en ese momento: los bienes presentes y los que adquiera en el futuro, pero no los que tuvo anteriormente. No importa que su enajenación haya sido fraudulenta y perjudicial; a ese acreedor no lo perjudicó porque al contratar ya sabía semejante situación.

<sup>734</sup> En el mismo sentido, por vía de ejemplo. RDJ, T. 35, sec. 1ª, pág. 2. Claro Solar, ob. cit., T. 11, pág. 614, Nº 1.135 y Alessandri, ob. cit., pág. 121.

Finalmente, el acreedor en principio debe ser puro y simple para intentar la revocación. En general, no se admite la acción del acreedor cuyo derecho está sujeto a condición suspensiva, porque no hay obligación, ni a plazo, salvo que la insolvencia del deudor sea notoria, porque ella provoca la caducidad de éste. Sin embargo, en estricta lógica, esta exigencia no se justifica, aunque sea generalmente aceptada,<sup>735</sup> porque por un lado hay un acto fraudulento, cuyo perjuicio futuro evidente debe permitirse provenirlo al acreedor que ya es tal, aunque no pueda exigir su crédito, o tiene la legítima expectativa de llegar a serlo.

781. IV. *Requisito en el deudor: el fraude pauliano.* El deudor debe ser fraudulento, esto es, ejecutar o celebrar el acto o contrato con ánimo de perjudicar a sus acreedores; es una especie de dolo o mala fe, pero de carácter especial, ya que según dijimos no es el que vicia el consentimiento, y más se asemeja al que concurre en los actos ilícitos, en el delito civil.

En Francia, el Código no definió el fraude pauliano, por lo que se discute si basta con que sepa el deudor el mal estado de sus negocios, o se precisa además la intención de perjudicar a los acreedores. En Chile, el Nº 1º del Art. 2.468 definió el fraude pauliano: consiste en conocer el mal estado de los negocios del deudor. Esta es la circunstancia que deberán probar los acreedores para ganar la revocación.

Porque, en efecto, ni el dolo ni la mala fe se presumen, por lo cual esta prueba es de cargo de los demandantes paulianos. Sin embargo, declarado en quiebra el deudor, el Art. 75, inc. 2º de la ley respectiva presume que éste sabía el mal estado de sus negocios desde los diez días antes a la fecha que ha sido fijada como de cesación de los pagos.

Según lo antes señalado, el acto fraudulento debe, además, perjudicar al acreedor, quien igualmente debe probar esta circunstancia.

782. V. *Requisitos que deben concurrir en los terceros beneficiados con el acto o contrato. Situación de los subadquirentes.* El Código efectúa una distinción fundamental según si el acto es gratuito u oneroso, siendo necesario en estos últimos para su revocación el fraude pauliano del tercero; no así en los primeros, en que basta el del deudor. Es una distinción proveniente del Derecho Romano, y que ya encontramos en el pago indebido (Nº 696 y siguientes).

<sup>735</sup> El Código italiano permite expresamente el ejercicio de la acción pauliana al acreedor sujeto a condición o a término, lo que nos parece la buena doctrina. Claro Solar, ob. cit., T. 11, Nº 1.138, cree que el acreedor a plazo, aunque no haya insolvencia notoria, puede accionar paulianamente.

Finalmente, el Código no se refirió a la situación de los subadquirentes. Veremos estos tres casos.

### 1º Actos y contratos a título oneroso.

Se refiere a ellos la regla 1ª del precepto: "los acreedores tendrán derecho a que se rescindan los contratos onerosos, y las hipotecas, prendas y anticresis que el deudor haya otorgado en perjuicio de ellos, estando de mala fe el otorgante y el adquirente, esto es, conociendo ambos el mal estado de los negocios del primero".

Como decíamos, en los actos a títulos onerosos se exige la mala fe de ambas partes: deudor y adquirente; los dos deben saber el mal estado de los negocios del primero, y el acreedor deberá rendir esta prueba.

### 2º Actos a título gratuito.

Se refiere a ellos la regla 2ª del precepto: "los actos y contratos no comprendidos bajo 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".

Basta la mala fe del deudor, y la razón de esta diferencia está ya señalada; habiendo varios intereses en juego: del acreedor que quiere mantener la máxima integridad de su garantía; del deudor que debe conservar la libre administración de sus bienes, y a quien el legislador sólo sanciona en casos de negligencia o fraude, y del tercero que ha contratado con el deudor, la ley sacrifica con mayor facilidad el de éste, si no ha efectuado sacrificio alguno para su adquisición. El tercero no pierde en definitiva nada, queda igual que antes del acto. En cambio, el que ha adquirido a título oneroso, ha efectuado un desembolso, un sacrificio económico, que tendrá posteriormente que entrar a recuperar. Por ello el legislador no puede prescindir de su actitud y sólo lo sanciona si es fraudulento también.

### 3º Situación de los subadquirentes.

Como decíamos, el Código se olvidó de la situación de éstos, o sea, de aquellos cuyos derechos emanan del que celebró el contrato con el deudor. Por ejemplo, éste donó su automóvil a A, y éste a su vez vendió el vehículo a B. Contra A, hay acción pauliana; ¿afectará ella a B, y en qué condiciones?

Nos parece que no hay cuestión posible si la acción pauliana no daba acción contra el adquirente directo, por serlo éste a título oneroso y estar de buena fe. Si no puede atacarse este contrato, menos se podrá accionar contra el subadquirente, aunque su título sea gratuito, o esté de mala fe, si es oneroso.

Pero si la revocación es procedente respecto del adquirente, hay quienes sostienen que lo será igualmente contra su subadquirente, independientemente de su buena o mala fe. Se dan principalmente dos razones: la primera, que revocado el acto del adquirente se

afecta igualmente el que de él deriva, y, en seguida, que la acción pauliana es rescisoria como lo señala el Código.

Pues bien, éste dio reglas especiales para los adquirentes que priman sobre las propias de la nulidad, pero en el silencio ante los subadquirentes, recuperan éstas su imperio. La nulidad judicialmente declarada afecta a terceros independientemente de su buena o mala fe, y en consecuencia la acción revocatoria alcanza a los subadquirentes a título oneroso o gratuito, estén de buena o mala fe.<sup>736</sup>

Con la mayoría de los autores discrepamos de esta opinión, porque desde luego la acción pauliana no es de nulidad, y en seguida porque no habría razón para colocar al subadquirente en peor situación que el adquirente. Donde hay la misma razón debe existir igual disposición. En consecuencia, al subadquirente debe aplicarse la misma solución que el adquirente.

Por tanto, si la revocación procede contra el adquirente, alcanzará al subadquirente a título gratuito, esté de buena o mala fe, pero al subadquirente a título oneroso sólo si está de mala fe.

## Sección tercera

### CARACTERÍSTICAS Y EFECTOS DE LA ACCIÓN PAULIANA

783. *Características de la acción revocatoria.* Las más destacadas son las siguientes:

1º Es una acción directa, personal del acreedor, quien la ejerce en su propio nombre, y no por cuenta del deudor, como ocurre en la oblicua;

2º Es una acción personal. El punto se ha prestado a cierta controversia, porque al igual que otras acciones personales: resolución, pago de lo no debido, nulidad, puede afectar a los terceros. Antes por el contrario, la acción carece de todo objeto si ella no va a implicar al tercero adquirente, según lo expresado en el número anterior. Es más, en nuestro concepto no hay duda alguna que el tercero debe ser parte en el pleito en que se discuta la revocación, tanto que si es adquirente a título oneroso está en discusión su buena fe.<sup>737</sup>

<sup>736</sup> Alessandri, ob. cit., pág. 127.

<sup>737</sup> ¿Es reivindicatoria la acción que se intenta contra el tercero para privarlo de la cosa adquirida fraudulentamente? Es evidente que en cuanto éste es privado de la cosa, su efecto es muy semejante. Igualmente, la cosa vuelve al patrimonio del enajenante. Pero en virtud de la acción de un tercero, el acreedor. No nos parece que lo sea en definitiva, sino una acción de características muy especiales.

Pero ello no quita la calidad de acción personal a la pauliana, porque deriva de una relación de crédito entre el acreedor y deudor, y que involucra al tercero por disposición de la ley y por su participación en el hecho;

3ª Es una acción patrimonial, y en consecuencia será renunciabile, pues está establecida en beneficio del o los acreedores que la entablen; igualmente es transferible y transmisible, y

4ª Está sujeta a un plazo especial de prescripción.

La regla 3ª del Art. 2.468 dispone que "las acciones concedidas en este artículo a los acreedores expiran en un año contado desde la fecha del acto o contrato". Siendo una prescripción especial o de corto plazo, no se suspende (Art. 2.524).

Por excepción, el Art. 80 de la Ley de Quiebras establece un plazo de un año, también contado desde la celebración del acto o contrato, para la revocación en los casos señalados en los Arts. 74 a 79 de la misma ley.

784. *Efectos de la revocación.* El efecto que produce la acción pauliana, dicho en términos generales, es dejar sin efecto el acto impugnado hasta el monto en que perjudique al acreedor o acreedores que han intentado la revocación.

En consecuencia:

1ª Como toda sentencia es de efectos relativos, la revocación sólo beneficia al o a los acreedores que intentaron la acción pauliana, pero no a los demás. Estos evidentemente pueden actuar como coadyuvantes en el juicio, y participar, en consecuencia, de sus beneficios.

2ª Los efectos de la revocación variarán según el acto de que se trate; así, si se trata de una enajenación quedará total o parcialmente sin efecto, y el adquirente perderá la cosa de que se trate; si se dirige contra una hipoteca, se cancelará ésta; si ataca a una remisión, renace el crédito, etcétera.

3ª En virtud de la revocación vuelven al patrimonio del deudor los bienes que habían salido de él, y en consecuencia, podrán en ellos ejecutar sus derechos los acreedores, embargándolos y sacándolos a remate.

4ª La acción pauliana, si no tiene otro objeto para el acreedor que preparar su ejecución sobre los bienes recuperados para el deudor, puede ser atajada por el adquirente pagándole su crédito al demandante.

5ª Cuando tiene por objeto la recuperación de alguna cosa enajenada, nace para el adquirente afectado por ella la obligación de restituir. El Código no la reglamentó en esta parte, por lo que creemos deben aplicarse en todo y por todo las reglas generales de las prestaciones mutuas (Arts. 904 y siguientes), en cuanto a mejoras, frutos, deterioros, etcétera.

785. *Efectos entre el deudor y tercero.* Ya hemos dicho que la acción pauliana no es de nulidad.

En consecuencia, el acto queda sin efecto sólo en cuanto perjudica al o a los acreedores que la han intentado. Por ejemplo, el deudor remitió a su propio deudor un crédito por \$ 10.000. Un acreedor pide la revocación de esta remisión para cobrar su crédito de \$ 5.000. La remisión queda sin efecto hasta esta suma, pero subsiste en el resto.

Tratándose de la adquisición de una cosa, pueden producirse ulteriores relaciones entre el deudor y el tercero adquirente, una vez decretada la revocación. Si ésta es a título gratuito, nada podrá reclamar, pero el que adquirió a título oneroso tiene acción de garantía contra el deudor por la evicción sufrida, de acuerdo a las reglas generales. Ello es evidente, no obstante su complicidad en el fraude, porque esto se refiere al acreedor.

## EL BENEFICIO DE SEPARACIÓN

786. *Concepto.* Del beneficio de separación trata el Título 12 del Libro 3º del Código, Arts. 1.378 a 1.385 inclusive. Su estudio corresponde a la sucesión por causa de muerte, por lo que daremos sólo breves nociones del mismo, a fin de completar el cuadro de los principales derechos auxiliares del acreedor.<sup>738</sup>

De acuerdo al Art. 1.378 los acreedores hereditarios y testamentarios tienen derecho a pedir que no se confundan los bienes del difunto con los del heredero, y en virtud de este beneficio de separación tendrá derecho a que de los bienes del difunto se les cumplan las obligaciones hereditarias o testamentarias con preferencia a las deudas propias del heredero.

Más brevemente, podemos definirlo como el derecho que la ley concede a los acreedores hereditarios y testamentarios a fin de que los bienes del causante no se confundan con los del heredero, de manera que ellos puedan pagarse preferentemente a los acreedores personales de éste.

El beneficio de separación es una medida de precaución que no persigue el cumplimiento mismo, sino asegurarlo mediante la conservación del patrimonio que respondía de sus acreencias en virtud de la garantía general del Art. 2.465. Porque es posible que el causante haya sido muy solvente y sus bienes alcanzaran perfectamente para el pago de todas sus deudas, pero no tenga igual característica el del o los herederos, sino que antes por el contrario esté netamente cargado al pasivo.

Normalmente tendría que compartir con los acreedores personales del heredero el patrimonio en el cual ejercían su garantía general,

<sup>738</sup> Véase *Derecho Sucesorio*, ob. cit., págs. 523 y sigtes. Escobar Riffo, ob. cit., págs. 241 y sigtes.

confundido con los bienes propio de éste y sin otra causal de preferencia que la inherente al crédito mismo.

Esto lo impiden invocando la separación de patrimonios, que le da preferencia para pagarse en los bienes del difunto antes que los acreedores personales del heredero. Estos de nada pueden quejarse, pues el patrimonio que respondía a sus créditos era el del heredero y no el del causante. En nada varía su situación. Por ello es que la ley entre su interés y el de los acreedores del causante, prefiere por razones de equidad el de estos últimos.

787. *Las partes en el beneficio de separación.* El derecho a pedir la separación de patrimonios corresponde a los acreedores hereditarios, esto es, aquellos que ya lo eran en vida del causante, y a los testamentarios, o sea, aquellos cuyo crédito arranca su origen de la declaración de última voluntad del causante (legatarios); según el Art. 1.379 corresponde aún al acreedor condicional, lo que confirma su calidad de medida de conservación. No pertenece, como es obvio, a los acreedores del heredero.

No está en situación de invocar el beneficio en estudio el acreedor cuyo derecho ha prescrito ni el que ha renunciado a él, expresa o tácitamente, esto último por haber reconocido como deudor al heredero.

Tampoco podrá intentarse si los bienes de la sucesión han salido de manos del heredero o se han confundido con los de éste, de manera que no sea posible reconocerlos (Art. 1.380).

Pedida la separación por uno o más de los acreedores hereditarios o testamentarios, beneficia a todos aquellos cuyos derechos no han prescrito ni han renunciado al mismo (Art. 1.382).

La ley no ha dicho contra quién debe esgrimirse este beneficio, pero parece evidente que el legitimado pasivo es el heredero; no habría inconveniente para que los acreedores personales de éste actúen como coadyuvantes.

De acuerdo al Art. 50 de la Ley de Quiebras, la sucesión puede ser declarada en quiebra, y en tal caso el beneficio de separación lo otorga el legislador de pleno derecho.

788. *Efectos del beneficio de separación.* Para que el beneficio de separación produzca efectos, si hubiere bienes raíces en la sucesión, el decreto en que se concede se inscribirá en el Registro o Registros que por la situación de dichos bienes corresponda, con expresión de las fincas a que el beneficio se extienda (Art. 1.385).

Según decíamos, se discute si el beneficio de inventario, que es como la contrapartida de los herederos al de separación de los acreedores hereditarios y testamentarios, produce la separación de los patrimonios, o es un mero límite de responsabilidad.

En cambio, el de separación produce este efecto en forma indiscutible, y por ello el Art. 520 del C.P.C. permite al heredero cuyos bienes personales han sido embargados por un acreedor hereditario o testamentario oponerse al embargo por la vía de la tercería, y a la inversa, a éstos hacer frente al embargo de los bienes hereditarios por los acreedores personales del heredero, por igual medio.

Decretado el beneficio de separación, él se traduce en una preferencia para los acreedores hereditarios y testamentarios. Ellos se pagan primero en los bienes sucesorios, y una vez satisfechos sus créditos, si hay un sobrante, éste podrá ser perseguido por los acreedores personales del heredero y los hereditarios y testamentarios que no gozan del beneficio de separación (Art. 1.382).

Inversamente, los acreedores hereditarios y testamentarios deben reconocer preferencia a los personales del heredero para que éstos se paguen en los bienes propios de éste, y sólo pueden perseguirlos si se han agotado los hereditarios, y siempre naturalmente que el heredero no haya aceptado con beneficio de inventario (Art. 1.383).

Finalmente, el Art. 1.384 da derecho a los acreedores hereditarios y testamentarios que gocen del beneficio de separación para dejar sin efecto los actos dispositivos (el precepto menciona enajenaciones, hipotecas y censos), efectuados por el heredero dentro de los seis meses siguientes a la apertura de la sucesión. El Código califica esta acción de "rescisoria" y da lugar a ella siempre que las enajenaciones no hayan tenido por objeto el pago de créditos hereditarios o testamentarios. No obstante la expresión que usa el Código, parece una modalidad de la acción revocatoria, pero sin que sea necesario probar el fraude.