

# Algunas consideraciones sobre el objeto de la acción subrogatoria

JOSE LUIS LACRUZ BERDEJO

SUMARIO: I. *Derechos inherentes a la persona.*—*La fórmula del artículo 1.111.*—*La doctrina.*—*Sentido del Código civil.* *Excepciones:* 1.º, *los derechos extrapatrimoniales;* 2.º, *los derechos patrimoniales que son resultado de la transformación de una situación jurídica extrapatrimonial;* 3.º, *los derechos patrimoniales de carácter personal;* 4.º, *algunos derechos patrimoniales,* y 5.º, *los derechos sustraídos por la ley a la ejecución.*—*El derecho de autor.* *Las acciones de nulidad y rescisión.*—*Las acciones de resarcimiento de daños.*—*La revocación de donaciones.*—*Algunas acciones del Derecho de las personas y de familia.*—*Acciones del heredero.*

II. *Acciones, derechos y facultades.*—*Derechos y acciones.*—*Las facultades.*—*Las facultades de adquisición en general.*—*La aceptación de la herencia.*—*El legado.*—*La oferta de contrato.*—*Los derechos de adquisición.*—*Actos conservativos.*—*Actos de mera facultad.*

Según el artículo 1.111 del Código civil, «los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona...».

Entre los problemas que plantea el texto legal, considero aquí los que se refieren al objeto de la acción subrogatoria: «el más escabroso punto de toda esta controvertida doctrina», al decir de Pacchioni. A este fin, divido el trabajo en dos partes. En la primera, trato de fijar cuáles sean los *derechos inherentes a la persona*, que, según el mencionado artículo 1.111, no pueden ser ejercitados por los acreedores del titular. En la segunda, estudio el alcance de la frase *derechos y acciones*, usada por la ley, examinando especialmente hasta qué punto pueden ser objeto de acción subrogatoria las llamadas *facultades*.

No he pretendido agotar la materia, y si sólo enunciar unos

principios generales, mostrando su aplicación a algunos supuestos concretos entre los más interesantes y que mayores dudas pueden ofrecer. He omitido otros muchos, también de indudable interés, que hubieran alargado más de lo conveniente estas páginas

## I. Derechos inherentes a la persona

### *La fórmula del artículo 1.111.*

El Código civil exceptúa de la subrogación los derechos y acciones *inherentes a la persona del deudor*. Los autores suelen afirmar que la fórmula del Código civil es más fácil de entender que de explicar en términos precisos, y que su claridad y simplicidad son sólo aparentes. Sin embargo, los mismos autores convienen en la imposibilidad de concretar en una fórmula sintética las notas diferenciales entre los derechos exceptuados de la acción subrogatoria y los demás. «La expresión—dice De Buen (notas a la edición española del *Curso*, de Colin y Capitant, III, 1943, pág. 149)—da lugar a dudas, pero hay que confesar que es muy difícil encontrar otra que pueda sintéticamente sustituirla.» Beudant (*Cours*, VIII, por Lagarde, París, 1936, pág. 455) admite que «es posible que el legislador haya obrado prudentemente no tratando de precisar demasiado...; la cuestión de saber si un derecho es exclusivamente inherente a la persona debe ser resuelta según consideraciones diversas, a veces muy delicadas, e importa que los jueces conserven una gran libertad de apreciación». Y aunque alguno (Díaz Pairó, *Teoría general de las obligaciones*, I, La Habana, 1945, pág. 174) tacha a la frase del Código civil de inexacta, «ya que al referirse a los derechos inherentes al deudor cabe pensar que excluye el ejercicio por los acreedores de aquellos derechos que se extinguen por la muerte del titular, como el usufructo o la renta vitalicia», lo cierto es que nadie le da ese valor.

### *La doctrina.*

Los autores que han pretendido hallar una nota común y exclusiva a todos los derechos exceptuados de la acción subrogatoria no han tenido en ello gran fortuna. Hoy la doctrina reconoce que esa característica no existe, y que hay varias categorías de derechos y acciones inherentes a la persona, cada una con caracteres diferentes.

Veamos ahora, a título de ejemplo, la opinión de algunos tratadistas:

a) Lebrún (*Traité des successions*, cit. por d'Avanzo, *La subrogatoria*, Padua, 1939, pág. 151). Pueden ser hechos valer por los acreedores aquellos derechos para cuyo ejercicio no es precisa una intervención directa de la persona a la que se han concedido.

b) Naquet (*De l'action paulienne*, cit. por d'Avanzo). Son derechos inherentes a la persona los que no son capaces de cesión ni embargo.

c) Merlin (*Questions de droit*, cit. también por d'Avanzo). Son personales los derechos no susceptibles de cesión o de transmisión a los herederos del deudor.

Estas fórmulas son inexactas e inútiles. De un lado llevan consigo la necesidad de fijar a su vez qué derechos son los que no precisan intervención directa del titular, o que no son susceptibles de cesión, embargo o transmisión a los herederos. De otro, hay derechos y acciones que pueden ser objeto de cesión, pero no de subrogación, como la acción de indemnización por daños ocasionados a la persona del deudor o el derecho a publicar una obra inédita; derechos que no son transmisibles por causa de muerte y pueden ser ejercitados por los acreedores, como el usufructo en la mayoría de los casos; derechos no embargables que pueden ser objeto de la subrogación, como el de pedir una ampliación de hipoteca; acciones que pasan a los herederos y que no pueden ser ejercitadas por los acreedores, etc.

d) Laurent (*Principes de droit civil*, XVI, Bruselas-París, 1875, página 518). Son derechos inherentes a la persona del deudor los derechos morales, y también los derechos que siendo morales y pecuniarios al mismo tiempo, contienen preferentemente elemento moral. Es la prevalencia del carácter pecuniario o moral de cada derecho la que determina su aptitud o ineptitud para el ejercicio por los acreedores.

Con esto se traslada la cuestión, pero no se resuelve el problema: en cada caso será preciso determinar cuál de los elementos es el que prevalece, y por otra parte la preponderancia de lo moral o lo pecuniario es algo que muchas veces no podrá apreciarse exactamente, aparte de que hay derechos principalmente pecuniarios cuyo aspecto moral basta para exceptuarlos de la subrogación.

e) Aubry y Rau (*Cours*, IV, París, 1912, pág. 312). Son personales los derechos cuyo ejercicio se prohíbe al acreedor por una disposición de la ley o por una disposición análoga a la prohibición explícita, o, finalmente, cuyo ejercicio es incompatible con el motivo y objeto en consideración a los cuales se concedió el derecho y la acción.

Pero obsérvese que la ley ni muestra claramente cuándo existe esa incompatibilidad a que los autores hacen referencia, ni dice nunca de modo expreso si un derecho puede ser o no ejercitado por los acreedores mediante la acción subrogatoria.

f) Cantoni (*L'azione surrogatoria nel diritto civile italiano*, Milán, 1907, cit. por d'Avanzo). Los derechos inherentes a la persona del deudor son aquellos que la ley prohíbe expresamente ejercitar a los acreedores, los que asumen el carácter civil o penal de acción de reparación o pena privada, y los que se dirigen a

atribuir al patrimonio del deudor bienes no susceptibles de procedimiento ejecutivo.

g) Baudry-Lacantinerie (*Précis*, II, París, 1913, pág. 106) excluye de la acción subrogatoria, en primer lugar, los derechos que no son susceptibles de resolverse en una suma de dinero; en cuanto a los que pueden procurar un provecho pecuniario, distingue si están fundados sobre un interés puramente moral o patrimonial—en cuyo caso no hay cuestión—o no: los derechos mixtos, es decir, los que se fundan a la vez en intereses morales y patrimoniales, estarán exentos o no de la subrogatoria según cual sea el fundamento preponderante. Se trata, en suma, de una fórmula idéntica a la de Laurent.

h) Demogue (*Traité des obligations en general*, VII, París, 1933, pág. 303) adopta también un criterio parecido al de Laurent. Se debe examinar el fundamento del derecho en cuestión. Si es puramente moral o puramente pecuniario, la solución es clara. Si el derecho tiene a la vez como base un interés pecuniario y un interés moral, es preciso considerar el elemento que domina. En todo caso, se trata de considerar, no el resultado, en fin del derecho o de la acción, sino el interés protegido: una acción reclamando una indemnización pecuniaria a causa de un perjuicio moral, es personal del deudor, pese a su fin patrimonial. Como ideas auxiliares, apunta el autor que, tratándose de un texto referido a la ejecución, se excluyen de la acción de los acreedores los derechos que no son susceptibles de embargo, y que, en general, la transmisibilidad entre vivos de un derecho implica el que los acreedores puedan ejercerlo: así la transmisión a los herederos.

i) Pacchioni (*Diritto civile italiano*, II, 1, *Delle obbligazioni in generale*, Padua, 1941, pág. 153). Entre los derechos y acciones del deudor que pueden venir considerados como «exclusivamente inherentes a su persona», han de señalarse primero aquellos que no tienen contenido patrimonial, de cuyo ejercicio no puede resultar ninguna ventaja patrimonial para su titular y, por consiguiente, para los acreedores de éste. Después, dentro de los derechos y acciones cuyo ejercicio aumenta el patrimonio, aquellos que se dirigen a obtener pensiones, rentas y en general, bienes que la ley sustrae a la ejecución, y de igual modo aquellos que se atribuyen al deudor a título de satisfacción o compensación personal. Finalmente, hay derechos que, aun aportando al patrimonio del que los ejercita valores patrimoniales embargables, son, sin embargo, personalísimos en cuanto a su ejercicio, y deben quedar reservados al titular, que es árbitro plenamente de ejercitarlos o no.

j) La doctrina española es poco precisa al ocuparse de este punto. Acaso la formulación más concreta sea la de Mucius Scaevola (*Código*, XIX, Madrid, 1902, pág. 592), para quien son personales los derechos y acciones atribuidos al deudor por virtud

de una determinada cualidad que le corresponde personalmente y que no es transmisible.

### *Sentido del Código civil.*

¿Qué sentido debe darse a las palabras *derechos y acciones inherentes a la persona* que emplea el Código civil?

La cuestión no puede ser resuelta sino mediante una enumeración de las diversas clases de derechos y acciones exentos de la subrogatoria. Previamente conviene advertir:

a) Que el significado de las palabras *derechos inherentes a la persona* del artículo 1.111 no equivale al de la *excepción puramente personal del obligado* del artículo 1.824, o a las *excepciones puramente personales* de los artículos 1.845 ó 1.148. Es claro que en estos supuestos el criterio determinante de la *personalidad* es una cuestión de hecho tanto como de naturaleza jurídica, y que la razón que mueve al legislador en cada caso es del todo diferente.

b) Que, como dice Demogue (op. cit., pág. 320), no depende de los contratantes convenir en que el derecho resultante del contrato sea exclusivamente personal, de suerte que esté exento del ejercicio por los acreedores: para que el convenio tenga validez es preciso que a él se adhieran los presuntos favorecidos por la acción subrogatoria.

c) Que, pese al sentido literal del artículo 1.111, la acción puede afectar a toda clase de derechos no inherentes a la persona.

Podría pensarse lo contrario al leer en él que «los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se le debe...». La acción subrogatoria parece referirse exclusivamente a aquellos derechos y acciones que, aun susceptibles en teoría de ejecución, no lo sean en la práctica: cuando un derecho sea embargable parece que no ha de poder ser objeto de subrogatoria, porque precisamente para intentar ésta es necesario, interpretando literalmente el artículo 1.111, que el deudor haya quedado sin bienes embargables. Por ejemplo, podría pensarse que la controversia, clásica en los Derechos francés e italiano, sobre si los acreedores tienen o no derecho a dar en arriendo los bienes de su deudor que éste mantiene improductivos, no puede plantearse en la legislación española, por cuanto tales bienes habrán debido ser perseguidos y expropiados antes de intentar la subrogatoria.

Sin embargo, y dejando ahora aparte la cuestión de si a la acción subrogatoria corresponde normalmente sólo una función ejecutiva o también puede tenerla conservativa, hay supuestos especiales en los que tendrá como fin exclusivo conservar el patrimonio del deudor, como ocurrirá, por ejemplo, cuando un crédito a término se halle en peligro de quedar impagado.

Esto justifica suficientemente el que sean objeto de consideración en el presente trabajo facultades y derechos que, de interpre-

tar literalmente el texto legal, nunca habrían podido ser ejercitados por los acreedores *utendo iuribus* de su deudor.

Veamos ahora concretamente cuáles son esos derechos inherentes a la persona:

1.º *Los derechos extrapatrimoniales.*

Todos los derechos pueden tener algún contenido extrapatrimonial, en cuanto que de algún modo pueden relacionarse, en cada caso concreto, con intereses extrapatrimoniales de su titular. Pero hay derechos puramente extrapatrimoniales que forman una categoría jurídica aparte de la de los derechos patrimoniales, y que ordinariamente son inalienables e imprescriptibles: su denominador común es la falta de valor pecuniario.

Tales derechos extrapatrimoniales no son ejercitables por los acreedores en virtud de una doble razón: su relación inmediata con la personalidad del titular, y su ineptitud para satisfacer la pretensión de los acreedores, cuyo crédito sólo puede ser hecho efectivo con derechos de valor directamente pecuniario.

Igual razonamiento puede aplicarse a los intereses extrapatrimoniales, es decir, a aquellos bienes jurídicos—la vida, el honor, las facultades naturales, físicas o psíquicas...—que no son propios derechos subjetivos, pero cuya integridad se halla protegida mediante acciones de reparación.

Téngase en cuenta que un derecho o una acción siguen siendo extrapatrimoniales aunque de su ejercicio puedan derivar, mediatamente, consecuencias para el patrimonio de su titular: lo esencial es que el derecho o la acción en sí versen sobre un bien exclusivamente moral.

2.º *Derechos patrimoniales que son resultado de la transformación de una situación jurídica extrapatrimonial.*

Por ejemplo, la acción de reparación que compete a la víctima de un perjuicio extrapatrimonial. En ocasiones tal perjuicio podrá ser reparado *in natura* (por ejemplo, publicando la sentencia condenatoria, o una rectificación en la prensa, etc., si el daño se produjo por una noticia o una imputación falsas); pero en otras, no pudiendo obtener una reparación tal que remedie directamente el daño causado, la víctima reclamará una indemnización pecuniaria. Nos hallamos ante la transformación de una situación jurídica extrapatrimonial en un derecho patrimonial: el derecho de crédito dirigido a la indemnización que nace de la sentencia condenatoria. ¿En qué momento ocurre esa transformación? No es posible contestar a esta pregunta de un modo tajante: cabe, con todo, afirmar, que mientras la acción no ha tenido como resultado una sentencia de condena a una indemnización pecuniaria, el derecho a obtenerla no es totalmente patrimonial, y que las sucesivas vi-

cisitudes de su ejercicio continúan siendo inherentes a la persona del perjudicado

### 3.º *Derechos patrimoniales de carácter personal.*

No hay que confundirlos con los que provienen de la transformación de una situación jurídica extrapatrimonial: se trata de derechos que versan desde su origen sobre un valor pecuniario, por lo cual en principio podrían ser objeto de la acción subrogatoria, pero que deben ser excluidos porque la presencia en ellos de un interés moral, del cual debe ser árbitro el titular, hacen presumir que se trata de «derechos inherentes a la persona» en el sentido del art. 1.111.

Los derechos patrimoniales de carácter personal forman una categoría intermedia entre los derechos puramente patrimoniales y extrapatrimoniales. Como aquéllos, persiguen la obtención de un valor para el patrimonio de su titular; pero como los segundos, se hallan adscritos a la persona de éste, ya por habersele atribuido en virtud de una cualidad, situación o cargo peculiar e infungible en su ejercicio, ya por hallarse relacionados directamente con sus derechos extrapatrimoniales o intereses morales. Se conoce una variada gama de derechos de esta clase, desde los más personales a los casi patrimoniales: el derecho pecuniario de autor, el derecho a los alimentos, el usufructo legal del titular de la patria potestad, la acción para pedir la separación de bienes de los cónyuges, etc. La principal dificultad en estos derechos estriba en fijar el límite exacto de la *inherencia a la persona* y el comienzo del área de influencia de la acción subrogatoria. A mi modo de ver este límite sólo puede ser fijado individualmente para cada caso, analizando la esencia del derecho en cuestión y la naturaleza de su atribución al titular, ponderando los intereses en conflicto y apreciando la valoración que de esos mismos intereses ha hecho la ley en casos semejantes. En principio no puede excluirse que algunos derechos patrimoniales tengan cierto carácter personal, y que, sin embargo, tal carácter no sea suficiente para impedir su ejercicio por los acreedores. Véase lo que se dice más adelante, a propósito de las acciones de reparación de daños.

### 4.º *Algunos derechos patrimoniales.*

Aun sin mezclarse consideración moral alguna, hay ciertos derechos patrimoniales que requieren imprescindiblemente una apreciación de la que sólo es capaz su titular, por lo cual no pueden ser objeto de ejercicio por los acreedores.

No intento incluir en esta categoría a todos los derechos y acciones para cuyo ejercicio es necesaria la apreciación personal del legitimado. Ello equivaldría a dejar la acción subrogatoria sin objeto posible, porque el ejercicio de un derecho comporta siem-

pre una cierta apreciación personal sobre su oportunidad o inoportunidad. Ni siquiera trato de agrupar a todos los derechos que suponen una opción; que, considerados en abstracto, requirieren siempre una apreciación personal, y si sólo aquellos cuyo ejercicio supone inmediatamente una transformación de los elementos del patrimonio de su titular. Es claro que sólo él puede ser árbitro de tales transformaciones, y aunque no se mezcle en el contenido del derecho ninguna circunstancia de índole extrapatrimonial, ni valoración alguna de orden moral que no pueda ser confiada a otro, los acreedores deben abstenerse de provocar unos efectos que podrían ser desventajosos para el patrimonio de su deudor.

Así ocurre, en principio, con los llamados *derechos subjetivos de formación jurídica* cuando se actúan mediante un contrato oneroso. Puede objetarse a ésto que entre ellos hay algunos perfectamente enajenables y embargables; no siendo verosímil que no pueda ser objeto de ejercicio por los acreedores en el patrimonio del deudor un derecho que puede ser extraído de ese patrimonio y ejercitado por ellos una vez pignorado. Puede alegarse que la inactividad del deudor ha de ser sancionada sometiendo a la apreciación de otras personas el ejercicio de su derecho. Porque, así como la apreciación moral más difícilmente puede ser impuesta al deudor, el cual decidirá libremente sobre el ejercicio o no ejercicio de sus derechos y acciones morales sin que sus acreedores tengan recurso alguno contra su decisión, el cálculo de las consecuencias patrimoniales de un negocio jurídico es algo más objetivo: algo que puede ser realizado por cualquier experto. Empero tales argumentos no bastan para desvirtuar la regla de que la inversión del numerario del deudor, la enajenación de sus bienes, etc., son sólo asunto suyo, siquiera tengan lugar en virtud de un anterior derecho de formación (v. g., el que nace de un precontrato, de un contrato de opción, de un pacto de retroventa, etc.). Pensar de otra manera sería atentar contra la autonomía personal del deudor, autorizar una grave intromisión en su esfera de actividad que sólo es posible en los casos de concurso o quiebra.

¿Hay que concluir, así, que aun en aquellos casos en que no juegan intereses morales y el negocio de naturaleza onerosa se presenta sin discusión como objetivamente beneficioso para el patrimonio del deudor, deben permanecer los acreedores cruzados de brazos?

Trataré de este punto en la segunda parte del presente trabajo. Adelanto aquí que no siempre es preciso llegar a ese extremo. Porque, aun cuando no sea lícito a los acreedores transformar los elementos patrimoniales de su deudor, si les estará permitido, en cambio, celebrar los negocios jurídicos a cuya conclusión tenía aquél un derecho específico, con tal que no produzca la susodicha transformación: esto es prácticamente difícil, comporta una serie de cuestiones secundarias todavía más dificultosas y, en definitiva,

modifica la estructura típica de la acción subrogatoria; pero en casos resulta posible y justo (véase, v. g.: art. 1650 del Código civil).

Además se debe respetar el poder de decisión del deudor cuando, por la naturaleza de los derechos y acciones a que se refiera abstractamente considerados, ésta haya de basarse de modo principal en consideraciones morales; en la valoración de motivos extrapatrimoniales e íntimos, para los cuales no hay una medida objetiva. Pero los derechos en cuestión ya no son puramente patrimoniales, sino derechos de carácter personal, incluidos en el apartado anterior.

Salvo el caso de la conclusión de negocios onerosos o el carácter personal de los derechos patrimoniales, el hecho de que para ejercitar un derecho se requiera la apreciación personal de su titular, no es suficiente para declararlo exento de la acción subrogatoria. El deudor que, en perjuicio de sus acreedores, descuida ejercitar sus derechos y acciones, no merece tanto respeto. En particular, los acreedores podrán ejercitar el *ius electionis* en los créditos de su deudor dirigidos a prestaciones alternativas: en este punto se halla de acuerdo toda la doctrina.

#### 5.º *Derechos sustraídos por la ley a la ejecución.*

Los autores deciden que tales derechos nunca pueden ser objeto de acción subrogatoria. Se trata de bienes que no sirven de garantía a los acreedores y, por consiguiente, no sólo sustraídos a la ejecución, sino también a todas las medidas que tiendan a facilitarla y hacerla posible: un bien declarado inembargable, es decir, inidóneo para ser transferido coactivamente, en naturaleza o en valor, del patrimonio del obligado al de su acreedor, es como si no existiera para éste. Sin embargo, se han de exceptuar de esta regla ciertas medidas conservativas del patrimonio del deudor, que pueden tomar los acreedores mediante la acción subrogatoria, y que carecen de valor venal.

#### *El derecho de autor.*

Los autores franceses distinguen en el derecho de autor un aspecto moral—preponderante—y otro patrimonial. Este es susceptible de tráfico, pero aun así sufre continuamente la influencia del aspecto moral. Además no nace sino con la publicación de la obra, de la cual el autor es único juez.

La doctrina se inclina por considerar el derecho de autor, incluso en sus consecuencias pecunarias, como completamente personal. Ello aparece claro en cuanto a la publicación de una obra literaria, la representación de un drama, la ejecución de una pieza musical o la entrega y exhibición de un cuadro o una escultura: sólo el autor debe decidir si la obra ha de ser publicada o, si el cuadro o la escultura pueden considerarse acabados, y aun enton-

ces, si responden a sus concepciones estéticas de modo que puedan ser entregados y exhibidos. La coerción en este aspecto violaría un derecho de la personalidad y entregaría al juicio de los tribunales materias que escapan a su competencia.

Se discute más la posibilidad de autorizar los acreedores la publicación de una segunda edición, caso de inercia del autor. Pero en este supuesto perduran las mismas razones que en el anterior servían para calificar el derecho intelectual como inherente a la persona: «el autor que ha entregado su obra al público—dice Beudant (op. cit., pág. 457)—es único juez en cuanto a saber si la publicación debe ser renovada». Lo mismo puede decirse de los derechos de traducción, adaptación al cine o al teatro, etc.

Naturalmente, tampoco pueden ejercer los acreedores el derecho del autor a retirar una edición, prohibir la representación de una obra dramática (art. 93 del Reglamento de la propiedad intelectual), reivindicar la paternidad de su obra, modificarla, refundirla, etc. Si pueden ejercer, en cambio, aquellos derechos que están destinados exclusivamente a la protección del derecho pecuniario, como la inscripción en el Registro de la propiedad intelectual, el depósito legal, etc.

Cuando el derecho a publicar no pertenece al autor por haberlo cedido, pierde su personalidad y queda de condición igual a la de cualquier otro derecho real o de crédito.

#### *Acciones de nulidad y rescisión.*

Las acciones de nulidad o rescisión pueden ser ejercitadas por los acreedores, salvo cuando, de la causa en que se funden, se deduzca que son inherentes a la persona del legitimado.

Pero el hablar de causa de nulidad *inherente a la persona*, no significa que los acreedores hayan de abstenerse de ejercitar toda acción cuya causa esté relacionada de algún modo con la persona del deudor (incapacidad, error, dolo, violencia, etc.), sino sólo aquellas que, aun versando sobre un bien apreciable en dinero, se hallan de tal modo vinculadas a él que sería inmoral confiar a otro la decisión sobre la conveniencia de intentarlas o no.

No es éste el caso de la acción de nulidad por incapacidad. Pues aunque en la doctrina francesa hay quien sostiene que tal acción no puede ejercitarse por los acreedores, porque ciertos textos parecen considerarla como personal del incapaz, ha de observarse que, como dicen Planiol y Ripert (*Traité élémentaire*, II, París, 1949, pág. 471), «tales textos se explican porque la acción sólo debe aprovechar a la parte incapaz y no a los capaces; si se rehusa la acción a las otras partes, no hay razón para denegar su ejercicio a los acreedores de la parte que la posee, puesto que tiene un fin exclusivamente pecuniario». En el mismo sentido Barassi (*La teoria generale delle obbligazioni*, III, Milán, 1946, página 968), quien entiende susceptibles de subrogatoria todos los

derechos y acciones que tienen un contenido valorable en dinero, aun ligados a una cualidad personal del deudor. Savatier (*Cours*, II, París, 1949, pág. 201), por el contrario, opina que las acciones de nulidad de los incapaces sólo pueden ser ejercitadas por ellos y no por los acreedores; mas no desvirtúa, por eso, los principios aquí expuestos, sino que aduce un argumento nuevo en favor de la inherencia de la acción a la persona del incapaz; éste, dice, se halla en todo caso vinculado por una obligación natural, y por eso debe quedar a su arbitrio el desconocerla, demandando la nulidad del contrato, o el reconocerla, dejando subsistir la obligación civil. Empero la tesis de Savatier es en parte dudosa, puesto que de la obligación de un incapaz no nace necesariamente una obligación natural, y en parte inexacta, porque para el cumplimiento de la obligación natural no es forzoso dejar subsistir la obligación civil.

Conforme a una idea apuntada ya anteriormente, podría pensarse así: el negocio jurídico anulable es válido y operante mientras no resulte anulado: es así que la declaración de nulidad produce una desintegración del negocio, hasta entonces existente, luego cuando se trate de negocios jurídicos a título oneroso en los cuales ha habido un cambio de elementos en el patrimonio del deudor, y cuya nulidad importa un nuevo intercambio de prestaciones, no debe permitirse la subrogatoria. Porque, en verdad, si el efecto del negocio jurídico en cuestión es la transformación de unos elementos patrimoniales en otros, la vuelta al estado primitivo importa un nuevo trueque, y parece que de su oportunidad sólo puede ser árbitro el deudor, ya que en unas ocasiones el negocio, aun anulable, será beneficioso para su patrimonio, y en otras no. Si los acreedores se consideran defraudados, siempre tienen expedito el ejercicio de la revocatoria.

Nótese, sin embargo, en apoyo de la solución opuesta, que en todo caso, si el deudor, porque juzga el negocio anulable beneficioso para su peculio o por cualquier otra causa, quiere mantenerlo, puede hacerlo mediante la confirmación. Por otra parte, lo corriente cuando los acreedores intenten ejercitar la acción de nulidad de su deudor, será que el negocio anulable sea desventajoso para éste, y como él tiene siempre a mano un recurso para mantenerlo eficaz, y aquéllos no están suficientemente protegidos por la sola acción revocatoria, no hay razón para negarles la subrogatoria.

#### *Acciones de resarcimiento de daños.*

Cuando el resarcimiento tiene por objeto la reparación de un daño patrimonial, de modo que representa la reintegración al deudor de bienes que había perdido, es lógico que se admita el ejercicio de la acción por los acreedores, puesto que, habiendo sufrido mengua el patrimonio que garantiza la satisfacción de sus cré-

ditos, tienen un interés legítimo en reprimir la situación patrimonial de su deudor al estado anterior a la producción del daño.

Cuando se trata de un daño que ni directa ni indirectamente causa alteración en el patrimonio del deudor, está mejor fundado el criterio de abandonar la acción a su arbitrio, en cuanto que por lo general la decisión de ejercitar o no la acción se toma a la vista de consideraciones íntimas, de orden moral, y por otra parte los acreedores no pueden alegar que se les cause perjuicio, porque el posible aumento patrimonial es sólo mediato. Así, especialmente, cuando se trata de la indemnización del daño moral; ni opondrá a esto que el Código penal disponga que podrán ejercitar en la acción para pedir indemnización de daños por injuria o difamación los ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos del difunto agraviado, siempre que la calumnia o injuria trascienda a ellos, y en todo caso el heredero (artículo 466): «Tal concepción—dice De Buen (op. cit., pág. 151)—está establecida para velar por el buen nombre de las personas, pero en modo alguno debe entenderse que se trata de una acción de carácter patrimonial.»

Mayores dificultades se suscitan en lo que concierne al daño físico causado a la persona del deudor. Para Esmein (en el *Traité pratique* de Planiol y Ripert, VIII, París, 1928, pág. 213), «el daño infligido a la persona se traduce en un perjuicio pecuniario que la acción tiende a reparar y que no deja lugar a ninguna apreciación de orden moral, y aun en el caso en que el delito haya causado un perjuicio de orden moral, no es necesariamente cierto que esté en juego un interés moral; puede haber simplemente un perjuicio inmaterial, lo que no significa que se trate de un perjuicio extrapatrimonial, perteneciente al dominio de la conciencia.» A esta solución parece adherirse igualmente Jossierand (*Cours*, II, pág. 667) cuando afirma, a propósito de la acción de daños y perjuicios nacida de un accidente que ha causado daños materiales, que «el ejercicio de tales vías de derecho no supone, en verdad, un caso de conciencia». Nerson (*Les droits extrapatrimoniaux*, París, 1939, pág. 462), entiende que es preciso distinguir en estos casos entre los diversos elementos que componen la indemnización: si se trata de compensar con ella los gastos hechos para el tratamiento del daño corporal, la privación de salario o la minoración de la capacidad de trabajo, la acción no es inherente a la persona; por el contrario, la indemnización del dolor físico o moral sólo puede ser exigida por la víctima. Por último, Duley (*De la détermination des droits et actions que le créancier est susceptible d'exercer par voie oblique*, París, 1935, página 157), opina que la acción de indemnización del daño infligido a la persona del deudor sólo puede ser intentada por él mismo: el daño puede emanar de un pariente, de un amigo poco diestro o airado, de un automobilista cortés que se prestó a transportar al perjudicado; en todo caso pueden intervenir consideraciones de orden moral.

En apoyo de la tesis de Duley está el hecho de que, así como los acreedores en el caso del daño ocasionado al patrimonio ven disminuir los bienes que sirven de garantía al pago de sus créditos, en el daño moral en nada sufren los bienes ya existentes, y si sólo, eventualmente, puede cesar o disminuir el incremento que tales bienes iban experimentando. Pero frente a un interés pecuniario de los acreedores evidentemente más débil y menos digno de respeto que en el caso del daño al patrimonio, se alza un interés de orden moral del deudor también mucho más débil que en el caso del daño simplemente moral, de modo que no puede calificarse la acción, de un modo absoluto, como *inherente a la persona*. Pues aunque se aduzca, para impedir la acción de los acreedores, la eventualidad del daño que se les produce (v. g., la pérdida de capacidad de trabajo supone un daño para ellos en tanto en cuanto su deudor estuviera dispuesto a continuar trabajando), lo cierto es que, de una parte, esta eventualidad juega lo mismo para el que ha sufrido el daño, sin impedir por eso su acción, y de otra, que el deudor insolvente no puede llevar la delicadeza al extremo de rehusar el ejercicio de la acción de daños y perjuicios sin razones muy fundadas. Por lo cual parece más acertado admitir la subrogatoria en todos aquellos casos en que hay una relación íntima entre el perjuicio físico y el pecuniario (v. g., la pérdida de salarios a causa del daño físico), y no formular para los demás una regla fija e inflexible, dejando la solución, para cada caso concreto, a la estimación que hagan los tribunales de los intereses en conflicto.

#### *Revocación de donaciones*

Si una donación se ha hecho bajo condición resolutoria, el cumplimiento de la condición resuelve *ipso iure* la liberalidad. Tan pronto como se verifica el evento, la situación patrimonial del donante con relación a los bienes donados se retrotrae al momento anterior a la donación. La sentencia del juez se limita a declarar la resolución que ha tenido lugar *ipso iure*, y los acreedores tienen derecho, sin duda, a que sea declarada la nueva situación patrimonial del donante, a fin de reintegrar a su poder los bienes donados. No se trata de un derecho inherente a la persona del donante, sino que es transmisible, lo mismo a título universal que por título particular.

Este supuesto no es propiamente de revocación, la cual requiere, en su concepto propio, una manifestación de voluntad de revocar por parte del donante—o, en ciertos casos, de sus causahabientes—, y se funda en causas establecidas por la ley. Si se trae aquí es porque sirve para orientarnos acerca del criterio a seguir en los casos de propia revocación de donaciones, por supervivencia o supervenencia de hijos, incumplimiento de cargas e ingratitud.

En los dos primeros, un análisis puramente conceptual nos

llevaría a la conclusión de que el revocar o no es incumbencia personalísima del deudor, puesto que queda a su arbitrio, una vez sobrevenida la causa de revocación, hacer la correspondiente declaración u omitirla. Tal es la posición de De Buen (op. cit., pág. 150). «Si se funda la acción revocatoria—dice—en la superveniencia de hijos, es una acción que corresponde, no sólo al donante, sino, en caso de muerte de éste, a los hijos y sus descendientes legítimos. Obsérvese que el Código no concede esta acción a los herederos, sino a los hijos y descendientes legítimos, por lo cual parece que tiene en cuenta también apreciaciones o motivos morales distintos de una consideración puramente económica. Ello nos inclina a pensar que esta acción no podrá ser ejercitada por los acreedores, como tampoco podrán serlo las fundadas en la ingratitud del donatario y en el incumplimiento de las condiciones; ya que estas acciones son inherentes a la persona del donante, puesto que el Código declara que deben ejercitarse a instancia de la misma (artículos 647 y 648).» Idéntica posición defiende d'Avanzo (op. cit., pág. 297), quien con referencia a la revocación por incumplimiento de cargas, argumenta que el modo es sólo un elemento accesorio del negocio jurídico que, ni es causa de éste ni llega jamás a cumplir la función de elemento correspondiente, pues está destinado específicamente a ser una limitación de la liberalidad, siendo inconciliable con los negocios jurídicos a título oneroso. La adquisición del derecho no se hace depender de la consecución del fin pretendido con la imposición de la carga, y así tampoco la pérdida: el modo, ni suspende ni resuelve. Lo mismo podría decirse de la supervivencia o superveniencia de hijos, al menos según la opinión más corriente en nuestra Patria.

Mas estos argumentos prueban muy poco: el ser la revocación un derecho, como casi todos, de ejercicio potestativo, no importa necesariamente que sea personalísimo; menos, tratándose en ambos casos de causas de revocación susceptibles de apreciación objetiva, y cuya existencia puede ser conocida y valorada por cualquiera. Podrá el donante abstenerse de ejercitar el derecho que le incumbe a revocar la donación, basándose en motivos estrictamente personales, pero estos motivos carecerán siempre de relación directa con la causa que da origen a la posibilidad de revocar.

Ocurre así, especialmente, en la revocación por superveniencia o supervivencia de hijos, puesto que este punto queda fijado de un modo indiscutible y sin posibilidad de matices y gradaciones de intensidad cuya valoración pueda servir de criterio para ejercitar o no el derecho a la revocación. Pero tampoco deja de ocurrir, en suficiente medida, en la donación *sub modo*: no hay duda de que el incumplimiento o cumplimiento de la carga admiten matices, pero siempre podrá determinarse objetivamente si dicha carga ha sido o no incumplida; en este punto la identidad entre la carga y la condición es perfecta, y si los acreedores pueden ejer-

citar los derechos nacidos del cumplimiento de las condiciones, no hay razón para que no puedan hacerlo con los nacidos del incumplimiento de la carga modal. Entre la carga y la condición existen diferencias técnicas, manifestadas especialmente en cuanto al modo de surtir sus efectos, pero no hay diferencia en cuanto al posible contenido. Más aún: los intereses en conflicto, a los efectos del ejercicio de la subrogatoria, son los mismos en el caso de la condición, del modo y de la superveniencia o supervivencia de hijos. De una parte los acreedores, que pretenden la reintegración de ciertos bienes al patrimonio de su deudor, y de otra éste, que reclama para sí el derecho a permanecer inerte porque, por el motivo que sea, no desea que el donatario pierda esos bienes. Ciertamente que las acciones se dirigirán en un caso a declarar la reintegración producida y hacer que surta sus efectos, y en otros a producir la reintegración, pero también en estos últimos debe triunfar el interés de los acreedores, que actúan para defender sus créditos, sobre el del deudor, en mantener la donación que realizó.

Finalmente, tanto la acción de revocación por supervivencia o superveniencia de hijos—de modo limitado: cfr. art. 646 Código civil—como la fundada en el incumplimiento de cargas (al parecer de la doctrina, de modo absoluto; se opone, con endebles razones, la jurisprudencia del TS.), son transmisibles a los herederos.

En suma, es más acertado en este punto el criterio de casi toda la doctrina francesa y parte de la italiana, favorable a la subrogatoria.

Con referencia a la donación *sub modo*, téngase en cuenta, además, que así como la revocación no es la única posibilidad de actuación del deudor, el cual puede, si lo prefiere, exigir el cumplimiento del gravamen, o bien mantener la donación; en cambio, los acreedores, ante la inercia del deudor, sólo pueden resolverse por aquella alternativa que tiende a integrar su patrimonio.

Lo dicho hasta ahora no vale para la revocación por ingratitud, la cual viene regulada en el Código civil con un carácter personalísimo que no tienen los otros tipos. En la valoración de la gravedad del comportamiento ingrato sólo puede ser juez el donante, y por ello la acción ni se transmite a los herederos ni puede ser ejercitada por los acreedores. La concesión a los herederos de la posibilidad de proseguir la acción intentada por el causante confirma, por contraste, la naturaleza personal del derecho a interponerla.

#### *Algunas acciones de Derecho de las personas y de familia.*

a) Los acreedores no pueden instar la declaración de ausencia legal ejercitando el derecho de las personas señaladas en el artículo 182 (prácticamente se alcanza idéntico resultado mediante la denuncia al Ministerio Fiscal), pero sí podrán pedir, una vez declarada la ausencia, la posesión temporal de los bienes del au-

sente, puesto que, si bien estos bienes no se incorporan al patrimonio del deudor, producen rentas que le pertenecen.

b) No pueden ejercitar el derecho a los alimentos legales que compete a su deudor, derecho personalísimo, irrenunciable, intransmisible activa y pasivamente a los herederos, y no idóneo para constituir garantía del pago de los créditos, puesto que en tanto existe en cuanto haya necesidades que satisfacer y puede hacerse efectivo mediante prestaciones no pecuniarias.

Distintamente ocurrirá en cuanto a las pensiones alimenticias atrasadas, que pueden ser objeto de tráfico, y por consiguiente demandarse por los acreedores del alimentista mediante la subrogatoria. También podrán los acreedores ejercitar la acción de reducción de la pensión alimenticia a cuyo pago haya sido condenado el deudor, cuando hayan disminuido los recursos de éste (Savatier, op. cit., pág. 202).

c) Como carece de contenido patrimonial, es claro que no puede ejercitarse por los acreedores la acción de oposición al matrimonio (civil) de que habla el artículo 98 del Código civil.

d) Naturalmente, tampoco pueden ejercitar la acción de nulidad de matrimonio; no en el canónico, que es personalísima de los cónyuges, quedando a los terceros el derecho a denunciar la presencia de ciertos impedimentos y vicios; tampoco en el civil, puesto que el artículo 102 del Código civil, al permitir el ejercicio de la acción a «cualesquiera personas que tengan interés en ella»—salvo los casos exceptuados en el párrafo siguiente—, abre a los acreedores la posibilidad de acción directa, mientras que la naturaleza de la materia sobre la que versa la acción convence de su carácter personalísimo en cada uno de los legitimados.

e) En el Derecho patrimonial de familia pasa a primer término, como criterio discriminador, la calidad en que se atribuyen el derecho o la acción al titular. Así, no será posible ejercitar mediante subrogatoria aquellos derechos que competen a una persona por su calidad de cónyuge o de padre, como un privilegio concedido a su cargo, a su posición familiar, v. g., la administración de la comunidad de gananciales o el usufructo legal de los bienes de los hijos. Por el contrario, sí podrán ejercitarse aquellos que no suponen actualmente la subsistencia de dichas cualidades, como los derivados de la disolución de la comunidad de gananciales, la restitución de la dote, etc.

Podría objetarse que la calidad en que se atribuye el derecho no es criterio exacto. Por ejemplo: al tutor, por su calidad de tal, se le concede una retribución, pero nadie duda que los acreedores del tutor pueden reclamarla si él no lo hace. Mas adviértase que aquí se habla de instituciones familiares, las cuales se diferencian un tanto de las cuasi familiares, y de derechos y acciones que competen al cargo como un privilegio; que suponen una po-

sición excepcional en vista de la mejor realización de fines familiares, todo lo cual no ocurre en el caso presente.

Para otros derechos que, aun suponiendo la existencia de un determinado estado de familia, no son un privilegio concedido al ejercicio de una función familiar, servirán de criterios el declararlos o no personalísimos la legislación positiva, el ser puramente patrimonial o no el interés a que sirven, etc. Así, el aseguramiento de la dote sólo puede ser exigido por las personas señaladas en el artículo 1.352, y únicamente el marido o la mujer pueden pedir la separación de bienes; en cambio, no parece haber inconveniente en que los acreedores del marido ejerciten la acción prevista en el artículo 1.348. Los ejemplos y casos prácticos podrían multiplicarse indefinidamente.

f) Según una opinión bastante extendida hoy entre los autores italianos, y que debe aceptarse para el Derecho español, las acciones de estado de filiación no pueden intentarse nunca mediante subrogatoria (vid. Cicu, *La Filiazione*, en el *Trattato* de Vasalli, Turín, 1939, pág. 44; Planiol, op. cit. pág. 470).

Parte de la doctrina entiende, sin embargo, que es preciso distinguir entre aquellas acciones que se intentan con el fin de atribuir un *status*, y las que son simplemente previas a otra de contenido patrimonial (cfr. los autores citados en Giorgi, *Teoria de las obligaciones*, trad. esp., II, pág. 251). En este caso la acción no tiende—se dice—a usurpar un poder de apreciación y decisión personalísimo del deudor, a revestirle, contra su voluntad, de un determinado *status*: sólo se pretende integrar su patrimonio demostrando que tiene derecho a ciertos bienes en virtud de una cualidad que se obstina en desconocer. En suma: los acreedores pueden ejercitar las acciones de estado que competen a su deudor, con el fin de hacer atribuir a éste o a su causante aquel determinado *status* que es presupuesto para que pueda proponerse la acción de contenido patrimonial. Y no pocos estiman que la acción de desconocimiento de la paternidad puede ser ejercitada por los acreedores de los herederos a quienes ha correspondido, porque en tal caso pierde todo carácter moral y familiar, y no tiende sino a un resultado pecuniario, a la obtención de unos bienes hereditarios. Así, muchos autores franceses (por ejemplo, Colin y Capitant, *Cours élémentaire*, II, París, 1948 pág. 314) y, entre los españoles, De Buen (loc. cit.).

Empero tal argumentación es manifiestamente errónea. El proceso en que se debate el estado de una persona nunca cesa de ser tal, aun cuando se discutan en él cuestiones conexas, y aunque el fin último de la acción sea patrimonial; desde el momento en que el acreedor debe pedir previamente la atribución de un *status*, hay acción de estado, y esta acción, independientemente de que tenga tras sí un interés patrimonial o simplemente moral, sólo puede ser interpuesta por los legitimados directamente por la ley; tales cuestiones de estado son personalísimas, y solo pueden suscitarse

ante los tribunales por voluntad del interesado o—excepcionalmente y a modo de presunción de voluntad del causante—por sus herederos. Esto se desprende claramente de la regulación de los artículos 112 y 118, que demuestran ser la acción, en principio, inherente a la persona; así, de modo especial, en cuanto a la acción de reclamación de estado del artículo 118, la cual no es transmisible a los herederos; aunque el artículo habla de transmitir, en realidad no hay tal sucesión en la acción, sino que los herederos quedan directamente legitimados a la muerte de su causante. Si la acción fuera transmisible, no se explicaría por qué no se permite a los herederos la prueba de que su causante ignoraba el estado que tenía, a fin de proponer la acción que éste verosímelmente hubiera intentado, ni tampoco la limitación de plazo impuesta a aquellos, en relación con la imprescriptibilidad de la acción del causante.

Además, toda la regulación que dicta el Código civil para las cuestiones de estado convence de la improcedencia de permitir que personas extrañas puedan agitar tales cuestiones ante los tribunales: por el contrario, se trata de los derechos más inherentes a la persona, y en los que más intervienen consideraciones de carácter moral, hasta el punto de que todo interés patrimonial anejo a la cuestión es siempre un interés indirecto. Por eso, aunque se admitiera que la sentencia recaída en una llamada cuestión patrimonial de estado surte efecto exclusivamente para la solución de la controversia patrimonial, sin producir cosa juzgada ni siquiera con relación al deudor, la solución habría de ser la misma, porque lo que se deriva del Código civil es que cada uno tiene derecho a que no se plantee cuestión alguna acerca de su estado de filiación, sin su voluntad.

#### *Acciones del heredero.*

a) Puesto que, según se deduce de los preceptos del Código civil, no puede investirse a una persona del título de heredero contra su voluntad, los acreedores no pueden subrogarse al llamado que permanece en la inercia para ejercitar la acción de petición de herencia, que supone aceptación de la cualidad de heredero. Sin embargo, es lógico que los acreedores no queden en este caso sin amparo, y pese a las dificultades que ofrece su construcción técnica, hay que optar, por analogía con el artículo 1.001—sobre el cual trataré con detalle más adelante—, por permitir a los acreedores el ejercicio de una acción destinada a facilitarles bienes hereditarios suficientes para cubrir el importe de sus créditos, previa la fijación, como cuestión previa, del mejor derecho de su deudor con respecto a la herencia.

Y lo mismo puede decirse de las acciones del legitimario nacidas de la preterición o la injusta desheredación, puesto que en tal caso la ley asigna los bienes por título de heredero. En cuanto a las de suplemento de legítima y de reducción de liberalidades, la admisibilidad de la subrogatoria o, en otro caso, la aplicación del

remedio construído sobre la base del artículo 1.001, dependen de la calidad de heredero o legatario que tenga el legitimario en cada caso concreto.

b) ¿Podrán los acreedores del heredero pedir la colación de las liberalidades? En apoyo de la solución negativa se aduce que no pudiendo pedirla los acreedores de la herencia tampoco deben poder hacerlo los del heredero; que si la colación es debida a ciertos coherederos, no puede serlo a persona distinta de ellos, y que siendo una institución que tiene como fin la igualación de los herederos, y establecida en exclusivo interés de los mismos, no puede excluirse la presencia de una voluntad del coheredero contraria a la colación: la obligación de colacionar existe en tanto se exige por aquéllos y cada uno es libre de decidir sobre este punto. Para confirmar la calidad de derecho inherente a la persona, se alega la posibilidad de que la colación sea dispensada por el donante (cfr. d'Avanzo, op. cit., págs. 284 y ss.).

Pero la solución positiva está mejor fundada. El que los acreedores de la herencia no puedan pedir la colación es natural, porque dicha petición ha de ejercitarse *utendo iuribus* del heredero forzoso, y nada tienen que ver con él tales acreedores. Tampoco prueba nada el que esté legitimado para pedir la colación, conforme al artículo 1.035 del Código civil, «el heredero forzoso que concorra con otros que también lo sean»: al contrario, la legitimación conferida por la ley es un presupuesto indispensable para el ejercicio de la subrogatoria. Igualmente, el que los legitimarios puedan hacer o no uso de su derecho, no arguye que se trate de un derecho personalísimo: también puede el propietario reivindicar o no el objeto de su propiedad, o el acreedor pedir o no el pago de su crédito. Lo que sería preciso demostrar para excluir la subrogatoria, es que el decidir sobre el ejercicio o no ejercicio del derecho a la colación resulta un acto infungible, que se resiste, por su naturaleza y por los elementos morales que han de ser valorados para decidir, a la intervención de una persona distinta del legitimado, y tal demostración no cabe aquí. Cierto que, como en cualquier otro caso—v. g., en el cobro de un crédito con garantía hipotecaria—, la decisión de abstenerse podrá estar fundada en motivos personales de índole moral, pero lo que se requiere para que una decisión de este género sea inherente a la persona y, por consiguiente, para que esté vedada a los acreedores, no es la posibilidad de que se interfieran en ella razones personales del legitimado para decidir, sino que *in abstracto*, su ejercicio suponga la valoración de elementos morales.

c) Según la doctrina dominante, la acción nacida de la indignidad para suceder puede ser ejercitada por los acreedores. Pero esta acción supone una *petitio hereditatis*: el legitimado pide la tutela de su propia cualidad de heredero, y para ello la remoción del obstáculo que a ella se opone. Es decir: el que pide la nulidad de un llamamiento por causa de indignidad, hace valer al mis-

mo tiempo su propia cualidad de heredero, pretendiendo ser llamado en lugar del indigno. Por eso, la acción estará sujeta a las mismas limitaciones que la de petición de herencia, ya señaladas, Igual ocurre en los casos de incapacidad.

Apunta, sin embargo, algún autor que, siendo impuesta la sanción de la indignidad—contra lo que sucede con la incapacidad— a modo de pena por actos u omisiones graves contra el causante (antes o después de su muerte) a instancia de parte interesada, en algunos supuestos concretos en que la causa exija una ulterior comprobación, deberá quedar la acción exclusivamente al arbitrio del que resulte llamado en defecto del indigno.

## II. Acciones, derechos y facultades

### *Derecho y acciones*

¿Qué quiere decir el artículo 1.111 al hablar distintamente de *derechos y acciones*?

En opinión de Planiol—referida, naturalmente al artículo 1.166 del Código civil francés, que emplea idénticos términos—, «el alcance del artículo 1.166 viene determinado por la consideración que ha sido su idea madre. No se permite a los acreedores sustituirse a su deudor para la administración de su patrimonio cuando la juzgan defectuosa: ello sería trabar demasiado gravemente su libertad y ponerlo bajo tutela. El derecho regulado por el artículo 1.166 es más limitado: se trata únicamente de la posibilidad de ejercitar las acciones del deudor. El texto dice *derechos y acciones*; las dos palabras se toman aquí como sinónimas; se trata de un pleonasma que se encuentra ya en Pothier. Lo único permitido a los acreedores es, pues, la persecución dirigida por ellos contra un tercero, ejercitando, bajo la forma de una acción, un derecho perteneciente a su deudor. Se supone que el deudor tiene derecho a intentar una acción; se supone, además, que esta acción está en peligro de perderse, sea por la quiebra próxima del obligado, sea por la prescripción, y que el deudor, provisto de tal acción, no la ejercita y va a dejarla perecer: sus acreedores obrarán en su lugar y ejercitarán su derecho por su parte» (op. cit., página 469).

Mas en estas frases se mezclan verdades evidentes con graves inexactitudes.

a) Es inexacto afirmar que lo único permitido a los acreedores es el ejercitar contra un tercero, bajo la forma de una acción, un derecho perteneciente a su deudor. ¿Qué necesidad hay de recurrir a los órganos jurisdiccionales para la tutela de un derecho que no ha sido violado? Una vez firme el derecho de los acreedores a ejercitar los derechos y acciones de su deudor, nada impone el que en todos los casos y necesariamente hayan de intentarse

acciones (cfr. Messineo, *Manuale*, II, Milán, 1947, pág. 309). Si, por ejemplo, el deudor no hace uso del derecho que le concede el artículo 612 del Código civil para perseguir el enjambre fugitivo, podrán ejercitarlo, en las mismas condiciones y plazos que él, sus acreedores; si los créditos del deudor sometido a la acción subrogatoria son pagados voluntariamente, los acreedores estarán legitimados para recibir su importe; la reclamación extrajudicial de los acreedores que ejercen la acción subrogatoria podrá interrumpir la prescripción de un crédito de su deudor, igual que si fuera este último quien la hubiera realizado, etc.

b) Es, por tanto, igualmente inexacto, identificar los derechos y las acciones a que se refiere el artículo 1.111 del Código civil.

Con mayor acierto entiende Prieto Castro (*Derecho procesal civil*, I, Zaragoza, 1941, pág. 45) que, mientras bajo el nombre de *acciones* debe considerarse aquí aludida la acción en sentido procesal, es decir, el poder de promover la actividad jurisdiccional del Estado para la actuación de la ley, bajo la denominación *derechos* se entiende mencionada la acción en sentido civil, esto es, la pretensión: el derecho a un acto u omisión dirigido contra una persona determinada

Pero el alcance de la palabra *derechos* tampoco puede restringirse a las solas pretensiones. Junto a ellas deben ponerse, desde luego, los llamados *derechos subjetivos de formación o modificación jurídica*, en cuya virtud su titular puede influir sobre situaciones jurídicas preexistentes, mudándolas, extinguiéndolas o creando otras nuevas mediante propia actividad unilateral. Que en ellos sea el propio titular quien opere la modificación jurídica, mientras la pretensión se dirige a la acción u omisión de otro, no los excluye, en principio, de la subrogatoria: sólo cuando la actividad del titular pueda, con arreglo a los criterios ya estudiados, ser considerada infungible, resultarán excluidos tales derechos, por su condición de *inherentes a la persona*.

### *Las facultades*

Dusi (*Diritti subjetivi e facoltà giuridiche*, en *Studi Senesi*, 1902, pág. 234) define la pura facultad como «posibilidad jurídica de actuar que se manifiesta—y en tanto en cuanto se manifiesta—no como poder autónomo y existente por sí mismo, sino como la dependencia y la emanación de un derecho subjetivo o de una situación jurídica más amplios y comprensivos». En igual sentido advierte De Castro que para que la facultad jurídica alcance propio valor técnico, hay que reducirla a la «posibilidad de actuar concedida a una persona por formar parte del contenido de una situación jurídica» (*Derecho civil de España*, I, Madrid, 1949, página 602). Y por su origen técnico distingue como principales tipos de facultades, las nacidas directamente de la condición jurídica de

la persona, las que forman parte del contenido general de una relación jurídica y las que forman el contenido de un derecho subjetivo.

¿Qué decidir de las meras facultades? ¿Pueden incluirse entre los *derechos* a que se refiere el artículo 1.111 o, por el contrario, ha de estimarse que dicho artículo no las comprende?

Según Pacchioni (op. cit., pág. 154) «hay facultades que constituyen el verdadero y propio contenido de ciertos derechos, como es, por ejemplo, la facultad de usar y disfrutar de la cosa de que se es propietario, y hay otras que no dependen de un derecho singular correspondiente a una persona dada, sino que descienden más bien de la libertad de actuar que el ordenamiento jurídico garantiza a todas las personas: por ejemplo, la facultad de suscribir un empréstito, participar en una empresa, etc. Por lo que se refiere a las facultades de la primera especie, bien puede sostenerse que puedan venir ejercitadas por los acreedores, en cuanto su ejercicio sea necesario para que el patrimonio del deudor se conserve en estado de satisfacer a sus acreedores. Esta solución, tan controvertida, es de hecho conforme a la iunción atribuida por nuestra ley a la acción subrogatoria. Igualmente parece que viene exigida por la expresión del artículo 1.234 del Código civil, que contempla separadamente los derechos y las acciones del deudor. Las acciones no son, en verdad, sino derechos que se hacen valer judicialmente, y, esto supuesto, los derechos de que habla el artículo 1.234 del Código civil (si con esta palabra se quiere, como parece necesario, indicar un concepto diverso del expresado con la palabra *acciones*), por consiguiente, sólo pueden ser las facultades que constituyen el contenido de los mismos». Luego los acreedores pueden, por ejemplo, arrendar los terrenos de su deudor cuando éste descuide hacerlo con daño manifiesto de sus créditos.

En cambio, en cuanto a las facultades de la segunda categoría, entiende el autor, de acuerdo con la doctrina dominante, que no pueden ser ejercitadas por los acreedores. «El derecho de los acreedores—dice—abarca de hecho el patrimonio y, según nosotros, también la persona de su titular, pero sólo en cuanto gestor y titular del patrimonio mismo. Tal derecho limita, por ende, las facultades de disposición y administración del deudor, pero no suprime su personalidad moral y jurídica, como no suprime su personalidad física. La persona es libre independientemente del hecho de tener o no un patrimonio, y conserva intactos sus atributos de persona libre aunque tenga el patrimonio gravado con deudas». Como ejemplo de estas facultades que descienden de la libertad de actuar pone Pacchioni la aceptación de la oferta contractual o de los beneficios derivados de un contrato en favor de tercero.

D'Avanzo (op. cit., págs. 307 y ss.) se opone decididamente a la tesis de Pacchioni. ¿Qué razones pueden justificar esta identificación de la acción con el derecho y del derecho con la facultad? ¿Por qué alterar el sentido propio de las palabras, con el

cual el precepto tiene un significado completamente inteligible, para darles otro de modo arbitrario? Ningun inconveniente hay en admitir la diversidad de significado de las palabras *derechos* y *acciones* en el texto legal, pero esta diversidad existe sin necesidad de desfigurar la acepción propia de cada uno de los dichos términos. Hay que mantener, consiguientemente, que el artículo 1.111 se refiere a derechos ya constituidos, a derechos subjetivos auténticos que forman parte del patrimonio del deudor; no a las facultades que constituyen el contenido de los derechos, pero que no son derechos a su vez, ni dan lugar a pretensión alguna. Si se admitiera, con Pacchioni, que los acreedores podían arrendar, ejerciendo la acción subrogatoria, un inmueble de su deudor, cuando éste omitiera el hacerlo, debería también admitirse que los acreedores, igualmente ejerciendo la acción subrogatoria, pudieran proceder a la venta de ese mismo inmueble improductivo del acreedor negligente: tanto la facultad de arrendar como la de vender constituyen el contenido de un mismo derecho, y no hay entre ellas, en cuanto tales facultades, una diferencia esencial.

Por lo general, los autores coinciden en excluir de la subrogatoria, en principio, el ejercicio de las facultades, sea porque establecen una diferencia a estos efectos entre los conceptos de *derecho* y *facultad*, sea porque entienden que la facultad, por su propio concepto, es inherente a la persona, y que, consiguientemente, jamás una facultad podrá ser objeto de subrogación.

Y, sin embargo, ninguna de esas dos posiciones es convincente.

a) El Código civil habla, en efecto, de *derechos* y *acciones*, pero, ¿emplean sus autores tales palabras en el sentido técnico que se les atribuye actualmente, y acerca del cual no hay unanimidad? ¿Fue su pensamiento excluir las meras facultades como especie distinta del derecho subjetivo propiamente dicho?

Ambas cuestiones deben ser respondidas negativamente. Los autores del Código civil emplearon el término *derechos* en su acepción vulgar, en la cual tiene un ámbito tan extenso que abarca todas las facultades: lo mismo puede decir «tengo el derecho de propiedad de esta finca», que «tengo derecho a venderla, a entrar en ella, a hacer en ella una zanja o una casa», etc. La limitación del ámbito de la subrogatoria no puede hallarse en las susodichas palabras sin tergiversar el sentido con que fueron usadas en ese lugar y en otros muchos del Código civil: esos límites deben buscarse únicamente en la inherencia a la persona. Por otra parte, ninguna necesidad social impone una interpretación restringida del artículo 1.111: al contrario, hay meras facultades cuyo ejercicio es justo que se permita a los acreedores. Y si los términos del Código civil dan pie para ello, nada aconseja reducir, en un afán desmedido de precisión técnica, el campo de la acción subrogatoria a un ámbito más limitado del que exigen la letra de la ley y la equidad.

b) Hay quien entiende haber excluido las facultades del campo de la acción subrogatoria al negar la posibilidad de que el acreedor sustituya al deudor en todas sus actividades (Ruggiero, *Instituciones*, ed. esp., II, 1931, pág. 167), o en aquellos derechos cuyo ejercicio por el acreedor equivaldría a privar al deudor del gobierno de su persona, a ponerlo en tutela; en aquellos derechos que constituyen en cierto modo la personalidad del deudor (Beudant, op. cit., pág. 456). Las facultades, se piensa, son inherentes a la persona, porque entre el interés relativo en respetar la libertad del deudor y el de proteger al acreedor, la ley ha preferido al primero (Demogue, op. cit., pág. 305). Otros se limitan a declarar simplemente que son inherentes a la persona aquellas facultades o derechos que constituyen el modo de goce de los bienes (Colin y Capitant, op. cit., pág. 316).

Pero de la necesidad de respetar la autonomía del deudor, o no se sigue que todas las facultades sean inherentes a su persona, o resulta que no pueda ejercitarse ningún derecho o acción, los cuales suponen una facultad en sentido amplio. La esfera de actuación personal del deudor se invade al conceder a los acreedores el ejercicio de la acción reivindicatoria de aquél y al tolerarles el dar en arrendamiento sus bienes cuando los mantiene improductivos (evento este de difícil realización en el Derecho español, en tanto los bienes puedan ser embargados); la invasión podrá ser menos patente en un caso y más en otro, pero existe en los dos. Y entre las facultades puede haberlas tales que, al efectuar esa comparación de que habla Demogue entre el interés de la libertad del deudor y el de la protección del acreedor, se halle este segundo más digno de tutela.

En suma: entiendo que tanto en las facultades que constituyen el verdadero contenido de ciertos derechos, como en las que no dependen de un derecho singular correspondiente a una persona dada, habrá algunas que podrán ser objeto de acción subrogatoria y otras que no, al hallarse ligadas unas a la personalidad del deudor en grado más remoto y otras en grado más inmediato. No puede haber diferencia, en este punto, entre las facultades y los derechos: la distinción únicamente podría establecerse entre los derechos y facultades de un lado, y de otro, las simples manifestaciones de la capacidad de obrar. Y esta distinción estriba en que los derechos y facultades capaces de subrogatoria, podrán no depender de un derecho singular correspondiente a una persona, pero sí dependerán siempre de una situación peculiar y específica de ésta, mientras que las facultades que derivan sólo de la capacidad de obrar son iguales para todos. En este punto hay que aceptar la tesis de Pacchioni, cuyo defecto consiste más bien en aplicarla de modo inadecuado, puesto que oferta contraria, que dicho autor pone como ejemplo de las facultades derivadas de la autonomía de la voluntad, siempre que no se dirija al público

sino a una persona determinada, supone en ella una situación singular, y debería poder ser aceptada por los acreedores.

A continuación examinaré las facultades de adquisición—y juntamente con ellas, algunos derechos semejantes—, y luego los actos de mera facultad en sentido propio.

### *Las facultades de adquisición en general.*

Entienden los autores que la facultad de adquisición, en cuanto posibilidad jurídica de actuar para hacer surgir determinadas relaciones atributivas de derechos, es decir, en cuanto poder que corresponde a un sujeto de derecho de actuar para adquirir un derecho, difiere del derecho ya adquirido y de la posibilidad de hacerlo valer: cuando se hace valer un derecho no es para adquirirlo, pues se halla ya potencialmente adquirido por el patrimonio de quien lo ejercita.

Ahora bien, para la doctrina dominante el artículo 1.111 hace sólo referencia a esos derechos ya adquiridos; a los que ya forman parte del patrimonio del deudor. La facultad de adquisición es una eventual manifestación de la actividad de una persona que, no estando todavía objetivamente exteriorizada, forma parte de su personalidad, y se halla sustraída a la coacción de los acreedores. La ley, en este punto, prefiere respetar la libertad del deudor: «estima—dice Demogue (op cit., pág. 305)—que el acreedor ha contado con los bienes, pero no con las simples facultades de adquisición del deudor». El derecho está en el patrimonio y puede servir de garantía a los acreedores, mientras que la mera facultad no es un bien, y por consiguiente no es capaz de ser objeto de ejecución.

Empero estas afirmaciones no son exactas y, por otra parte, no se ajustan al precepto legal, en el que, según se ha dicho, la palabra *derechos* no se ha empleado con el valor que pretende atribuirle la doctrina.

Además, la sujeción o no a la acción de los acreedores, no puede hacerse depender de dos nociones tan imprecisas como las de *derecho* y *patrimonio*, sin tergiversar la ley y caer a la vez en un conceptualismo alejado de la realidad e impropio para buscar con su ayuda la solución más justa. Por el contrario, debe afirmarse que, en principio, es indiferente el que la adquisición se realice en virtud de un derecho real dirigido a ella (v. g., un retracto convencional pactado como derecho real), o de un derecho de obligación o sucesorio, o de la simple facultad que confiere una oferta. El objeto de la subrogatoria es, ciertamente, salvaguardar la integridad del patrimonio del causante, pero ello no puede entenderse de modo tan literal que se excluyan de ella las posibilidades de adquisición que no estén *in bonis*, porque tanto o más que los bienes presentes, pueden servir éstas para la satisfacción del derecho de los acreedores, que es lo que se trata de conseguir.

En principio, pues, hay que afirmar que toda posibilidad de adquisición puede ser objeto de acción subrogatoria.

Ahora bien, esta regla tiene excepciones muy numerosas, y ello es comprensible, porque el negocio jurídico de adquisición requiere, en mayor o menor medida, una apreciación personal, que en muchos casos ha de hacer imposible el ejercicio de la subrogatoria. Por otra parte, el mismo fin de la acción subrogatoria pone límites muy estrictos a la regla. Se tiende a conservar el patrimonio del deudor y, además, a no impedir aquellos aumentos patrimoniales *per se* evidentes, pero no a transformar dicho patrimonio de modo que cambie su sustancia, aunque el cambio haya de tener para él efectos beneficiosos. Por ende, y según se ha dicho antes, será admisible el ejercicio por los acreedores de aquellos negocios jurídicos de adquisición que *in abstracto* suponen un enriquecimiento patrimonial: que están dirigidos a un aumento, sin contraprestación, del patrimonio. No será admisible, en principio, el ejercicio de aquellos derechos y facultades de adquisición cuya efectividad supone el obligarse a una prestación, realizándose así una simple transformación de la sustancia del patrimonio: es decir, el otorgamiento de negocios jurídicos de tipo oneroso.

El criterio que aquí se propone para distinguir entre las posibilidades de adquisición susceptibles de subrogatoria y las que no lo son, es el único lógico y coherente. En cambio, el distinguir, como hace la doctrina, entre el derecho a adquirir y la simple facultad, se establecen diferencias de trato nada razonables para supuestos equivalentes: así, un derecho de opción y una oferta de contrato que versen sobre un mismo negocio jurídico, recibirán trato diferente, siendo el primero en principio, en cuanto derecho, ejercitable por los acreedores, y habiendo de ser aceptada la segunda exclusivamente por el destinatario. Y la artificiosa diferenciación entre derechos dentro y fuera del patrimonio, excluye arbitrariamente del campo de la subrogatoria a ciertos derechos de adquisición que, en cuanto tales, constituyen verdaderos bienes.

En resumen: lo importante no es determinar qué derechos se hallan en el patrimonio o fuera de él, ni cuáles son verdaderos derechos y qué otros constituyen simples facultades, sino qué negocios de adquisición suponen, por su propio tipo, un enriquecimiento patrimonial, un ingreso sin una contraprestación, y cuáles determinan tan sólo la transformación de ciertos elementos del patrimonio. Las posibilidades de adquisición que correspondan a negocios de tipo lucrativo, deben poder ser ejercitadas por los acreedores, y no—en principio—las que se actúen mediante negocios de tipo oneroso. El llevar a cabo o no esta transformación de su patrimonio es algo que permanece reservado al deudor.

*La aceptación de la herencia.*

En materia de adquisición de la herencia es corriente condicionar la admisibilidad de la subrogatoria a la naturaleza que se atribuye a la aceptación. Si, en un determinado ordenamiento jurídico, se estima que ésta no hace sino confirmar un derecho ya existente en el patrimonio del heredero desde el momento del fallecimiento del causante, de modo que supone simplemente una pérdida del derecho a renunciar, podrán aceptar los acreedores; si se entiende que la aceptación señala el momento de adquirir la herencia, al no haber antes en el patrimonio del heredero ningún derecho expropiable, los acreedores nada pueden hacer.

Pero aun algunos autores italianos que aceptan la tesis de la transmisión *ipso iure* de la herencia, defienden la inadmisibilidad, en este caso, de la subrogatoria, basándose en que la aceptación supone un acto de mera facultad. El único remedio que pueden utilizar los acreedores—dicen—es el de instar del juez, con arreglo al artículo 1.005, que señale al heredero inactivo un término para aceptar o repudiar.

El Derecho español—como los restantes derechos que conocen la subrogatoria—no prevé expresamente si pueden o no aceptar los acreedores en vista de la inactividad del deudor heredero, pero en el artículo 1.001 del Código civil (concordante con el 788 C. c. fr. y el 949 C. c. it. de 1865) regula un supuesto parecido. «Si el heredero repudia la herencia en perjuicio de sus propios acreedores, podrán éstos pedir al juez que los autorice para aceptarla en nombre de aquél. La aceptación sólo aprovechará a los acreedores en cuanto baste a cubrir el importe de sus créditos. El exceso, si lo hubiere, no pertenecerá en ningún caso al renunciante, sino que se adjudicará a las personas a quienes corresponda, según las reglas establecidas en este Código.»

No se trata aquí de un supuesto de acción revocatoria. En primer lugar, porque no hay una verdadera revocación de la renuncia hecha por el llamado a la herencia: éste ya no podrá ser heredero, pues con relación a él la renuncia subsiste. En segundo lugar, porque no se requiere la prueba del *consilium fraudis*: basta la existencia objetiva del perjuicio para que, sin necesidad de investigar los motivos a que obedece la renuncia, puedan los acreedores intentar su acción. La tesis contraria de algún autor italiano, que intenta asimilar el «perjuicio de los acreedores» con la «intención de perjudicar a los acreedores», choca contra el texto expreso de la ley y contra la presumible finalidad de la norma. Decir que cuando se renuncie por creer que se trata de una *hereditas damnosa*, sin intención de defraudar, no es aplicable el 1.001, que requiere la «renuncia en perjuicio», a saber, destinada a perjudicar a los acreedores, no pasa de ser una sutileza sin sentido; si el legislador hubiera querido decir eso, lo hubiera dicho más claro, y, por otra parte, restringiendo hasta ese punto el alcance del artículo, se reduce su papel a ser una modalidad

—inferior en eficacia—del 1.111, al cual hubiera debido referirse el texto legal.

Empero tampoco se trata aquí de una simple acción subrogatoria, porque, por la renuncia, el llamado ha perdido el derecho a aceptar, y los acreedores hacen uso de él de una manera limitada, en virtud de una legitimación que les confiere directamente la ley, prescindiendo, sólo en ese respecto, de los efectos de la renuncia. Si la renuncia a la herencia coloca al renunciante en la misma situación que si no hubiera sido nunca llamado y, consiguientemente, debe estimarse que no ha tenido derecho alguno sobre los bienes hereditarios, ¿cómo puede pensarse que los acreedores ejerciten mediante la subrogatoria un derecho de que su deudor carece?

En definitiva, el artículo 1.001 atribuye a los acreedores del llamado que renuncia a la herencia con perjuicio de sus intereses, un derecho a aceptar ellos directamente, quedando mejorada así su posición. Pues, por aplicación del artículo 1.111, hubieran debido, primero, mediante la revocatoria—y probando los extremos que exige el ejercicio de esta acción—revocar la renuncia, para después, por medio de la subrogatoria, aceptar la herencia; ello tendría, además, el inconveniente de que mediante la aceptación por los acreedores quedaría investido el llamado, contra su voluntad, de la condición de heredero.

Esta última consideración es la que, probablemente, llevó al legislador a configurar la acción del artículo 1.001. Porque la declaración de aceptar la herencia supone para el llamado el subingreso en la posición de heredero, con todos los efectos que son consecuencia de ella, con todas las cargas y molestias que pueden hacerla poco deseable, y el asumir esa posición o no, es asunto que debe quedar exclusivamente a su juicio. Por eso el Código civil arbitra el medio de que, sin asumir esa calidad el llamado, puedan sus acreedores ver garantizado su derecho con los bienes que, procedentes de la herencia, habían de corresponderle; el artículo 1.001 les faculta para satisfacerse sus créditos con las consecuencias pecuniarias del llamamiento, pero no les inviste, por ello, de la condición de heredero. Este régimen es coherente con el de la transferencia de dicha condición, que es posible a título universal, pero no a título particular; en cuya forma sólo pueden transmitirse sus consecuencias patrimoniales.

La *ratio legis* del artículo 1.001 inclina a creer que sustituye, para la aceptación y repudiación de herencia, al 1.111, quedando excluidas en este caso concreto, tanto la acción revocatoria de la renuncia como la subrogatoria para aceptar.

Como se ve, la tesis negativa propuesta por buena parte de la doctrina moderna es exacta, pero no lo son los argumentos con que se defiende. En particular, no hay una diferencia esencial, en orden al ejercicio de la acción subrogatoria, entre el *derecho a la herencia* nacido *ipso iure* en el momento de la muerte del causante,

y el *derecho* a la sucesión que tiene el llamado en las legislaciones que siguen el sistema de adquisición de la cualidad de heredero mediante la aceptación, y así—según parece más defendible—en la española. También en este segundo caso el llamado tiene un derecho de valor patrimonial—al menos, es capaz de tenerlo y ordinariamente lo tiene—del que no puede verse privado ya, y que es transmisible a sus herederos. ¿Por qué establecer diferencia alguna entre él y la aceptación de la herencia que, en el sistema de la adquisición *ipso iure*, consolida en el llamado la situación de heredero? En verdad, si no es posible la aceptación por los acreedores en un caso, tampoco debe serlo en el otro, y al contrario.

Ni menos valen las razones de quienes, sin distinguir entre uno y otro sistema, entienden que no es admisible la subrogación para aceptar, bien por constituir la aceptación un derecho personalísimo, bien por ser una mera facultad; ya se ha dicho que es un derecho patrimonial y transmisible a los herederos; recuérdese, además, que la subrogatoria no puede ser excluida en principio para las meras facultades.

#### *El legado.*

Pero si la exclusión de la subrogatoria no viene exigida por la personalidad, en sentido estricto, del derecho hereditario, ni tampoco por la condición de mera facultad de éste, sino por las consecuencias que la situación de heredero puede acarrear para el llamado, es claro que en materia de legados debe ser plenamente admitida. Se trata de una sucesión a título particular en determinados bienes o derechos, sin que sea posible separar de un lado la cualidad de legatario y de otro sus consecuencias patrimoniales; aquélla carece de toda trascendencia.

#### *La oferta de contrato.*

En síntesis, la doctrina casi unánime sobre este punto, en relación con la acción subrogatoria, es la siguiente:

El destinatario de una oferta de contrato y el mismo proponente pueden determinarse libremente en el sentido que estimen más ventajoso para sus intereses. Quien rechaza una oferta no pierde un derecho ya adquirido, ni los acreedores ven disminuir el patrimonio que sirve de garantía a sus créditos. El prestar o no el consentimiento a una oferta es mera facultad que, como tal, no puede constituir objeto de acción subrogatoria. Además, la facultad de aceptar la oferta es inherente a la persona: no se puede hablar, con respecto a ella, ni de sucesión ni de cesión.

Esto ha de entenderse lo mismo de los contratos a título oneroso que de los a título lucrativo. Tampoco una donación puede ser aceptada por los acreedores del presunto donatario inactivo (cfr. Giorgi, op. cit., pág. 256; entre los españoles, Navarro Aman-

di, *Cuestionario del Código civil reformado*, IV, Madrid, 1891, pág. 22.) En apoyo de esta conclusión pueden alegarse, además, el artículo 629 del Código civil, con arreglo al cual la donación no produce efecto ni obliga al donante sino desde el momento de la aceptación, y el 633, a cuyo tenor la aceptación no surtirá efecto si no se hace en vida del donante. Por otra parte, del artículo 630 se deduce que la aceptación es personalísima e intransferible, y que, por ende, el donatario debe vivir para hacerla. Finalmente, en opinión de Beudant, los acreedores no pueden, en nombre y por cuenta de su deudor, aceptar la donación que se le hace, porque los motivos que determinan a aceptar o repudiar una donación son de orden moral, a veces de orden íntimo, y nadie puede sustituirse al acreedor para tal apreciación.

A mi modo de ver tal doctrina adolece de los defectos señalados al estudiar las facultades en general y, en particular, las facultades de adquisición.

A la vista de los argumentos allí expuestos hay que rechazarla de plano y admitir, en cuanto a la oferta de donación, la solución opuesta. A la cual se llega también, simplemente, comparando la donación y el legado. No es razonable que por simples razones de dogmática jurídica, de construcción técnica de las instituciones, tampoco muy concluyentes, la solución sea contraria para la una y el otro. La situación de los intereses en juego es igual en ambos casos: de una parte, un deudor favorecido por la donación o el legado, que tiene la posibilidad de adquirir aquélla o perfeccionar éste aceptándolos; de otra, unos acreedores que tienen interés en que aumente el patrimonio que sirve de garantía a sus créditos. El deudor alega que no puede resultar enriquecido contra su voluntad, y que la aceptación de la liberalidad o su repudiación se basan en consideraciones morales. Los acreedores afirman que el deudor ha de dejar a un lado sus puntos de vista personales y aceptar la liberalidad; a quien debe, no le está permitido rechazar un enriquecimiento de su patrimonio. Cómo juzga el Código civil esta situación, lo acabamos de ver al tratar de la herencia y el legado. No permite que los acreedores hagan heredero al llamado, pero si les facilita el acceso a los bienes hereditarios aun contra la voluntad de aquél, hasta la concurrencia de sus créditos y los bienes hereditarios. Respecto del legado, nada dice el Código civil, pero es lógico que sea plenamente admisible la subrogatoria, al no existir para él las razones que, en materia de aceptación de la herencia, aconsejaban sustituirla por un recurso de parecidos efectos en cuanto a los acreedores, pero de diferente desarrollo técnico y menos molesto para el deudor llamado a la herencia.

Empero, si este es el régimen de las liberalidades *mortis causa* a título particular, ¿por qué ha de ser opuesto el de las liberalidades *inter vivos*? Cualquiera que, prescindiendo de sutilezas dogmáticas, considere la identidad de efectos prácticos que pro-

ducen ambas clases de atribución patrimonial, ha de pensar que si es personalísimo el aceptar una, también la otra, y que al contrario, si los acreedores pueden aceptar un legado hecho a su deudor, por entenderse que el hacerlo no es algo inherente a la persona del favorecido, también pueden aceptar una donación por idéntico motivo.

Por otra parte, únicamente hasta cierto límite puede hablarse, en materia de legados, y menos en cuanto a la atribución a título de heredero, de un derecho adquirido, de algo que se halla ya efectivamente en el patrimonio del heredero o legatario; ello sólo ocurre cuando ha mediado la aceptación.

También, pues, en materia de oferta contractual, hay que distinguir entre los negocios jurídicos a título oneroso y los que suponen una atribución gratuita, y en especial, la donación. La oferta de donación puede ser aceptada por los acreedores del favorecido con ella; su inestabilidad (intransmisible activa y pasivamente, revocable) no es obstáculo para admitir la subrogatoria, porque estas cualidades en nada impiden su ejercicio. Y es un sofisma alegar que se trata de un derecho no adquirido, todavía no incluido en el patrimonio del deudor, porque la finalidad práctica de la acción subrogatoria tanto se consigue impidiendo el *damnum emergens* cuanto consiguiendo el lucro posible. En cambio, para los negocios a título oneroso, y salvo lo que a continuación se dice, debe mantenerse la solución dominante; aunque en un caso concreto la oferta sea muy ventajosa, siempre ha de tenerse de cuenta que se trata de una transformación del patrimonio del deudor de la cual sólo él es árbitro.

#### *Los derechos de adquisición.*

El mismo criterio debe aplicarse a las restantes posibilidades de modificación jurídica. Veamos, por ejemplo, aquellos casos en que el deudor tiene derecho a conseguir ciertos bienes, ya de todo propietario de ellos, ya de una persona que está obligada a entregarlos, en virtud de un retracto o una opción, reales u obligacionales. Se trata de posibilidades jurídicas de adquisición que constituyen verdaderos derechos: facultativos, en el sentido de que—como ocurre generalmente—no es obligatorio el ejercicio de su contenido, pero derechos auténticos, que por serlo y formar parte del patrimonio responden ante los acreedores, pueden ser objeto de enajenación e incluso de gravamen, pueden ser embargados y, por consiguiente, en principio, deberían ser susceptibles de ejercicio por los acreedores del titular. Así lo entiende buena parte de la doctrina en Francia e Italia. Sin embargo, aplicando nuestro criterio de calificar el negocio por sus efectos económicos, la solución debe ser distinta.

En efecto; ya algún autor extranjero y cierta jurisprudencia cuidan de advertir que, si bien es admisible la subrogatoria para ejercitar el derecho de retracto convencional, los acreedores deben

pagar el precio del rescate con cargo a su propio patrimonio; lo cual equivale a negar lo mismo que se afirma, porque en tal caso nos hallamos ante un tipo de acción intermedio entre la subrogatoria y la directa, semejante al previsto en el artículo 1.650; los acreedores del enfiteuta se libran del comiso pagando y redimiendo con su propio dinero, y así conservan la finca acensuada, lo mismo que en el otro caso la finca vendida con pacto de refro.

¿Puede generalizarse esta solución?

En favor de la afirmativa cabe observar que, puesto que en los derechos de adquisición se da plenamente la susceptibilidad de tráfico propia de los derechos patrimoniales, y teniendo en cuenta que en muchos casos la inercia del deudor agota totalmente la posibilidad de adquisición que constituye el derecho mismo, es admisible un recurso dirigido a salvaguardar el derecho de los acreedores, sin herir los intereses del deudor; el derecho de adquisición se actúa por los acreedores con independencia, no sólo del criterio del deudor, sino también de su patrimonio, de modo que la adquisición, aun suponiendo un beneficio para ellos, no supone un perjuicio pecuniario para el deudor moroso. En contra, sin embargo, militan las dificultades que presenta la aplicación práctica de la acción; por ejemplo, ¿cómo valorar el beneficio experimentado por los acreedores al ejercitar un derecho de retracto de su deudor?

#### *Actos conservativos. Actos de mera facultad.*

La doctrina—con excepción de Pacchioni—estima que no cabe la subrogatoria: en opinión de Laurent, los derechos cuyo ejercicio consiente la ley a los acreedores son los del deudor contra un tercero, y no los derechos patrimoniales que tienen por objeto inmediato los bienes que constituyen el patrimonio del deudor.

La tesis de la doctrina impide actuaciones beneficiosas para la conservación del derecho de los acreedores; pero, además, los autores no son lógicos con ella, porque ante las perjudiciales consecuencias que acarrearía su aplicación inflexible aceptan que los acreedores puedan realizar algunos actos conservativos que no son menos de mera facultad que otros de disposición o administración.

Creo que en este punto es preferible aplicar el criterio anteriormente expuesto: cuando el acto de mera facultad supone el aumento gratuito del patrimonio del deudor o su mejor conservación, debe permitirse la subrogación de los acreedores.

Así, por ejemplo, en el caso—muy discutido en la doctrina, y por los más resuelto negativamente—de la facultad de arrendar. En época reciente, la jurisprudencia francesa ha entendido que un acreedor podía arrendar en pública subasta las tierras que un propietario arrendaba cada año, haciéndose pagar por anticipado el importe del arrendamiento con fraude de los derechos del deudor.

dor; ha estimado posible igualmente, y con el mismo fin, que el acreedor hiciera arrendar por largo tiempo el fundo que el deudor arrendaba por años haciéndose pagar por anticipado. Pero no sólo en estos casos, sino en todos aquellos en que la inactividad total del deudor acarrea una pérdida efectiva a su patrimonio, debe estar permitido a los acreedores dar en arrendamiento los bienes que, de otra manera, quedarían improductivos. Supuesto distinto sería el que el deudor arrendase sus bienes en condiciones desventajosas; ya no hay inercia por su parte, y, por consiguiente, tampoco puede hablarse de acción subrogatoria.

En la misma línea deben juzgarse todas aquellas posibilidades de actuación que derivan del hecho de ser propietario de unos bienes, titular de un derecho real, de crédito, etc. En especial deben ser permitidos a los acreedores aquellos actos conservativos que no importan perjuicio o dispendio alguno para el patrimonio del deudor; así, por ejemplo, pedir la inscripción de un negocio jurídico inscribible otorgado por éste, ampliar a los intereses vencidos la garantía hipotecaria, etc. El Código civil en el artículo 1.937 hace referencia igualmente a un supuesto especial de acto conservativo, y también lo es, en último análisis, el contemplado por el artículo 1.650.

No pueden ser ejercitadas por los acreedores las acciones divisorias, no ya porque no constituyen un derecho embargable, ni porque admitiendo la subrogatoria se puede perjudicar la condición de los restantes partícipes, sino porque la acción es, por su propia esencia, de transformación: de titular de una cuota se pasa a titular de unos bienes concretos: *in abstracto* será siempre imposible decidir si es mejor la división o la indivisión; ello depende en cada caso de una serie de motivos que apenas son susceptibles de apreciación objetiva, y la decisión de los acreedores podría llegar a ser perjudicial para el deudor. No puede negárseles derecho a hacer expropiar la cuota (cuando, por su naturaleza, sea susceptible de embargo, y en la medida que lo sea), pero es inadmisibles que se les conceda también la posibilidad de convertirla, mientras permanece en manos del deudor, en unos bienes determinados.