

Civil 2 Muller

16/9/14

CAPÍTULO IV

EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES

§ 64. *NÓCIONES GENERALES.* – Como todos los institutos jurídicos, la obligación produce efectos; esto es, tiene como finalidad la satisfacción del interés del acreedor, y como consecuencia la liberación del deudor.

Estudiar los efectos es realizar un análisis sobre la dinámica de la obligación, ya por juzgar que se está ante una coincidencia o una discrepancia entre lo debido y lo prestado. Lo primero importará el llamado *cumplimiento*, y lo segundo –pleno de matices y dificultades que surgen de valoraciones– el *incumplimiento*.

El cumplimiento corriente se sintetiza con el pago, ya que la función solutoria hace concluir a la mayoría de las obligaciones. Es por ello que, razonablemente, muchos autores consideran que el pago es más una forma natural de cumplimiento que un medio extintivo de obligaciones. Confesamos coincidir plenamente con ese criterio; sin perjuicio de ello, y para seguir el método impuesto por el mismo Código, analizaremos todo lo referido al pago al estudiar los medios de extinción (ver § 389 y siguientes).

En un análisis subjetivo las consecuencias se producen entre acreedor y deudor, y sus sucesores, y excepcionalmente con respecto a terceros.

§ 65. *EFECTOS CON RESPECTO A LAS PARTES.* – Las consecuencias normales y anormales de las obligaciones se refieren, en primer lugar, a quienes se hallan vinculados jurídicamente: acreedor y deudor. Por ello se afirma válidamente que las obligaciones no traen consecuencias a los terceros; esto se denomina “efecto relativo de las obligaciones o de los contratos”. El art. 503 dice que los efec-

tos de las obligaciones se producen entre acreedor y deudor y sus sucesores. Ello coincide con lo que el Código dispone en los arts. 1195 y 1199, que si bien rigen para los contratos, son normas aplicables a estos supuestos.

Los sucesores son los continuadores en los derechos de las partes originarias (art. 3265), ya lo sean a título universal o a título singular (conf. arts. 3263 a 3265), colocándose en la situación jurídica de su antecesor, aunque esta regla tiene excepciones en los siguientes casos: *a)* derechos inherentes a la persona (art. 498); *b)* obligaciones que por ser *intuitu personæ* deben cumplirse personalmente por el obligado (art. 626, párr. 2º), y *c)* el convenio de partes que impida la transmisión a los sucesores.

§ 66. *EFFECTOS CON RESPECTO A TERCEROS.* — Vinculado a los terceros es dable analizar tres aspectos: el cumplimiento por tercero, a cargo de un tercero, y en favor de tercero.

a) CUMPLIMIENTO POR TERCERO. Como regla general, puede afirmarse que los terceros están legitimados para cumplir, sin ser verdaderamente deudores ni representantes de éstos. Así, nuestro Código Civil admite enfáticamente esa posibilidad en los arts. 726, parte 2º, 727 y 728. La excepción a esta regla está prevista en el art. 730, y se vincula a la obligación de hacer *intuitu personæ*. de lo que ya hicimos mención (en el § 391, c. se analizará ampliamente todo lo referido al *pago por tercero*).

b) CUMPLIMIENTO EN FAVOR DE TERCERO. El cumplimiento o promesa en favor de tercero es un tema que corresponde estudiar en el curso de contratos, por lo que haremos aquí sólo una breve referencia. Está legislado en el art. 504, y toda la doctrina ha entendido que esta norma tiene una desubicación metodológica, pues debió ser incluida como un aspecto de los "efectos de los contratos".

La promesa en favor de terceros es una contratación donde las partes deciden atribuir un derecho a un tercero que, por ser tal, no tuvo intervención en el acto, ni queda obligado por él. En esta relación existen tres partes: el estipulante, el promitente y el tercero. El estipulante es quien pone y propicia la promesa; el promitente es quien se obliga a cumplirla, y el tercero es el beneficiario de esa promesa.

El tercero debe comunicar al obligado su aceptación a fin de poner un límite a la facultad de revocación de la promesa. Este anoticiamiento es un acto jurídico unilateral y recepticio. Se controvierte en doctrina si dicha notificación hace nacer el derecho subjetivo en cabeza del tercero, o bien sólo impide la revocación.

c) CUMPLIMIENTO A CARGO DE TERCERO. También se lo llama "promesa del hecho del tercero", y consiste en la situación jurídica por la cual el deudor se obliga a que un tercero haga efectiva una prestación en favor del acreedor. Aquí también hay una excepción al principio de "relatividad de los contratos".

Es casi obvio afirmarlo, pero necesario decirlo, que en principio el único obligado es el deudor, ya que su promesa no puede obligar a los terceros.

La obligación que asume el deudor puede ser de medios o de resultado. Es de medios cuando sólo promete desarrollar todas las diligencias y medidas necesarias para que el tercero quede obligado, lo que en Francia se denomina la promesa de *porte fort*, que se hace gráfica con la expresión *raportez la signature!* (¡traiga la firma!).

También el deudor puede asumir una obligación de resultados, comprometiéndose a que el tercero se obligue y cumpla el objeto prometido (art. 1163). Si el tercero no lo hace el deudor es responsable de todas las consecuencias que genere dicho incumplimiento.

§ 67. *DINÁMICA DE LA OBLIGACIÓN. CUMPLIMIENTO E INCUMPLIMIENTO.* — La faz dinámica o de vida efectiva de la obligación se pone de manifiesto con su cumplimiento o incumplimiento. Con relación al cumplimiento ya hicimos referencia a ello, y se puede sintetizar en la función solutoria o del pago. El análisis del incumplimiento es más dificultoso, e integra la temática de la responsabilidad civil. Hay siempre incumplimiento cuando una persona infringe un deber jurídico que le atañe. Si el deber jurídico fue establecido convencionalmente el incumplimiento es contractual y la responsabilidad consiguiente sigue ese rumbo; por el contrario, si el deber jurídico es la obligación genérica que se tiene de no dañar a los demás, y no existe una ligazón previa, la responsabilidad es extracontractual. (Al tratar la teoría de la responsabilidad civil ampliaremos todos estos conceptos; ver cap. V, § 75 y siguientes).

Es habitual entre nuestros autores sostener que el cumplimiento es coincidencia entre la conducta obrada y la conducta debida; mientras que el incumplimiento sería lo contrario. Pero ello, aunque brinde una aproximación conceptual, no satisface todas las posibilidades.

Enseña Díez-Picazo que el deudor incumple cada vez que violenta el deber jurídico que se le impuso; pero también desde el punto de vista del acreedor se lesiona el derecho creditorio (a lo cual los alemanes llaman "perturbación de la prestación"). Las posibilidades son: a) la no prestación; b) la prestación defectuosa, y c) la prestación retardada.

En el primer caso nada hace el deudor para satisfacer el derecho de crédito; en el segundo, la prestación no coincide con la prevista, o bien es deficiente (se trata aquí de un "mal cumplimiento" que se traduce en incumplimiento); y, por último, el retardo en la prestación, que da origen a la morosidad del deudor.

Pero, si el incumplimiento no le es atribuible ni imputable al deudor, ya que fue ocasionado por causas extrañas a él, no le acarreará ninguna consecuencia ni responsabilidad consiguiente.

§ 68. **MEDIOS DE EJECUCIÓN.** — Ante la lesión al derecho de crédito, el acreedor dispone de vías de ejecución para satisfacer el interés violado: es el denominado cumplimiento forzoso, que regula el art. 505 en forma gradual y sistemática. En la norma aparecen el cumplimiento forzado específico, la ejecución por medio de tercero, y por último la satisfacción de los daños y perjuicios por equivalente dinerario. Los dos primeros constituyen casos de ejecución directa, y el último de ejecución indirecta (Galli).

Por otro lado el art. 505 *in fine* da derecho al deudor que paga a ser liberado de la obligación.

§ 69. **EJECUCIÓN FORZADA ESPECÍFICA.** — Se llama también ejecución *in natura*, y consiste en lograr que el acreedor vea satisfecho su crédito exactamente igual que si el deudor hubiera cumplido voluntariamente. Este tipo de ejecución es obviamente "forzosa", lo cual implica utilizar el auxilio de los órganos del Estado para el logro de esa finalidad. Así, el inc. 1º del art. 505 consagra esta posibilidad al darle derecho al acreedor para "*emplear los medios*

legales, a fin de que el deudor le procure aquello a que se ha obligado".

Este es el primer camino que debe tomar el acreedor, reclamando aquello a que el deudor se obligó. Ello, que no siempre es posible, debe ser analizado en el ámbito de las obligaciones de dar, de hacer y de no hacer.

a) **OBLIGACIONES DE DAR.** En las obligaciones de dar, para lograr el cumplimiento forzado específico el acreedor puede utilizar los órganos judiciales y la consiguiente fuerza pública (p.ej., solicitar el embargo y consiguiente secuestro del objeto o los objetos debidos). Para el caso es indiferente que se trate de una obligación de dar cosas ciertas o de dar cosas inciertas. También da lo mismo que éstas sean para constituir un derecho real o para restituirlas a su dueño (ejemplo de lo primero sería el reclamo de la entrega de un bien inmueble prometido en la compraventa mediante instrumento privado; y del segundo, una solicitud de desalojo por vencimiento del término en un contrato de comodato).

Dice bien Llambías que son necesarios tres requisitos para hacer efectivo el cumplimiento *in natura*, 1) la existencia de la cosa; 2) que se encuentre en poder del deudor, y 3) que el deudor sea poseedor de la cosa.

Si el bien no existe, o no se encuentra en el patrimonio del deudor, la solución legal dependerá de cuál haya sido la causa de dicha imposibilidad, los efectos difieren según sea por culpa del deudor o por caso fortuito (conf. arts. 513, 514, 888 a 890, 892 y 893, Cód. Civil).

b) **OBLIGACIONES DE HACER.** En las obligaciones de hacer la ejecución forzada es menos rigurosa que en las de dar. La ejecución forzada es factible, pero tiene como límite la imposibilidad legal de ejercer violencia contra la persona del deudor (art. 629), aunque es viable utilizar todos los medios legales para ello (embargos, intimaciones, astreintes, etcétera).

Ejemplos de este tipo de cumplimiento se dan en la denominada "obligación de escriturar"; en forma reiterada nuestra jurisprudencia autoriza que el juez suscriba la escritura ante la negativa del deudor; o bien, cuando resulta subrogable la actividad del deudor, se ordena que lo hagan sus auxiliares o representantes.

c) *OBLIGACIONES DE NO HACER*. La solución varía según cómo sean estas obligaciones: si son de no hacer *intuitu personae* se le aplican las mismas reglas que a sus homónimas de hacer; si es posible su ejecución sin violentar la persona del deudor, la ley admite el empleo de la fuerza (art. 633).

En el caso de estas últimas, por ejemplo, si el deudor se obliga a no construir un muro de una determinada altura, o a no instalarse en un rubro comercial en cierta zona de la ciudad, e incumple, es posible destruir lo mal hecho, o clausurar el local comercial. En cambio tratándose de las primeras, si por ejemplo revela el secreto de una fórmula química, o vende los resultados de un invento que había comprometido con otro, sólo es posible reclamarle el pago de los daños y perjuicios (art. 634).

§ 70. *EJECUCIÓN POR OTRO*. — El inc. 2º del art. 505 admite que el cumplimiento forzoso sea hecho por un tercero, es decir, por aquel que no es parte en la relación de obligación. Se debe diferenciar esta figura de la del “cumplimiento voluntario” o “pago por tercero”, ya que en el caso que analizamos el tercero cumplirá, no espontáneamente, sino como consecuencia del pedido del acreedor, que, como dice el Código, hace ejecutar la prestación por otro (tercero) a costa del deudor.

Hay divergencia de criterios sobre si se trata de una verdadera ejecución forzada “específica” o “subrogable”, pues desde el punto de vista del acreedor se cumple por igual la prestación; pero observándolo desde el lado del deudor ello no es así.

Es el acreedor el que debe valorar la posibilidad de que sea otro quien cumple el objeto de la prestación, pero teniendo en cuenta el juez que siempre debe pretenderse, mediante esta subrogación personal, cumplir con uno de los objetos del pago: la *identidad*.

La ejecución forzada por tercero puede ser de obligaciones de dar cosas inciertas no fungibles, fungibles, y de dar sumas de dinero. En principio, ello no es posible en las obligaciones de dar cosas ciertas que se encuentren en poder del deudor; si las cosas ciertas se hallan en posesión de un tercero, y las partes ignoran la ajenidad de la cosa al contratar, tampoco es posible la intervención del tercero (conf. art. 1329, parte I, Cód. Civil), aunque debemos señalar que es ésta una cuestión controvertida y dificultosa que deberá es-

tudiarse con mayor profundidad en el tema sobre la venta de cosa ajena, y en el curso de contratos.

También la ejecución por otro es posible en las obligaciones de hacer y de no hacer, cuando no fueren condiciones de cumplimiento las características personales del deudor, tal como se analizó anteriormente.

Es importante señalar, como lo hace la mayoría de los autores, que el cumplimiento por tercero, cuando se obtiene mediante la previa autorización judicial, difiere en sus efectos del que se realiza a simple pedido del acreedor, y luego se hace conocer judicialmente. Si se obtiene una sentencia judicial previa, que en algunos códigos civiles es imprescindible (Cód. Civil francés, art. 1144; Cód. español, art. 1098; Cód. de Brasil, art. 884; Cód. Suizo de las Obligaciones, art. 97, etc.), el acreedor puede reclamar del deudor responsable todo lo que se hubiera pagado al tercero. En cambio, si el acreedor conviene con el tercero el cumplimiento y luego reclama, el juez debe revisar la procedencia de las expensas y gastos que se requieran, y hacer lugar a la suma que necesariamente corresponda, no pudiendo invocarse lo que se hubiere hecho efectivo.

§ 71. *ASTREINTE*. — La *astreinte* es un medio para que el deudor cumpla *in natura* la prestación prometida. Se la puede conceptualizar como una condena económica que imponen los jueces para vencer la resistencia de deudores renuentes, a fin de que cumplieren las sentencias judiciales.

La *astreinte* resulta una institución típicamente francesa, y es un vocablo que carece de una traducción al español. Se la puede identificar con expresiones como: “conminar”, “constreñir”, o “coaccionar”.

Define Starck a la *astreinte* como: “Una condenación al pago de una suma de dinero fijado a tanto por día de retardo u otra unidad de tiempo (hora, minuto, semana o mes) destinada a presionar sobre la parte condenada a fin de incitar a ejecutar la decisión judicial”.

a) *ANTECEDENTES*. Se las utilizó en Francia en el siglo XIII, y especialmente en los mandamientos judiciales del siglo XIX; al comienzo, los jueces fijaban sumas globales, y luego un tanto por día. Se trae como ejemplo clásico una sentencia del tribunal de Gray, del

25 de julio de 1811, por la cual se condenó a una persona a realizar una retractación pública bajo emplazamiento de pagar tres francos por cada día de demora.

En Francia los autores clásicos fueron contrarios a las astreintes por considerarlas ilegales y arbitrarias (Demolombe, Aubry y Rau, Huc, Laurent). Sin embargo, su aplicación tuvo amplia difusión y desarrollo, no sólo en aquel país sino en casi todo el mundo. Es receptada legislativamente en los códigos de procedimientos civiles de Francia y Alemania, y los códigos civiles de Egipto, Siria y la Argentina. En Francia se la reguló en una ley del 5 de julio de 1972, modificada por otra del 9 de julio de 1975, que estableció expresamente las diferencias entre la astreinte y los daños y perjuicios, y su carácter dual de provisoria y definitiva. Aunque es dable señalar que los tribunales italianos y belgas se manifiestan contrarios a aceptarla.

Hasta 1959 la jurisprudencia de nuestro país fue reacia a las astreintes. A partir de allí, y hasta su consagración legislativa, numerosos fallos hicieron lugar a su inclusión en las sentencias para hacer cesar ruidos molestos; efectivizar el cumplimiento de un régimen de visitas de un padre; que un locador dejara de turbar el goce pacífico del bien alquilado; etcétera.

b) *NATURALEZA JURÍDICA*. Existe consenso en sostener que la astreinte no constituye una indemnización de daños y perjuicios, ni es una cláusula penal, ni una pena civil impuesta por lo pasado (Colmo, Cazeaux y Trigo Represas, Llambías, Salvat, Borda, Alterini, Ameal y López Cabana, etcétera).

Para Llambías es un "medio de compulsión". Cazeaux considera, siguiendo a Carnelutti, que es una "medida procesal de ejecución". Según nuestro criterio consiste en una pena civil discrecional, provisoria y futura, que tiene como fin lograr el cumplimiento de una sentencia judicial.

c) *CARACTERES*. La astreinte tiene los siguientes caracteres: a) es una pena civil; b) es provisional; c) es conminatoria; d) es accesoria; e) es discrecional; f) es subsidiaria, y g) es dineraria.

1) *PENA CIVIL*. Es una penalidad o sanción que se impone ante la posibilidad del incumplimiento de una sentencia judicial, ya que esa condena es ejecutable en los bienes del deudor.

2) *PROVISIONAL*. Es importante resaltar este carácter, que se une a su "futuridad", ya que los jueces pueden válidamente disminuir o dejar sin efecto la sanción ante el cumplimiento, promesa de cumplimiento por parte del deudor, o prueba que justifique su reticencia.

3) *CONMINATORIA*. Su finalidad consiste en vencer la renuencia del obligado, de allí su carácter conminatorio.

4) *ACCESORIA*. Es accesoria, pues sigue a la condena —que es lo principal—, asegurando así el cumplimiento de la sentencia. Se deduce que la astreinte es cesible juntamente con el derecho al que accede.

5) *DISCRECIONAL*. El carácter de discrecional significa que los jueces pueden imponerlas o no según la valoración que hagan del caso concreto; asimismo, pueden establecer el importe de la sanción, aunque para esto último el Código Civil argentino prevé una relación con el patrimonio del deudor.

6) *SUBSIDIARIA*. Significa que su aplicación deviene a falta de otro medio para lograr la ejecución de la sentencia. Sin embargo, algunos autores creen que carece de este carácter (Borda, Reimundín).

7) *DINERARIA*. De conformidad a lo que el mismo art. 666 bis del Cód. Civil dispone, la astreinte siempre debe ser fijada en una suma dineraria.

d) *FUNDAMENTOS*. Discurrir sobre los fundamentos de la institución, o, mejor, decir por qué es posible aplicar estas condenaciones dinerarias, ha dado lugar a agudas controversias, especialmente en los países en los que no está legislada.

En Francia, se controversió su razón y procedencia hasta la sanción de la ley del 5 de julio de 1972, pues desde ello los jueces tienen suficiente poder para su aplicación. Lo mismo ocurre en nuestro país. En consecuencia, su fundamento reside en la posibilidad del juez del ejercicio de su propio imperio para obligar a cumplir las sentencias.

e) *LEGISLACIÓN NACIONAL*. La ley 17.711 incorporó las astreintes en el art. 666 bis del Cód. Civil, en el título donde se trata de las obligaciones con cláusula penal.

También están previstas en el art. 37 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación, y, con igual redacción (similar a la del Código Civil),

en el mismo artículo de la ley procesal de la provincia de Buenos Aires.

De conformidad con lo establecido en el art. 666 *bis*, la aplicación de las astreintes constituye una potestad judicial y tiene siempre como destino vencer la resistencia al cumplimiento de un deber impuesto en una condena (en el art. 666 *bis*, donde dice "cumplieron" debería decir "cumplieren").

Como ya señalamos, el juez tiene facultad para graduar la cantidad de la pena, y la ley establece que debe considerar el patrimonio del obligado; pero ello es solamente una pauta a tener en cuenta.

El producto de la astreinte tiene como destinatario a la parte que sufre el incumplimiento. En este sentido nuestra ley se aparta de otras legislaciones que lo fijan en favor de instituciones de bien público. De allí que, impuesta la pena y encontrándose firme (es decir, siendo "definitiva"), puede ser reclamada y ejecutada por el beneficiario como cualquier resolución judicial, por el trámite de ejecución de sentencia.

Hay dos momentos en la aplicación de la astreinte: desde su imposición, que aparece como "provisional", hasta el instante en que la sentencia resulta irrecurrible y se convierte en "definitiva". Si bien estos momentos no aparecen muy nítidos en nuestra ley, así fue discriminado en la ley francesa del 5 de julio de 1972.

Es evidente que su aplicación deviene como consecuencia de la reticencia al cumplimiento que observa el deudor; pero, al ser anoticiado de la condena a pagar "astreintes", éste puede demostrar que el incumplimiento está justificado por el caso fortuito, o la falta de culpa, o bien que ha cumplido lo principal, y así pretender que quede sin efecto la penalidad (conf. art. 666 *bis in fine*).

§ 72. *EJECUCIÓN FORZADA INDIRECTA.* — A la ejecución forzada indirecta se la conoce bajo diferentes denominaciones: "medios anormales o accidentales de la obligación"; "satisfacción del interés secundario del acreedor"; "indemnización del daño contractual", o más simplemente como "responsabilidad civil contractual".

Se prevé de esta manera satisfacer el interés del acreedor de acuerdo con lo que dispone el inc. 3º del art. 505 del Cód. Civil, es decir, mediante el pago de la indemnización de los daños y perjuicios.

Ya analizamos cuáles son los caminos que debe recorrer el acreedor ante el incumplimiento del deudor. Como última etapa se encuentra la indemnización de los daños.

El reclamo por el resarcimiento surge cuando el cumplimiento *in natura* deviene imposible, ya porque el bien prometido no se encuentra en el patrimonio del deudor, por la imposibilidad vista en las obligaciones de hacer y de no hacer, ya porque el mismo obligado contribuyó con su accionar a imposibilitar el cumplimiento en especie, por ejemplo, si produjo la pérdida por su culpa (arts. 889 y 890, Cód. Civil). También puede dar origen a reparación el estado de retardo imputable a culpa del deudor, es decir, el supuesto de mora *debitoris*.

De acuerdo con la tesis sustentada, y que seguimos en cuanto a la naturaleza de la prestación, y conforme a lo desarrollado sobre dicha temática en el § 18, a. 2, es indudable que la indemnización que reemplaza el sustrato material primario no es novatoria, ni integra una obligación autónoma, sino que se cumple la misma prestación, ya que este subrogado integra igualmente el llamado "bien debido" (Morello, Cazeaux y Trigo Represas, Peirano Facio, Betti, etcétera).

No todos los autores coinciden con ese criterio, ya que en general se mantiene la tesis romanista que indica que los daños y perjuicios constituyen una obligación nueva o un efecto secundario de la obligación por surgimiento de un novel vínculo jurídico (Mazeaud, Messineo, Roca Sastre, Puig Brutau, Llambías, Lafaille, etcétera).

La ejecución forzada indirecta requiere varios presupuestos que corresponden a la responsabilidad civil en general: a) antijuridicidad o incumplimiento; b) imputabilidad o factor de atribución; c) el daño, y d) la relación de causalidad entre el incumplimiento y el perjuicio. El tema tiene una cercana vinculación con la responsabilidad civil extracontractual, y algunos de sus elementos son comunes a ambos tipos.

a) *GARANTÍA PATRIMONIAL.* La garantía patrimonial se fundamenta en el principio universal que indica que los bienes del deudor son la garantía común de los acreedores, consagrado expresamente, y explicitado, en los arts. 2092 y 2093 del Cód. Civil francés; lo mismo en el art. 1911 del Cód. Civil español.

En nuestra legislación el principio no está expreso, pero surge de las figuras que rodean, protegen y hacen efectivo el crédito. Así,

por ejemplo, lo dispuesto en el art. 505 del Cód. Civil, en las acciones patrimoniales (revocatoria, subrogatoria, y de simulación), la acción directa, el derecho de retención (art. 3939), las medidas cautelares (embargo, inhibición general de bienes, anotación de litis, prohibición de contratar), etcétera.

El patrimonio del deudor se compone de una masa de bienes que no tiene más unidad que la basada en la titularidad de ellos. El acreedor, como indica Nicolò, no tiene un derecho sustantivo sobre los bienes del deudor, pues éstos son solamente "objeto potencial de la acción ejecutiva". Si bien es la ley civil la que indica la posibilidad de ejecución, la vía es meramente instrumental.

En consecuencia, la ejecución indirecta logra la reducción de los bienes del deudor a sumas dinerarias, aunque éstas difieran del objeto originariamente debido.

b) *LIMITACIONES.* Señala Cazeaux que la garantía patrimonial tiene dos límites: 1) no todos los bienes del deudor son ejecutables para afrontar el pago de sus obligaciones, y 2) no siempre los acreedores concurren en pie de igualdad.

En consideración a lo primero, el art. 3878 del Cód. Civil, consagra que el privilegio del acreedor no podrá ejercerse sobre "*el lecho cotidiano del deudor y de su familia, las ropas y muebles de su indispensable uso y los instrumentos necesarios para su profesión, arte u oficio*".

En igual sentido se dispone en el art. 219 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación (igual al art. 219 del de la provincia de Buenos Aires), que impide sean embargados los bienes ya enumerados, a los que se agregan los sepulcros. En otras leyes se prohíbe el embargo sobre el importe de jubilaciones, pensiones, y salarios hasta determinado porcentaje; o establece una protección sobre el "bien de familia" de la ley 14.394; o sobre las cuotas alimentarias, las indemnizaciones por despido, o por accidentes de trabajo, etcétera.

Por otra parte reiteramos que no todos los acreedores concurren en un pie de igualdad, ya que la ley dispone que hay acreedores quirografarios o comunes y acreedores privilegiados. Si bien la regla es la *pars condicio creditorum*, es decir que cada uno concurre en proporción a su crédito, a veces se consagran preferencias para que alguno lo perciba con anterioridad a otros.

§ 73. *EJECUCIÓN FORZADA COLECTIVA.* — La ejecución forzada colectiva se integra con el llamado "proceso concursal" que es un juicio de característica universal donde se afecta todo el patrimonio del deudor y son convocados todos los acreedores, pues deben someterse a un procedimiento que la ley impone.

Se vincula a la insolvencia del deudor o estado de "cesación de pagos", como un estado de impotencia patrimonial para hacer frente a las obligaciones exigibles. Es una situación fáctica que puede llegar a convertirse en un estado jurídico mediante la sentencia de quiebra o concurso.

Los concursos civiles y comerciales se encuentran regidos por lo dispuesto en la ley 24.522, y es un tema a desarrollar en los cursos de derecho comercial. Haremos una sintética referencia a algunos supuestos allí previstos que interesan a nuestra materia.

a) *SITUACIÓN DEL CONCURSADO.* Con la sentencia de quiebra el deudor queda desapoderado de sus bienes, no puede disponer de su patrimonio ni administrarlo. Dicho desapoderamiento se inicia con la sentencia y dura hasta su rehabilitación (arts. 107 y 177, LCQ). Con ello se pretende impedir que disponga de sus bienes en perjuicio de sus acreedores.

Quedan excluidos de esa medida, entre otros: los derechos no patrimoniales, los bienes inembargables, la administración de los bienes del otro cónyuge, las indemnizaciones por daños físicos, etc. (art. 108, LCQ).

La administración le corresponde al síndico, y puede disponer de los bienes en la medida que la ley lo autorice para ello (art. 109, LCQ), continúa la actuación en juicio en lugar del fallido, y puede aceptar o repudiar herencias, donaciones, etcétera (arts. 111 a 113, LCQ).

b) *EJECUCIONES INDIVIDUALES.* Con la sentencia de quiebra se suspenden las ejecuciones individuales de carácter patrimonial (art. 24), con excepción de las que provienen de juicios de expropiación y las fundadas en relaciones de familia. También los juicios hipotecarios y prendarios pueden continuarse mediante un "concurso especial" (arts. 126 y 209, LCQ).

El concurso tiene fuero de atracción sobre las acciones de contenido patrimonial que se hubieran promovido contra el fallido, por

lo que deben radicarse en el juzgado donde tramita el proceso universal todas las ejecuciones individuales; además se mantienen las medidas cautelares (arts. 21 y 132, LCQ).

c) *INTERESES*. Con el decreto de quiebra se suspende el curso de los intereses de todo crédito que no se encuentre garantizado con prenda o hipoteca (art. 129, LCQ). Es decir, como excepción siguen corriendo los intereses compensatorios de los créditos prendarios o hipotecarios hasta que se haga efectivo el pago.

d) *OBLIGACIONES A PLAZO*. La sentencia que declara el concurso produce de pleno derecho el vencimiento del plazo inicial, o suspensivo, de todas las obligaciones del fallido. Así lo dispone el art. 753 del Cód. Civil, concordando con el art. 128 de la LCQ. En esta última disposición se establece que si el crédito cuyo vencimiento opera anticipadamente no devenga intereses compensatorios, igualmente deben ser descontados los legales por el plazo en que se anticipa el pago. Lo cual es razonable, pues si el acreedor recibe el capital antes del vencimiento debe deducir los intereses que eventualmente puede rendirle el capital por ese lapso temporal.

e) *EMBARGOS*. Los embargos trabados sobre bienes del deudor, y las demás medidas cautelares que fueran ordenadas y cumplimentadas con anterioridad deben mantenerse. Así lo ordena el inc. 4° del art. 21 de la LCQ.

En caso de necesidad y urgencia se admite el levantamiento de medidas cautelares para permitirle al deudor el uso de la cosa gravada (art. 24, LCQ).

f) *CONVERSIÓN DE OBLIGACIONES NO DINERARIAS*. El art. 127 de la LCQ fija un sistema de conversión de las obligaciones no dinerarias, ya bien porque fueron contraídas en moneda extranjera, o el crédito debe ser calculado con relación a otros bienes. En esos supuestos el acreedor tiene una opción para calcular dichos créditos en la moneda nacional a la fecha del decreto de quiebra, o a la del vencimiento de la obligación, si fuere anterior.

A nuestro juicio la ley 23.928 altera parcialmente al art. 127 de la LCQ, pues al modificarse el art. 617 del Cód. Civil, la moneda extranjera es ahora "dinero", y por ende ya resulta innecesaria la conversión. Queda vigente en cuanto a los créditos calculados con relación a otros bienes y a las prestaciones no dinerarias.

§ 74. *ACCIÓN DIRECTA*. — La acción directa se le confiere a ciertos y determinados acreedores para que puedan accionar contra terceros que son deudores de su deudor. Se ejercita por derecho propio (no a nombre del deudor, como en el caso de la acción oblicua, subrogatoria o indirecta), y para que los bienes ingresen en el patrimonio de quien reclama.

Es de carácter excepcional, pues se otorga ante casos concretos y definidos en la ley, ya que no es posible extenderla por analogía a otros supuestos no previstos. Con relación a la acción subrogatoria, tiene la ventaja de que los bienes ingresan directamente en el patrimonio del acreedor, mientras que en aquella van a engrosar el del deudor. Con respecto a la acción pauliana, también se diferencia en que no es necesaria la prueba de la insolvencia, ni del fraude del deudor.

Se han dado diferentes fundamentos justificantes: la equidad y sentido práctico (Lafaille); el enriquecimiento sin causa (Demogue y Llabrás); la justa frustración de un enriquecimiento indebido (Boffi Boggero); la gestión de negocios (Demolombe, Larombière), etcétera. Creemos que no se puede unificar la razón de su otorgamiento; en algunos supuestos será la equidad o razón de justicia como en el caso de los empleados que tienen esta acción contra el contratista principal, y en otros habrá una especie de "gestión de negocios", como en el caso del mandante contra el sustituto.

a) *REQUISITOS*. Para el ejercicio de la acción directa es necesario que se den los siguientes requisitos: a) que la ley la conceda; b) que el acreedor tenga un crédito libre y exigible; c) que el deudor sea a su vez acreedor de un tercero por una obligación también exigible; d) que ambos créditos sean homogéneos, y e) que la deuda que se reclama no esté embargada.

En cambio, no es necesario que el deudor sea citado a juicio, ni que se lo constituya en mora, ni probar su insolvencia, desidia o desinterés.

b) *EFFECTOS*. El primer efecto es que la notificación de la demanda produce el embargo del crédito en favor del acreedor demandante, por lo cual si después de ello el tercero le pagara al deudor, ese pago sería inoponible al acreedor (art. 736, Cód. Civil).

El pago que realice el tercero lo libera frente a su propio acreedor si el reclamo es por la totalidad de lo que él debe o más; si la

demanda es por una cantidad menor quedará adeudando el saldo correspondiente. Por ejemplo: A es acreedor de B, y C es deudor de B, si A demanda a C por 100, y B es acreedor por 180, C quedará como deudor de B por 80.

Como consecuencia de lo ya dicho, la acción es sólo viable por el importe menor, ya que sería improcedente hacerle pagar al tercero más de lo que él debe a su propio acreedor. El acreedor que no pueda percibir todo su crédito mediante el ejercicio de esta acción, mantiene su derecho a reclamar al deudor el saldo insoluto. Volvemos a ejemplificar: Si A es acreedor de 200, y C es deudor de B de 150, sólo le pagará a A 150, consecuentemente A continuará siendo acreedor de B por 50.

c) *DEFENSAS Y EXCEPCIONES.* El demandado que es tercero en la relación (deudor del deudor principal) puede oponer al acreedor todas las defensas y excepciones que tuviera contra su propio acreedor (deudor de la relación de origen). Es una solución razonable, pues el hecho de que se ejercite esta acción directa no puede importar un menoscabo a los derechos que pudiera tener el tercero.

También puede excepcionarse con todas las defensas que tuviere contra el demandante, ya que, como en general ejemplifican los autores, podría ser titular de un crédito para con el acreedor principal y así hacer valer la compensación.

El tercero también podrá alegar la prescripción de la acción de su propio acreedor; y, más aún, podría eventualmente defenderse con la prescripción que se hubiere producido en la acción del acreedor contra el deudor de la relación principal. En cuanto a lo primero se justifica por lo ya dicho, y lo segundo porque no se puede impedir al demandado alegar dicha defensa.

d) *COSA JUZGADA.* La sentencia que recaiga en el juicio entre el acreedor principal y el tercero no surte los efectos de la cosa juzgada con respecto al deudor principal que es acreedor del tercero, en virtud de que no puede ser opuesta a quien no tuvo intervención en la litis, que es uno de los requisitos para hacer valer la cosa juzgada.

Diferente situación se puede plantear en la resolución definitiva en el juicio entre el tercero y su propio acreedor (es decir, el deudor de la relación principal) cuando se hubiere rechazado la demanda. Esa sentencia hace cosa juzgada con respecto al acreedor que tiene

acción directa. Y ello porque no se puede perjudicar a quien obtuvo una ejecutoria que le es favorable, donde se declaró no procedente la acción y la no obligatoriedad del cumplimiento por parte del tercero.

e) *CASOS LEGISLADOS.* Algunos de los casos legislados de acción directa son: 1) la que le corresponde al mandante contra el mandatario sustituido por las obligaciones que éste hubiere contraído en la sustitución; también el sustituido tiene acción contra el mandante (art. 1929); 2) la que les corresponde a quienes hubieren puesto trabajo o materiales en la locación de obra en favor de un locador, contra el dueño de la obra o locatario (art. 1645) por lo que éste deba al empresario; 3) en la locación de cosas procede la acción del locador contra el sublocatario por lo que éste adeude por arriendos al locatario principal (art. 1592); 4) la del sublocatario contra el locador por las obligaciones que nacen de la sublocación (art. 1591); 5) en la gestión de negocios, los terceros tienen acción contra el *dominus negotii* por los derechos que le pudieren corresponder al gerente, y en base a los contratos realizados; 6) en las costas judiciales, el abogado que hubiere patrocinado al vencedor en el juicio, tiene acción directa por sus honorarios contra el condenado en costas (art. 58, ley 8904 de la provincia de Buenos Aires, y arts. 49 y 50, ley 21.839), y 7) en los accidentes de trabajo el obrero acreedor de la indemnización tenía acción directa contra la compañía aseguradora (art. 7º, ley 9688). La ley 24.028, modificatoria de la anterior, sólo permitía la citación en garantía (art. 6º *in fine*). Ambas disposiciones fueron derogadas por la ley de riesgos del trabajo 24.557.