

«Unas notas de recuerdo
sobre la conservación de la garantía
patrimonial y la protección
del derecho de crédito:
Para una revisión de un texto
clásico» (*)

SUMARIO: I. BASES DE PARTIDA DE ESTAS NOTAS.—H. EL AUTOR.—
III. REFERENCIA AL TEMA DE LA OBRA.—IV. EL CONTENIDO DE LA
OBRA: A) DISTRIBUCIÓN DE LAS MATERIAS Y PUNTOS RELEVANTES.—V. SOBRE EL
TRATAMIENTO DADO A LA OBRA POR EL AUTOR: A) ASPECTOS FORMA-
LES. B) ASPECTOS DE FONDO.—VI. IDEAS CRÍTICAS SOBRE LA OBRA Y EL
TEMA: A) PERFIL ESTRUCTURAL. B) PERFIL FUNCIONAL.—VII. TEMAS SUGERI-
DOS AL INVESTIGADOR DEL DERECHO.—UN RESUMEN FINAL.

I. BASES DE PARTIDA DE ESTAS NOTAS

Unas palabras previas en cuanto a la peculiaridad de un encargo en su día recibido y a la situación fáctica originada por dificultades concretas de tipo subjetivo y de tipo objetivo en orden al cumplimiento por el firmante de la tarea encomendada parecen aquí y ahora necesarias.

Referidas aquellas dificultades a los *aspectos aludidos*, en principio superiores a las de otros posibles aspectos, a mi juicio la apariencia parecía estar *en favor* de una mera presentación de un texto como objeto de comentario, sin ulteriores precisiones. Lo que no parecía nada claro

(*) NICOLA DISTASO, / *mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale (Azione surrogatoria. Azione revocatoria. Sequestro conservativo)*, UTET, Torino, 1973.

era la significación (*quid iuris*) de una tal presentación y comentario y la eficacia previsible en un ámbito jurídico español caracterizado por los embates de la transición política, la nueva Constitución de 1978 y la aparición como «en cascada» de sucesivas leyes de reforma que afectaban a todos y cada uno de los sectores del ordenamiento jurídico privado español.

Situado en tal contexto el comentario inicialmente dibujado para la obra aquí objeto de estas «Notas», era comprensible que los grandes temas clásicos del Derecho Privado —muy en especial entre ellos los relativos al «Derecho de Obligaciones»— iban a ir quedando aparcados y a la espera de una oportunidad para un «volver» sobre ellos.

Tornada la calma tras las turbulencias de las interpretaciones y comentarios sobre los distintos sectores de la normativa civil reformada, era lógico confiar en que de nuevo nuestros autores volvieran a los estudios específicos y a los comentarios concretos a las viejas normas sustantivas en materia relativa al «derecho de crédito».

Buena parte de las dificultades originadas por la obra objeto de estas notas provenían de que tenía *en su contra* la propia situación fáctica española, **basada en una normativa (civilística y procesalista) codificada esencialmente distinta (1) a la italiana** que servía de base a N. DISTASO, autor del texto objeto de estas «Notas», y **desarrollada** por la doctrina española de forma tradicional, en el sentido de quedar enmarcada dentro del habitual tratamiento *clásico* de los «remedios conservativos» del derecho de crédito (2).

(1) Cabría decir, en resumen, que la normativa referente a la *materia* objeto del texto comentado por N. DISTASO era —y es— en el Código Civil español sustancialmente *idéntica* a la regulación del derogado Códice Civile italiano de 1865 y, por tanto, *diferente* a la del Códice Civile italiano de 1942 que sirve de fondo al libro de N. DISTASO.

La normativa italiana *referida* va contenida en el Libro VI («De la tutela de los derechos»), Título III («De la responsabilidad patrimonial, de las causas de prelación y de la conservación de la garantía patrimonial»), Capítulo V («De los medios de conservación de la garantía patrimonial»): Artículos 2.900-2.906.

(2) Digna de resaltar la salvedad del profesor Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN: *primero*, en su obra (**fundamental**) ya clásica *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial* (Introducción: «Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias»), ed. Tecnos, vol. I, Madrid, 1970, págs. 730 y sigs.; *después*, en su obra —en colaboración con el profesor GULLÓN BALLESTEROS— *Sistema de Derecho Civil*, vol. II («Teoría general del contrato. La relación obligatoria en general. Las relaciones obligatorias en particular»), ed. Tecnos, 2.ª ed., Madrid, 1982, págs. 253 y sigs.; 262 y sigs. **Actualmente** dicha obra aparece en su cuarta edición, ed. Cívitas, 2 vols., de 455 y 851 págs. respectivamente, Madrid, 1933: Para un comentario detenido de la misma, *vid.* mi artículo «Un repaso selectivo a un texto clásico (una relectura de los fundamentos de Derecho Civil patrimonial de Luis Díez-Picazo)», en esta misma REVISTA, núm. 625, noviembre-diciembre 1994, págs. 2686-2718.

Respecto de los aspectos procesales, tampoco la comparación con los viejos textos españoles del siglo pasado era nada favorable, dado que determinados *puntos* muy concretos de la obra objeto de estas «Notas» —tanto *procesales propiamente dichos* (medidas cautelares) como *concursales* (revocatoria en tema de quiebras)— eran tratados en el texto en función de una normativa italiana muy moderna y actualizada (3).

El hecho concreto de las referidas *dificultades de todo tipo* a la hora de abordar el volumen objeto de estas «Notas» no ha incidido ni en el interés ni en la importancia del texto, quizá hoy envejecido materialmente, pero que ha adquirido la *pátina* de un texto con solera. O de otro modo, lo que perdió en actualidad lo ha ganado en «clasicidad».

II. EL AUTOR

N. DISTASO ejercía las funciones —en el momento de aparición del volumen comentado— de profesor agregado de Derecho Civil y era además consejero del Tribunal Supremo de Italia.

El autor había publicado años atrás algunas otras obras juveniles: *una*, relativa al análisis estructural y funcional de la garantía *específica* constituida por la *hipoteca* (4) [seguía en ella los pasos iniciados por S. PUGLIATTI sobre la relación entre el derecho sustantivo (o material) y el procedimiento ejecutivo] (5), y *otras*, en materia de *simulación* y de *obligaciones en general* (6). Ninguna otra referencia ni al autor ni a su obra, ni siquiera en los modernos *manuals* de los modernos tratadistas italianos (RESCIGNO, GALGANO, A. TORRENTE y P. SCHLESINGER).

No obstante lo expuesto, entiendo que al autor y a su obra hay que resituarlos correctamente y darles el lugar que se merecen. Cabe recordar aquí que también Italia ha sufrido sucesivas reformas de sus leyes civiles,

(3) Me refiero en especial a los siguientes textos: CÓDICE DI PROCEDURA CIVILE, aprobado por el REGIO DECRETO 28 octubre 1940, núm. 1443 (G.U., núm. 253, 28 de octubre de 1940); CÓDICE DI PROCEDURA PENALE, aprobado por el REGIO DECRETO de 19 de octubre de 1930, núm. 1399 (G.U., núm. 253, suplemento de 29 de octubre de 1930), y la disciplina de la quiebra —FALLIMENTO—, aprobada por el REGIO DECRETO de 16 de marzo de 1942, núm. 267 (disciplina del fallimento, del Concordato preventivo, della amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa).

(4) V. su *Natura giuridica dell'ipoteca*, Milano, 1953.

(5) V. S. PUGLIATTI, «I rapporti unisoggettivo», en su *Diritto Civile*, 1958, págs. 518 y sigs.

(6) V. *Simulazione del negozi giuridici*, Utet, Torino, 1960; voz «Simulazione», en el *Novis. Dig. It.*, tomo XVII, Utet, Torino, 1957, págs. 359 y sigs.; «Le obbligazioni in generale», Utet, Torino, 1970; «Le obbligazioni pecuniarie», en revista *Banca, Borsa e Titoli di Crédito*, XXXII-1, 1969, págs. 428 y sigs.

merecedoras de los comentarios correspondientes, y los grandes temas *clásicos* del Derecho de Obligaciones quedaron asimismo un tanto relegados. Quizá hay tengamos una posible explicación del desconocimiento de esta obra, que, a mi modesto modo de ver, *continúa teniendo* una evidente importancia y un singular atractivo.

III. REFERENCIA AL TEMA DE LA OBRA

El volumen objeto del comentario aparece distribuido en un *Prólogo* (págs. 1-5), una parte *primera* dedicada a la ACCIÓN SUBROGATORIA —con dos capítulos (págs. 9-118)—, una parte *segunda* relativa a la ACCIÓN REVOCATORIA —con cinco capítulos (págs. 121-305)—, una parte *tercera* destinada al SECUESTRO CONSERVATIVO (un capítulo: págs. 309-341), un *índice* de autores, un *índice* alfabético y un *índice* relativo a los artículos de las leyes citadas en la obra.

Si hubiera que efectuar un acotamiento de **los puntos de mayor relevancia e interés**, necesariamente iba a desbordar los límites marcados para este pequeño trabajo. La interconexión entre los **aspectos sustantivos (materiales) y procesales (formales)** es demasiado trascendente y visible, lo que evidencia la amplitud de una investigación en tal sentido.

Teniendo en cuenta todos estos aspectos, voy a proceder a una voluntaria *reducción de la temática* que el texto va apuntando y a *una selección de aquellos temas, argumentos o repercusiones* en el ámbito inmobiliario que me han parecido relevantes.

IV. EL CONTENIDO DEL VOLUMEN

El aspecto relativo al **contenido** del volumen, en relación con la *distribución de las materias* del mismo, viene a ser, en esquema, como sigue:

Consideraciones introductorias

1. El *punto de partida* de N. DISTASO es el de considerar **bajo el mismo perñl funcional de «medios de conservación» de la garantía patrimonial** a los tres *remedios* objeto de análisis de la obra —la acción subrogatoria, la acción revocatoria, el secuestro conservativo—. Los tres institutos están respectivamente coordinados por su *finalidad práctica*. Observa el autor que las posibilidades de éxito de la acción ejecutiva pueden verse comprometidos por el comportamiento del deudor, y ante ese

posible comportamiento el ordenamiento jurídico *reacciona de diversas formas*:

- El *secuestro conservativo* va dirigido a impedir la destrucción o la ocultación material de los bienes, sustrayendo al deudor la disponibilidad de hecho de los bienes secuestrados (art. 2.906 CC italiano) (7).
- La *acción de simulación* va dirigida a neutralizar la ocultación jurídica de los bienes.
- La *acción revocatoria* va dirigida a neutralizar el efecto dañoso de las enajenaciones hechas por el deudor, con el resultado de sujetar a la ejecución forzosa el bien en cuanto al adquirente.
- La *acción subrogatoria* reacciona contra la inercia o la omisión del deudor al ejercitar sus derechos.

Es evidente que en todos los supuestos referidos se atiende *no* a la inmediata satisfacción del crédito, *sino a la simple conservación, en sentido lato*, de la garantía genérica del mismo, aunque sea en vista de la futura (o eventual) acción ejecutiva.

2. Sin embargo, de lo expuesto dice DISTASO que los institutos citados *no agotan* el campo de los *medios de conservación* de la garantía patrimonial, y cita *otros varios supuestos de tutela indirecta* de los derechos del acreedor *en la legislación italiana*.

Los presupuestos y condiciones de tales remedios variados no siempre coinciden, pero señala DISTASO que no cabe negar que *todos ellos tienen una función unitaria*: la de dar al acreedor una tutela preventiva de su derecho asegurando la posibilidad de ejecutar en concreto la responsabilidad patrimonial del deudor.

Parte primera (acción subrogatoria)

El legislador italiano de 1942 *en su artículo 2.900* ha visto cómo se colmaban muchas lagunas del texto anterior de 1865, aunque con ello no han quedado resueltos de modo definitivo los graves problemas teóricos del instituto ni las cuestiones que habían preocupado a la doctrina y a la jurisprudencia.

— La **SECCIÓN PRIMERA** está dedicada al examen de **la función, fundamento y naturaleza jurídica de la acción subrogatoria**. El autor pone de relieve, en primer lugar, **su finalidad** eminentemente conservativa

(7) V. **en nuestro Derecho** (arts. 1.397 y sigs. LEC).

y excluyendo su ejercicio cuando se trate de «derechos y acciones con contenido no patrimonial»; en segundo lugar, que el ejercicio de la acción es legítimo solamente si el deudor *descuida* ejercitar los derechos y acciones que le pertenecen contra un tercero, y en tercer lugar, que el requisito de que los derechos y acciones «deben tener un contenido patrimonial».

Para el autor, **la posición predominante en la doctrina** (PACCHIONI, BARASSI, MESSINEO, EULA, BIGLIAZZI-GERI, GIAMPICCOLO) y **en la jurisprudencia** (SS. de 9 agosto 1952, 30 octubre 1959, 30 junio 1960 y 17 febrero 1968) en Italia es la de entender *que la acción subrogatoria tiene una finalidad esencialmente conservativa*. De ahí que DISTASO afirme que el propósito al que esencialmente tiende la acción subrogatoria es el de la conservación de la garantía patrimonial, y su ejercicio puede llevar tanto al incremento como al mantenimiento de la originaria consistencia del patrimonio del deudor.

Para el autor es evidente cómo, **bajo el perfil funcional**, la acción subrogatoria es un medio conservativo cautelar, y la define como «un medio de tutela indirecta del derecho de crédito porque facilita la realización del mismo **coactiva e inmediatamente** (a través del ejercicio de la acción ejecutiva) o **mediatamente** (a través del ejercicio de la acción cautelar)».

En cuanto al **fundamento jurídico** de la acción subrogatoria, DISTASO opina que *lo que se tutela* a través de la acción subrogatoria *es el mismo derecho de crédito*, del cual se previene una potencial lesión asegurando la posibilidad de su futura realización. Esta acción subrogatoria, como bien señala NICOLO, «es un instrumento conservativo de tutela del derecho de crédito, dirigido a prevenir un daño futuro y a asegurar la actuación futura del derecho de crédito».

En cuanto a **la naturaleza jurídica** de la acción subrogatoria, dice DISTASO que la doctrina es unánime al considerar que no se trata de una acción típica de contenido particular: el acreedor que acciona *ex acción subrogatoria ejercita* pura y simplemente *la misma acción que corresponde al deudor contra el tercero*. Esto es, *no hay* un tipo de acción con un contenido uniforme, sino que *en la acción subrogatoria se dan cada una de las singulares acciones en concreto* pertenecientes al deudor que —en lugar de éste— son ejercitadas por el acreedor. Gráficamente lo expresa NICOLO (8): en relación con los terceros, el acreedor no ejercita acción alguna. Por todo ello, la doctrina italiana (GIAMPICCOLO, NATOLI), más que de acción subrogatoria en sentido técnico, habla de una «**legitimación subrogatoria**», es decir, de una potestad atribuida al acreedor de ejercitar

(8) V. NICOLO, «Azione surrogatoria», en el *Commentario del Codice Civile* da SCIALOJA-BRANCA (Tutela dei diritti, sub art. 2.900), Bologna, 1953, págs. 1-180, en especial pág. 20.

un derecho ajeno con eficacia inmediata para el titular. Esta *subrogación en el ejercicio* de un derecho ajeno se produce mediante lo que BUCCISANO (9) ha llamado un «acoplamiento de relaciones».

En orden a **la calificación jurídica del poder perteneciente al acreedor** que acciona *ex acción subrogatoria*, las soluciones tradicionales de la doctrina italiana giran en torno a los dos esquemas de la *sustitución procesal* (postura de la jurisprudencia) y de la *representación*.

Con el examen de **los variados aspectos procesales resultantes de la actuación del acreedor**, el autor pone fin a esta **SECCIÓN PRIMERA**.

— **La SECCIÓN SEGUNDA** analiza **los presupuestos y las condiciones de ejercicio de la acción subrogatoria**. Tras unas brevísimas precisiones introductorias, el autor —siguiendo a NICOLO— distingue entre **presupuestos** (momento **estático**) y **condiciones** (momento **dinámico**) de la legitimación subrogatoria.

En orden a los **presupuestos**, DISTASO exige tres: el crédito, el peligro de insolvencia y la inercia del deudor. El examen de cada uno es muy detallista y pormenorizado.

El crédito.—Presupuesto esencial para que surja la legitimación subrogatoria es *la cualidad del acreedor*. DISTASO insiste (con la doctrina dominante) en esta necesidad de la cualidad de *acreedor*: es necesario no aislar el presupuesto **estático** de la cualidad de acreedor del presupuesto **dinámico** del interés específico en evitar un daño. La cualidad de acreedor debe entenderse *en sentido amplio*.

El requisito de la patrimonialidad.—El artículo 2.900 exige que el derecho que el deudor olvida hacer valer tenga un contenido patrimonial. Para NICOLO es una exigencia que *no es* «grandemente apreciable», y observa que la necesidad del carácter patrimonial del derecho vendría ya *implícita* en la finalidad misma del instituto, dirigido a la conservación de la garantía genérica del crédito. Para NICOLO (10) la patrimonialidad es un requisito que se refiere al *objeto* del derecho, *no* ya al resultado inmediato del relativo acto de ejercicio creado por el acreedor. Sin embargo, observa DISTASO que *esta opinión* de NICOLO no toma en cuenta la noción de *estado* de la persona (tema sustraído a la disposición individual) ni las disposiciones legales vigentes (arts. 248, 249 y 267) y *es contradicha* por otras autorizadas opiniones (11).

La condición o requisito de que el crédito sea «no inherente» a la persona, no contemplada hoy en el vigente artículo 2.900 CC italiano, es entendida por NICOLO, más que como una nota conceptual fija, como una

(9) V. *La surrogazione per pagamento*, Milano, 1958, pág. 103.

(10) V. «Azione surrogatoria», en el *Commentario...*, cit., págs. 92 y sigs.

(11) V., entre otros, Cicu, BETTI, NATOLI, BIGLIAZZI-GERI.

cualidad que se determina en relación a la naturaleza y al contenido de los derechos respecto de lo que es la estructura y la función de la acción subrogatoria. Es decir, solamente un criterio *teleológico*, fundado en la valoración de los intereses en conflicto, puede ayudar al intérprete, ya sea en la formulación de criterios abstractos, ya sea en la resolución de los problemas concretos.

Considera DISTASO *inadmisibile* la legitimación del acreedor respecto de los derechos reales y los otros derechos de carácter absoluto (ligados al *status* del sujeto) de todos los actos en los que se exterioriza la facultad de disposición del derecho y los actos de disfrute que comportan la gestión del bien objeto del derecho del mismo y de los derechos potestativos.

Para el autor, donde la intervención subrogatoria tiene más amplias posibilidades de aplicación es en el campo de los *derechos de crédito*, distinguiendo entre ellos los de carácter primario y los de carácter secundario, y analizando el *objeto* del derecho cuando la incertidumbre deriva de un «*facere*» o un «*non facere*» del deudor.

La inercia.—A diferencia de la acción revocatoria, que presupone la existencia de un comportamiento *activo* de deudor del que deriva un peligro de daño para los intereses del acreedor, la acción subrogatoria se funda en un comportamiento *omisivo* del deudor que justifica la intervención sustitutiva del acreedor a los fines de conservar la garantía genérica del crédito.

Es por tanto un requisito básico de la acción subrogatoria *el no ejercicio* del derecho por parte del deudor. Ha podido escribir autorizadamente GIAMPICCOLO que no basta la situación de peligro, es necesario que la misma esté *en relación causal* con una conducta omisiva del obligado que determine o agrave (si ya existía) aquel peligro: donde falta tal extremo, no hay lugar a la intervención del acreedor *ex* acción subrogatoria (12).

No se requiere que la inercia sea imputable ni que sea culposa.

El *que la inercia sea objetivamente justificada* divide a la doctrina: DISTASO, siguiendo a GIAMPICCOLO, entiende que *donde no se presente* el extremo del descuido (inercia objetivamente *injustificada*) del deudor, *falta* sin más un presupuesto de la potestad subrogatoria.

Para la *valoración concreta* de la inercia y *el tiempo* de la misma: son cuestiones de mero hecho a valorar por el Juez conforme a las reglas de la experiencia.

La inercia debe ser *actual* y *efectiva*. No es necesario que sea total, pudiendo ser *parcial*.

En cuanto a **los elementos característicos constitutivos de la inercia**, DISTASO sigue a la doctrina autorizada y afirma que el elemento *discrecional*

(12) V. GIAMPICCOLO, VOZ «Azione surrogatoria», en *Encicl. del Dir.*, Milano, 1959, tomo IV, págs. 950-961: en especial págs. 953 y sigs.

de la inercia no está en su gravedad o en su duración, sino en el *peligro* que el retraso puede causar al acreedor; que ninguna inercia —aun prolongada— puede dispensar del ulterior requisito del *perjuicio*. Por todo ello entiende, con SACCO, que el requisito de la inercia se compone de *dos elementos*: a) la circunstancia de que el deudor *no haya ejecutado* en el pasado un cierto acto de ejercicio del derecho, y b) la circunstancia de que el ejercicio omitido, prolongado hacia el futuro, *pueda perjudicar* al acreedor.

El peligro de insolvencia.—Solamente cuando para el acreedor se *perfila un peligro efectivo de lesión* a su derecho, esto es, un peligro de *insolvencia* del deudor, es cuando su interés en orden a la conservación de la garantía patrimonial deviene un interés protegido y justifica la intervención sustitutiva *ex acción subrogatoria*.

El autor, siguiendo a BIGLIAZZI-GERI, dice que el *eventus damni* —al que el art. 2.900 no se refiere, a diferencia del art. 2.901 para la acción revocatoria— es un requisito que, pese al silencio de la Ley, debe considerarse necesario a los fines del ejercicio de la acción subrogatoria, esto es, precisamente en consideración al propósito esencialmente cautelar-conservativo de ella (13).

Ello no obstante, el autor, siguiendo a SACCO, cree se debe hablar de un *genérico* peligro de insolvencia del deudor y *no* ya de un «específico» peligro de pérdida de las garantías con las cuales pueda contar el acreedor (por ejemplo, con la acción subrogatoria no solamente se crean hechos *adquisitivos* de pérdida de derechos o hechos dotados de efecto retroactivo idóneos para eliminar pérdidas producidas con anterioridad).

— El autor entiende que entre el «*eventus damni*» y la inercia del titular del derecho debe subsistir un específico *nexo de causalidad*, el cual permita afirmar que el perjuicio al acreedor aparece como consecuencia inmediata y directa del comportamiento omisivo del deudor.

El ejercicio de la acción subrogatoria. Trata el autor de investigar, en orden al «acomplamiento de relaciones» en que la acción subrogatoria se desenvuelve, *cuál posición* asumen los tres sujetos interesados —acreedor, deudor, tercero— y *cuáles efectos* se sigue de ello para cada uno.

De las consideraciones precedentes derivan —en cuanto al **ejercicio** de la acción subrogatoria— una serie de *consecuencias* claras para NICOLÒ (14) —que acepta DISTASO—: *en relación con el titular del derecho, en cuanto al poder del acreedor de disponer de la pretensión por él ejercitada, en orden a la carga de la prueba y en orden a las reglas de competencia.*

— Examina finalmente el autor **otros supuestos de hecho análogo a la**

(13) V. BIGLIAZZI-GERI, «Dell'azione surrogatoria», en el *Commentario del Codice Civile*, Tutela dei diritti, Torino, 1964, págs. 4-85: en especial págs. 73 y sigs.

(14) Así en NICOLÒ, «Azione surrogatoria», en el *Commentario...*, cit., pág. 173.

acción subrogatoria a lo largo del Código Civil italiano y entiende que tales hipótesis presentan *dos afinidades sustanciales* con el instituto de la acción subrogatoria: *una*, en cuanto al aspecto funcional; *la otra*, en cuanto al aspecto estructural.

Parte segunda (acción revocatoria)

— La **SECCIÓN PRIMERA** la desarrolla el autor examinando **la función y fundamento y la naturaleza jurídica de la acción revocatoria**, así como **el poder expectante del acreedor accionante en revocatoria**.

Los **orígenes históricos** y la derivación **romanística** de la acción revocatoria son examinados con rigor por DISTASO basándose en las investigaciones de los romanistas italianos (TALAMANCA, IMPALLOMENI).

Función de la acción revocatoria. De modo *genérico* va incluida como un medio dirigido a la *tutela conservativa* del derecho del acreedor (arg. 2.740 CC) (15). De modo *específico* se caracteriza por la manera a través de la cual permite al acreedor alcanzar el propósito común, que es el de la conservación de la garantía patrimonial.

Para DISTASO es obvio pueden hacerse las *afirmaciones* siguientes:

- *La declaración de revocación* opera directamente sobre el acto y sobre sus efectos específicos.
- *El tercero adquirente* conserva, aun después de tal declaración, la cualidad de propietario del bien objeto del acto fraudulento.
- *El sujeto pasivo* de la ejecución forzosa es el «tercero adquirente».

En síntesis: para DISTASO la acción revocatoria *no opera ningún retorno* del bien al patrimonio del deudor: el bien es afectado por la acción ejecutiva respecto del tercero adquirente. Lo cual viene a ser equivalente a *poner en duda la validez* de la adquisición del derecho por el tercero: el tercero, que sigue siendo «propietario», está expuesto a la acción ejecutiva **como si** el acreedor tuviere sobre el bien un derecho de preferencia.

La aplicación a unos *particulares tipos de actos* (constitución de derecho real de garantía, asunción de una obligación) de la acción revocatoria es analizada por el autor con especial rigor.

Fundamento de la ineficacia del acto. Para DISTASO parece claro que el fundamento radica en la misma *ilicitud* del comportamiento del deudor. Esto es la doctrina dominante, pero el autor dedica su atención a la posición de tres autores consagrados: NICOLO, BETTI y NATOLI.

(15) Es equivalente a nuestro artículo 1.911 CC español.

Posición de NICOLÒ. La ineficacia del acto es *originaria*. Por lo tanto, la acción revocatoria tiene naturaleza *declarativa*, puesto que consiste en la fijación de un vicio del acto coetáneo a su nacimiento.

Posición de BETTI. *El hecho constitutivo* de la acción revocatoria es todavía hoy —como lo era en el Derecho romano— *un ilícito*: el «**fraus creditorum**». Este consiste en la *consciencia*, en la *previsión* del perjuicio que el acto de disposición causa a la garantía patrimonial. El problema *central* es el de cómo sea configurable bajo el perfil subjetivo un ilícito que es cometido por un tercero adquirente.

Para BETTI la acción no puede ser de nulidad: es *de rescisión*, en *sentido lato*, porque tiende a *rescindir*, o sea, a paralizar los efectos del acto de disposición efectuado en la medida en que perjudique la garantía patrimonial de los acreedores accionantes. Por lo tanto, el pronunciamiento —de reintegración de la garantía patrimonial— sólo puede ser de carácter *constitutivo* de la ineficacia del acto.

Posición de NATOLI. Entiende que hay *siempre* un ilícito —contractual o extracontractual, según los casos— *a parte debitoris*: esto es lo que sustancialmente se admite cuando se exige su «consciencia» del perjuicio de los acreedores. En lo demás —y *exceptuada* la hipótesis de acto a título gratuito (la posición del destinatario es irrelevante)— se exige siempre que el *tercero adquirente* sea «partícipe» del ilícito del deudor. Lo cual se explica por este autor en razón del particularísimo *carácter doblemente relativo* de la ineficacia misma: entiende que en la declaración de revocación hay *una ineficacia doblemente relativa, limitada en un doble sentido*: uno, en cuanto a los sujetos, y otro, en cuanto al ámbito de aplicación.

Naturaleza jurídica de la acción revocatoria. Para DISTASO hay que *excluir* que se trate de una acción de nulidad o anulabilidad, ni de acción constitutiva, restitutoria o recuperatoria: tiene siempre una naturaleza *declarativa*, ya que con ella se tiende a fijar un vicio del acto coetáneo a su nacimiento.

Por lo tanto, la ineficacia del acto es *originaria*, en el sentido de que el acto ejecutado por el deudor está viciado desde el momento en que fue creado y el *vicio* es consecuencia de la *falta* de uno de los presupuestos necesarios para un ejercicio útil e ilimitado del poder de disposición.

— La **SECCIÓN SEGUNDA** está dedicada a **los presupuestos** de la acción revocatoria, que vienen determinados en el artículo 2.901 CC italiano (16): *a*) la subsistencia de un derecho de crédito; *b*) el perjuicio acarreado por el acto de disposición a la garantía patrimonial de dicho débito («*eventus damni*»); *c*) un comportamiento subjetivo del deudor y

(16) Sin equivalente en nuestro Código Civil español.

—en caso de acto a título oneroso— también por parte del tercero («*consilium fraudis*»).

a) *La subsistencia del crédito*

La acción revocatoria es concedida solamente a quienes tengan un *derecho de crédito* contra el deudor. La cualidad de *acreedor* es, por tanto, un elemento esencial para la aplicación del instituto.

Los caracteres del crédito. El acreedor deberá probar la *existencia* del crédito, y para ello puede valerse de todos los medios de prueba judiciales o extrajudiciales. No cabe exigir al acreedor que accione *ex* acción revocatoria que tenga un título ejecutivo. Tampoco son necesarias las cuotas de *liquidez* y de *exigibilidad* del crédito —art. 2.901 CC—, lo que —para NATOLI— es una cosa conforme a la función *conservativa* de la acción. Como consecuencia, tampoco es necesario que el crédito sea *anterior* al acto del deudor: el artículo 2.901 CC ha innovado en este punto la regulación del Código Civil de 1865.

b) *El «consilium fraudis»*

Tradicionalmente viene llamándose así al elemento *psicológico* o *subjetivo* del acto de disposición creado en perjuicio del derecho del acreedor.

El Código de 1942 vigente, en su *artículo 2.901.1.º*, determina el contenido del «*consilium fraudis*» y exige una medida diversa de la intención fraudulenta, según que los actos de disposición ejecutados por el deudor sean *anteriores* o *posteriores* al nacimiento del crédito: si son *anteriores*, es necesario que *animus nocendi*, o sea, que el acto haya sido dolosamente preordenado con el fin de perjudicar al acreedor, exigiéndose un *dolo específico* (17); si sin *posteriores* —*supuesto normal*—, bastará el simple conocimiento en el deudor del perjuicio que el acto reportaría a los acreedores, lo que *no es equivalente* a un *dolo genérico* (18).

(17) V. NATOLI, «Azione revocatoria», en *Encicl. del Dir.*, tomo IV, Milano, 1959, págs. 888-901, en especial pág. 892, nota 6: «El acto debe aparecer como el instrumento de una maquinación preordenada para crear una situación de perjuicio para el futuro acreedor».

(18) V. NICOLO, «Azione revocatoria» en el *Commentario del Codice Civile* de SCIALOJA-BRANCA («Tutela dei Diritti», sub arts. 2.901-2904), Bologna, 1953, págs. 181-271, en especial pág. 212: «Necesario el conocimiento efectivo, no basta la simple "previsibilidad" (*sic*); se trata de una previsión efectiva, no una posibilidad de previsión: si el deudor no tiene una tal consciencia, no cabe la admisión de la acción».

DISTASO considera que la posición de BIGLIAZZI-GERI es exacta al entender el «conocimiento» como simple «previsibilidad» (19) del daño: *por un lado*, en la práctica puede borrarse la distinción entre conocimiento efectivo y simple posibilidad de conocimiento; *por otro lado*, en la práctica la prueba del conocimiento efectivo en la mayoría de los casos deberá deducirse presuntivamente del grado de «previsibilidad» del resultado atendidas las circunstancias propias del caso concreto.

c) . El «*eventus damni*»

1. El artículo 2.901 CC vigente habla de «**perjuicio a los derechos del acreedor**», pero *no* de «daño». No obstante, la generalidad de la doctrina italiana considera que equivale esta expresión, en general, a un reconocimiento de la *amplia noción* del elemento objetivo de la acción revocatoria que bajo el Código Civil de 1865 habían elaborado doctrina y jurisprudencia. En tal sentido, el *elemento objetivo* debe ser entendido como *peligro de daño*.

Para NICOLO lo importante es que, como consecuencia del acto del deudor, la posibilidad de ejecución forzosa corra el riesgo de quedar frustrada en todo o en parte. Considera *prácticamente imposible* catalogar todas las hipótesis en las que puede producirse el necesario peligro del daño: se trata de *un elemento a señalar caso por caso*.

2. El **acto en que se traduce el comportamiento del deudor** debe ser *un acto jurídico en sentido técnico*, esto es, un verdadero «comportamiento» que agota su contenido en una manifestación de voluntad negocial.

Solamente cabe tomar en consideración los actos *inter vivos*, no los *mortis causa* (en éstos, *después* de la muerte del deudor, la tutela de los acreedores queda asegurada mediante un mecanismo *diversó*).

Solamente cabe sujetar a revocación los *actos válidos y eficaces*, esto es, idóneos para producir una modificación de la situación patrimonial del deudor en la cual se concrete el «*eventus damni*».

Por lo tanto, quedan *excluidos* los actos **nulos** (arg. art. 1.415 CC). *¿Qué respecto a los actos simulados?* El autor se muestra *partidario de la admisibilidad* de la acción revocatoria contra los actos simulados, dado que la estructura formal del acto *aparente* se manifiesta en las relaciones de la vida como una realidad y despliega todos sus efectos *como si* fuese realidad.

DISTASO *diferencia* perfectamente **las acciones de SIMULACIÓN y REVOCATORIA**: 1) por su naturaleza; 2) por los sujetos; 3) por los efectos, y 4) por la prescripción.

(19) Empleo *el mismo término italiano* usado por el autor, **sin equivalente** en nuestro Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

3. **El acto del deudor debe tener naturaleza dispositiva.** El artículo 2.901 CC declara sujetos a la acción revocatoria «los actos con los cuales el deudor ocasione perjuicio a los derechos de los acreedores», lo que evidencia el nexo de causalidad entre el acto del deudor y el «*eventus damni*» a su cargo.

El acto revocable debe tener carácter *dispositivo*, quedando *excluidos* los actos de administración. Lo que equivale a decir que debe tratarse de actos no sólo con relevancia modificativa (negativa) de la situación jurídico patrimonial del deudor (enajenaciones, constitución de derechos reales...), sino también que correspondan expresamente a la decisión arbitraria del mismo deudor (de «disposición», esto es, una decisión arbitraria sobre la suerte jurídica y económica del bien).

4. **El acto dispositivo efectuado por el deudor puede ser a título oneroso y a título gratuito** y la revocación puede afectar a unos y a otros, exigiendo la ley diferentes condiciones para ello. Mientras que **en los a título gratuito** basta considerar la sola posición del deudor, **en los a título oneroso** se presenta una mayor complejidad al exigir en el tercero adquirente o bien la *scientia damni* (acto posterior al crédito) o bien la *scientia fraudis* (acto anterior al crédito).

DISTASO intenta proceder a la individualización de *un criterio general distintivo* de los actos a título oneroso y de los a título gratuito. Dado que la ley no procede a precisar este criterio, la determinación de este punto corresponde al intérprete.

Pasa luego DISTASO al análisis de **una serie de supuestos específicos** para determinar si son constitutivos de actos a título oneroso o a título gratuito.

— La **SECCIÓN TERCERA** se dedica al examen de la **actuación** de la acción revocatoria.

En primer lugar, con un minucioso análisis, DISTASO pasa revista a **las varias formas de actuación de la acción**, que pone en relación con *la función propia* de ésta. Explica así cómo la actuación de la acción revocatoria se desenvuelve *en dos fases*: *una*, cuyo objetivo es la declaración de ineficacia (relativa) del acto de disposición del deudor; *otra*, en orden a la realización de las medidas de tutela ulteriores que la ley reconoce al acreedor sobre la base de aquella declaración.

En segundo lugar, estudia DISTASO **la posición especial de los subadquirentes**. En el nuevo Código, artículo 2.901, *punto final*, se equipara sustancialmente la posición del *subadquirente* con la del *primer adquirente*. El autor distingue según los subadquirentes lo fueren de bienes inmuebles, de bienes muebles registrables o de bienes muebles no registrables.

Estudia seguidamente el autor los aspectos procesales relativos a la

legitimación activa, legitimación pasiva, carga de la prueba, competencia por razón del territorio, competencia por razón del valor, reconvencción y excepción revocatorias, ejercicio de la revocatoria y fijación judicial, y finalmente el punto de la relación de la acción revocatoria con las acciones de rescisión y de anulación.

— La **SECCIÓN CUARTA** va dedicada por el autor a **los efectos** de la revocación. Para examinar genéricamente, *en primer lugar*, el punto de la relatividad de los efectos; *en segundo lugar* estudia las variadas posiciones de cada uno de los interesados —acreedores, deudor, terrenos subadquirentes—; *en tercer lugar* examina las repercusiones fiscales de la revocación; *en cuarto lugar* estudia la prescripción de la acción, y *en quinto lugar* analiza las causas de extinción del crédito y de la acción revocatoria y de las otras acciones de ella dependientes.

1. **Relatividad de los efectos.** Se habló anteriormente de la *ineficacia doblemente relativa* de la declaración de revocación en orden al acto dispositivo revocado. Ello comporta algunas *consecuencias*: en orden al deudor y en orden al tercero adquirente ejecutado.

2. **La segunda fase de actuación de la acción revocatoria.**

Se dijo antes que la ineficacia del acto es *originaria* y que la acción tiene naturaleza *declarativa* ya que consiste en la fijación de un vicio del acto coetáneo a su nacimiento. En orden a **las consecuencias de ello derivadas respecto de los interesados**, el autor examina las *diversas posiciones*: **en orden al acreedor, en orden al deudor y en orden al tercero subadquirente.**

Finaliza DISTASÓ el examen de la acción revocatoria analizando los puntos 3, 4 y 5, relativos respectivamente a **repercusión fiscal de la acción revocatoria, prescripción de la acción y extinción del crédito y de la acción.**

— La **SECCIÓN QUINTA** la dedica DISTASO al examen de **las relaciones de la acción revocatoria con el Derecho de Quiebras y con el Derecho Penal.**

1. Norma del artículo 2.904 CC italiano (20)

Constituye una norma *de reenvío* que excepciona aquellas disposiciones especiales que disciplinan —en distintas sedes— los temas relativos a la acción revocatoria en materia de quiebras y en materia penal.

(20) Sin equivalente en el Código Civil español.

2. Relación de la acción revocatoria con el Derecho de Quiebras

DISTASO entiende que la quiebra introduce determinadas *modificaciones* en la disciplina de la acción revocatoria y examina las *reacciones* de la quiebra.

El autor considera que existe *una doble reacción de la quiebra: por una parte*, al *modificar* algunos aspectos de la normativa de la acción; *por otra parte*, al disponer una serie de *presunciones* en orden a los presupuestos de la acción.

De las **presunciones** derivan unas *consecuencias*:

- *En unos casos*, puede no ser necesaria una declaración judicial de ineficacia, derivando automáticamente ésta de la sentencia declaratoria de la quiebra (es esta la llamada **ACCIÓN REVOCATORIA ORDINARIA EN LA QUIEBRA**).
- En otros casos tales presunciones simplifican notablemente el ejercicio de la acción revocatoria, dispensando al accionante de probar sus presupuestos o consintiéndole probar hechos diversos más fácilmente demostrables (es esta la llamada **ACCIÓN REVOCATORIA CONCURSAL**).

En cuanto a las **modificaciones** que la quiebra introduce en la disciplina de la **ACCIÓN REVOCATORIA ORDINARIA**, analiza DISTASO las *repercusiones* en el ámbito sustantivo y en el ámbito procesal como sigue:

- *Desde el punto de vista sustantivo*. La modificación afecta a los efectos de la acción, ya en orden a los beneficiarios de la acción, ya en orden al tercero partícipe del acto declarado ineficaz.
- *Desde el punto de vista procesal*. La modificación afecta al *ejercicio en juicio de la acción* en orden a la legitimación activa y pasiva y en orden a la competencia.

3. Naturaleza de la ACCIÓN REVOCATORIA CONCURSAL

Plantea la doctrina italiana más autorizada *la cuestión acerca de la identidad o no de naturaleza entre la acción revocatoria ordinaria y la acción revocatoria concursal*!, con las *posiciones* encontradas que el autor resume seguidamente.

A) **Doctrina dominante** (FERRARA, DE MARTINI, PAJARDI, NICOLÒ, PICARRO). Entiende que la *acción revocatoria concursal* viene a ser expresión del mismo principio en que está inspirada la *acción revocatoria ordinaria* y

participa de su misma esencia. Dice muy gráficamente FERRARA (21) que «con estas denominaciones no se quiere expresar una duplicidad de acciones, sino más bien un diverso comportamiento *de la misma acción* por el juego de presunciones».

En *el plano procesal* (los *presupuestos* de la acción) es la Leg. Fall. (art. 66) la que no sólo no los modifica, sino que *remite* a las normas generales del Código Civil.

B) **Doctrina discrepante** (SATTA, BONELLI, MAFFEI ALBERTI). La opinión de la doctrina predominante es contestada desde un doble perfil, por un lado, y desde el elemento objetivo, por otro lado.

1) SATTA entiende que, *desde un punto de vista funcional*, la acción revocatoria ordinaria y la acción revocatoria concursal son una sola acción más o menos modificada en su ejercicio por la quiebra sobrevenida, pero que *desde el punto de vista de los presupuestos* ambas son acciones distintas.

2) BONELLI cree que no deberían *distinguirse* los acreedores entre anteriores o posteriores del acto, debiendo ser suficiente *en cuanto a todos indistintamente* la prueba de la *culpabilidad* en el perjuicio exigida o sólo al tercero contratante o también al deudor.

3) MAFFEI ALBERTI parte de la constatación de que existe una *discordancia absoluta* sobre la configuración del «*eventus damni*», considerado por la doctrina como *presupuesto necesario* de la acción revocatoria concursal, y precisamente se hace derivar de tal configuración la *identidad* entre acción revocatoria ordinaria y acción revocatoria concursal, llegándose a sostener incluso que en la acción revocatoria concursal el «*eventus damni*» consiste en la lesión de la «*par conditio creditorum*». Dado que la *realización de este principio* de la «*par conditio*» es un resultado que solamente puede obtenerse a través de la quiebra (también al final del procedimiento concursal), se pregunta en base a *cuáles criterios* puede determinarse cuándo un acto *anterior* a la quiebra sea o no lesivo de la «*par conditio*». Aquí *lo relevante* es el conocimiento o ignorancia de la subsistencia objetiva del estado de insolvencia. La acción revocatoria concursal lo que hace es tender a la *distribución de la pérdida* derivada de la quiebra entre los causahabientes del empresario devenido quebrado, pero sin tomar en consideración el carácter *dañoso* de los actos originados.

(21) V. FERRARA, // *fallimento*, 2.^a ed., Milano, 1966 (1.^a ed., Milano, 1959, pág. 276); voz «Azione revocatoria fallimentare», en *Encicl. del Dir.*, vol. IV, 1959, págs. 901-925.

4. Acción revocatoria en el proceso penal

Es la acción que ejercitan los *titulares de los créditos derivados del delito* para obtener la revocación de los actos cometidos por el culpable en fraude de sus derechos.

El *fundamento* de esta acción es el mismo que el de la acción revocatoria ordinaria, con determinadas especialidades en orden a *agilizar* trámites procesales.

El *efecto típico* de la acción es determinado en relación a un conjunto de *presunciones*, según los actos ejecutados por el culpable lo fuesen *antes* del delito (presunción de ineficacia a *condición* de probar el dolo) o *después* del delito (la misma presunción en los actos a título *oneroso*, y presunción simple de ineficacia en los actos a título gratuito).

Parte tercera (secuestro conservativo)

DISTASO procede en la parte final de la obra a un examen panorámico de las *medidas de tutela cautelar provisional*, y en especial del **secuestro conservativo**.

1. El secuestro conservativo como medida cautelar provisional

DISTASO sigue a la doctrina más autorizada (CHIOVENDA, CALAMANDREI, CONIGLIO) y entiende que esta medida (secuestro conservativo) se obtiene a través del ejercicio de una acción *aseguradora*. Discuten los autores italianos acerca de si las *providencias cautelares en general* tienen como fundamento una *acción* o si más bien son *una medida más* de entre los amplios poderes instrumentales del Juez: *es predominante* la doctrina que considera a toda medida aseguradora o cautelar como *una pura acción*.

El secuestro conservativo es, por tanto, *una medida cautelar*, que nace al servicio de una providencia definitiva que se obtendrá en el *juicio sobre el fondo*: sirve para asegurar la indisponibilidad de los bienes que podrán ser objeto de ejecución. Pero esto *no equivale* a que el secuestro conservativo sea *un acto preparatorio de la ejecución*, sino que en sustancia consiste en *una anticipación del embargo* (22) —y, por tanto, de la acción ejecu-

(22) La palabra italiana «**pignoramento**» tiene diversos sentidos, pero *en sentido jurídico propio* es equivalente a la española «**embargo**». Para una aclaración en beneficio del curioso lector, remito a la distinción entre PIGNORAMENTO y PEGNO, y a la versión de A. FAVATA, *Dizionario dei termini giuridici*, ed. La Tribuna-Piacenza, 8.^a ed., 1983, págs. 230 y 236.

tiva— en el que de hecho automáticamente *se convierte* a continuación de la condena ejecutiva pronunciada sucesivamente (23). Como las restantes providencias cautelares, y a semejanza suya, también en el secuestro conservativo se da la *nota típica y característica* de la relación de *subsidiariedad* o de *instrumentalidad* que les liga a la providencia definitiva en previsión de la cual se han dado.

2. El secuestro conservativo como medio de conservación de la garantía patrimonial

El Código Civil de 1942 vigente coloca sistemáticamente al secuestro conservativo inmediatamente *después de* la acción subrogatoria y de la acción revocatoria. Y así lo dispone en sus artículos 2.905 y 2.906 (24).

DISTASO aclara que con esta normativa sobre el secuestro conservativo el Código Civil se limita a indicar su existencia y efectos sustantivos, procediendo a un doble *reenvío*: *una vez*, a las normas del Códice di Procedura Civile, y *otra vez*, a las reglas relativas al embargo.

Esta ubicación *sistemática* evidencia que el secuestro conservativo es un medio *de conservación* de la garantía patrimonial y que tiene *su fundamento* en la responsabilidad patrimonial del deudor. Dado este carácter «conservativo», se trata de un medio de *tutela indirecta* del derecho de crédito en cuanto que *conserva* el objeto de la responsabilidad del deudor y asegura —a través del éxito de la acción ejecutiva— la realización coactiva del derecho de crédito.

Como *típica medida cautelar*, el secuestro conservativo tiende a *asegurar* la garantía del acreedor sobre los bienes del deudor contra el peligro de sustracciones o enajenaciones de los bienes mismos. Su *punto esencial de referencia* es el peligro de no ser pagado que tiene el acreedor de tener que quedar a la espera de una providencia judicial que dé eficacia al título ejecutivo.

3. Las condiciones del secuestro conservativo

Son *requisitos o presupuestos* del secuestro conservativo: un crédito a garantizar y la posibilidad de un daño.

a) *Posibilidad del derecho* (crédito).—Pueden solicitar el secuestro conservativo quienes sean titulares de un derecho de crédito, cualquiera que fuere su origen, sea condicional o a término, líquido o ilíquido.

(23) V. sobre esta «*conversión*», CONIGLIO, // *sequestro giudiziano e conservativo*, 3.^a ed., Milano, 1949, págs. 179 y sigs.

(24) Ambos preceptos **sin equivalentes** en el Código Civil español.

Puede solicitarse el secuestro conservativo tanto *durante la pendencia* del juicio en orden a la fijación de la ineficacia del acto de enajenación como *después* de obtenida la sentencia declaratoria de la ineficacia.

b) *Posibilidad del daño*.—Como al artículo 671 CPC, la denominada «*causa arresti*» consiste en el fundado temor de perder las garantías del crédito.

La *posibilidad del daño* puede deducirse —según constante jurisprudencia—, ya de elementos *objetivos* relativos a la consistencia del patrimonio del deudor, ya de elementos *subjetivos* determinados por circunstancias procesales y extraprocesales.

El llamado «*periculum in mora*» —que puede hacer fundada la posibilidad de un daño futuro con el fin de justificar la concesión del secuestro conservativo— puede deducirse —*en vía alternativa* y no necesariamente coexistente—, ya sea de elementos objetivos, ya sea de elementos subjetivos. La subsistencia de dicho «*periculum*» debe ser valorada con referencia a la situación del tiempo en que la providencia cautelar fue concedida y ejecutada.

4. Los efectos del secuestro conservativo

Por virtud del secuestro conservativo se sujetan los bienes que de él son objeto a *custodia* (art. 678, en relación con los arts. 520, 521, 546, 579 y 559 CPC). La *custodia*, a cargo del mismo deudor o de persona diversa, es un elemento constante en orden a *asegurar* la conservación y administración de los bienes.

El secuestro conservativo conlleva no sólo la *pérdida del goce o disfrute* de la cosa, sino también la *limitación* del poder de disposición del deudor secuestrado: crea sobre los bienes objeto de él *un vínculo de indisponibilidad* que da lugar a la *ineficacia* de eventuales enajenaciones y otros actos de disposición (art. 2.906.1.º CC).

A su vez, la ineficacia dicha conlleva *una remisión* a la normativa sobre el «embargo» (arts. 2.902-2.918 CC).

La *consecuencia* es clara: el vínculo de derecho sustantivo continúa *sicut et in quantum*, produciendo sus efectos entre quienes lo crearon y respecto de terceros (25). Derivan de aquí las *limitaciones jurídicas* al poder de disposición del deudor, las cuales afectan a los actos de enajenación y constitutivos de derechos reales limitados y a los actos constitutivos de derechos de prelación.

(25) Así, en ANDROU, *Commento al Codice de procedure Civile*, vol. III, Napoli, 1947, págs. 51 y sigs., y vol. IV, Napoli, 1964, págs. 147 y sigs.; y en el *Commentario del Codice Civile* (dir.: SCIALOJA-BRANCA), Bologna, 1960, págs. 272 y sigs.

La exposición pormenorizada de DISTASO en orden a la *remisión* a la disciplina del embargo y a la *incidencia* sobre los poderes del acreedor y los derechos del deudor puede ser sintetizada en relación con los *perfiles* de los actos de enajenación, del tratamiento jurisprudencial, de la eficacia *erga omnes* y las características de la «*realidad*» (26) y de la conexión con la acción ejecutiva.

a) *Actos de enajenación*.—El *problema central* es el de determinar la *relación entre el poder del acreedor y el derecho del deudor*, esto es, el de explicar *cómo cabe conciliar* el hecho de la enajenación del bien embargado con la persistencia de la ejecución contra el deudor. El concepto de «ineficacia» adoptado por el Código Civil no parece aceptable, por lo que los autores italianos elaboran diferentes construcciones para explicar esta relación.

CARNACINI —entre otros— dice que *la propiedad* se transmite siempre y con relación a todos, *pero el bien pasa gravado con el embargo*, de tal modo que se tendría una ejecución contra un tercero por una deuda ajena aunque se hubiera promovido *formalmente* contra el deudor. De donde dicho autor deriva que *el embargo* —y con él la prohibición de enajenar— *no impide* los efectos normales de cada uno de los actos de enajenación a cargo del ejecutado, y en particular la transmisión del derecho afectado por el mismo embargo... El bien ya no continúa en el patrimonio del deudor, sino que «*transivit cum onere*», de tal modo que la situación de un inmueble embargado es *análoga* a la de un inmueble hipotecado en cuanto a la responsabilidad del tercero adquirente.

b) *Tratamiento jurisprudencial de los efectos sustantivos del secuestro conservativo*.—De las numerosas decisiones jurisprudenciales sobre este punto, señala DISTASO unas pocas en su calidad de relevantes.

c) *Eficacia «erga omnes» y características de la «realidad» en relación con el embargo*.—Analiza DISTASO la indisponibilidad ejecutiva derivada del embargo, sus características y efectos, y los coteja con los típicos que son propios de los llamados «derechos reales».

Entiende que *faltan* en el embargo aquellas manifestaciones típicas y características de los «derechos reales» cuales son el derecho de prelación (preferencia) y el derecho de persecución.

No hay un derecho de prelación o preferencia. Parte de la distinción de PUGLIATTI entre aspecto sustantivo y aspecto procesal *en orden* a la acción *ejecutiva* (cuyo ámbito de eficacia y su mecanismo efectivo son peculiares) y al derecho *de crédito* que está en la base del título ejecutivo de cada uno de los acreedores. Deduce DISTASO que *el derecho de garantía*

(26) Término **sin equivalente** en nuestro Derecho, es utilizado por DISTASO para describir los efectos característicos y propios de los *Derechos reales*.

—en su aspecto *procesal*— se resuelve únicamente en la facultad de reclamar, pero no en el derecho de obtener, que no puede ser *procesal*.

En consecuencia, si —junto a los acreedores que han inscrito— pueden intervenir en la ejecución otros autores aun no privilegiados si la cualidad de acreedor *embargante* no atribuye un derecho especial de prelación en la distribución de la suma obtenida, si el acreedor *embargante* no hace valer otra cosa que *su derecho de crédito* que se encuentra *en concurso* con el derecho de los otros acreedores..., *es evidente*, concluye DISTASO, que *falta* al vínculo derivado del embargo la típica expresión de la «realidad» que es la *prelación*.

No hay un derecho de persecución. Pone de relieve DISTASO cómo es sintomático y simplista que no *aparece* en la hipoteca ni en la prenda *algo que es propio* del secuestro conservativo o del embargo: la *indisponibilidad* del bien. Por otro lado, la ineficacia del acto dispositivo está *condicionada* no sólo a la existencia del embargo, sino a la *permanencia* de éste.

Comporta el embargo *un vínculo de naturaleza procesal*, conexo en su función a la satisfacción de los acreedores, de tal modo que la *enajenación* del bien embargado *es ineficaz respecto al proceso*, pero es plenamente *eficaz en el campo del derecho sustantivo* donde no hay proceso.

Excluidos por tanto los efectos de la «rei-persecutoriedad» en cuanto a terceros —así como también los efectos de la prelación—, cabe *concluir* que del embargo *no surge ningún derecho real* a favor del acreedor embargante y de otros acreedores intervinientes en la ejecución.

d) *Conexión del embargo con la acción ejecutiva.*—A pesar de lo expuesto, dice DISTASO que queda pendiente de explicación la típica «indisponibilidad» del bien propia del embargo y que tal nota debe buscarse en la misma *función procesal* de la acción ejecutiva.

Entiende que, aunque *ligado* a la relación jurídica sustantiva, el *procedimiento ejecutivo* tiene una autonomía plena y completa: *autonomía estructural*, no *funcional*. El proceso ejecutivo tiene una *función instrumental* respecto de la relación jurídica sustantiva y los elementos de la relación jurídica procesal se contagian del destino ulterior, de la sujeción representada por la situación de responsabilidad aneja al derecho sustantivo.

En consecuencia, la «indisponibilidad» de los bienes embargados *va coordinada* a los fines de venta y de la asignación posterior a los acreedores, o sea, a los fines de la ejecución misma. Teniendo este *vínculo* del embargo *su fuente* en el poder jurisdiccional del Estado, dicho vínculo *subsiste* el tiempo suficiente para beneficio del accionante y para los fines preordenados por el órgano público.

V. SOBRE EL TRATAMIENTO DADO A LA OBRA POR EL AUTOR

Una exposición sumaria, abreviada, de lo que es el **contenido** de este volumen aquí objeto de «re-visión» nos ha permitido ya detectar la importancia del mismo y el interés de las numerosas cuestiones planteadas. Una *acotación* de los **puntos relevantes** y merecedores de especial comentario parece así posible, pero no oportuna en este momento, quedando en consecuencia *tan sólo indicada* tras la referencia a dicho contenido en el **epígrafe** IV precedente.

Entre los diferentes *puntos de vista* utilizados por el autor, parece aquí conveniente aludir a los aspectos **formales y de fondo** que han llamado mi atención, en la forma que sigue.

A) ASPECTOS FORMALES

De entre los aspectos **formales**, presentan interés los siguientes:

La técnica empleada por el autor

Es curioso *el comienzo* de cada una de las tres PARTES de la obra, que contienen —junto al *sumario*— una cuidada y seleccionada *relación bibliográfica*. En cuanto a esta relación de autores, es asimismo curioso observar que el orden de presentación no es *ni el alfabético* por autores *ni tampoco el estrictamente cronológico* según el año de publicación de la obra seleccionada en cada parte del volumen. Por otra parte, aunque aparentemente esta relación bibliográfica aludida pretenda ser completa, sin embargo a lo largo del texto aparecen *otras citas* de autores y de obras no incluidas en la relación, pero a los que se refiere con la típica expresión de las citas (*op. cit.*). Es notable la reducción «*ad máximo*» de los autores elegidos: prácticamente *sólo* los autores *italianos*.

Una de las primeras cosas que llaman la atención en esta obra comentada es la total ausencia de *notas a pie de página*. Lo que ocurre es que las citas van frecuentemente incorporadas en el mismo texto una y otra vez.

Relevante es también la forma *cíclica* de tomar y retomar las argumentaciones introductorias —«*corsi e ricorsi*»— y llevarlas y traerlas **en cada una** de las *partes* principales en que la obra va dividida.

Otra característica es la abundante información en orden a las *sentencias* del Tribunal Supremo de Italia (Corte de Cassazione), *presentados en la forma habitual de citación*, esto es, *sin alusión* a las circunstancias fácticas ni a la *ratio decidendi*.

El *tratamiento* de cada *sector* o *materia* analizada y, dentro de ella, los puntos examinados es prácticamente exhaustivo, agotando toda la argumentación. De lo cual se resiente la longitud y la densidad de alguno de los capítulos de la obra.

El deslinde de *los planos* o *perfiles* de cada materia en orden a las vertientes *estructural* y *funcional* (27) parece claro en la mente del autor, y en algunos casos se trasluce y evidencia en la distribución práctica efectuada.

La *apoyatura en la doctrina más autorizada* suele ser constante, reiterativa y fundamentada casi siempre en la tríada NICOLÒ-NATOLI-BIGLIAZZI GERI (con alguna aislada alusión a PUGLIATTI).

El planteamiento en la *forma piramidal*, de arriba a abajo, conlleva la densidad y el alargamiento de los capítulos que quizá podría obviarse con un recurso a *subdistinciones* y *separación* de temas. Es ese planteamiento el que conduce a un enorme *casuismo*, por la referencia inevitable a los puntos de la exposición.

Terminología y lenguaje del autor

La dicción expresiva, esto es, *el lenguaje* empleado por el autor es enormemente diáfana. La dicción es omnicomprendiva, de forma tal que recoge una rica casuística, con enormidad de detalles y superdistinciones.

La terminología es tremendamente sutil y de gran riqueza expresiva, con la introducción de numerosos «neo-logismos» incluso en la propia lengua italiana, sobre todo en el ámbito estrictamente **jurídico**. Valgan como muestra *ad exemplum* las siguientes voces (28): oponibilidad, experimentabilidad, previsibilidad, realidad (**realità**: referida al ámbito de los derechos reales o de cosas), etc. Un ejemplo prototípico de esta manera de hacer del autor es patente en la voz **capiente** (29), que, a mi juicio,

(27) A tener en cuenta el dato de que la distinción entre los perfiles *estructural* y *funcional* de un instituto es de muy reciente acogida entre los juristas *latinos*.

A su aplicación al *contenido del contrato* se refería en su día ANTONIO CATAUDELLA: V. su *Sul contenuto del contratto*, ed. Giuffrè, Milano, 1966. Sobre los particulares de dicha doctrina, v. **mi recensión** en esta REVISTA, núm. 477, marzo-abril 1970, págs. 591 y sigs., especialmente págs. 584 y sigs.

(28) Todas ellas **sin equivalente alguno** en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

(29) Si abrimos un diccionario normal italiano-español, veremos que para la voz «**capienza**», en la entrada o apartado **For.** nos indica «capacidad del patrimonio frente a las pasividades correspondientes». Si luego abrimos un **diccionario jurídico italiano** (v. gr., el de ANGELO FAVATA, anteriormente citado), veremos que no aparece el citado término.

Si de ahí pasamos a nuestro «Diccionario de la Lengua Española», de la Real Academia Española, vigésima edición, 1984, tomo n, pág. 1258, encontramos el término

puede y debe entenderse en la lengua española como equivalente a **solvente** o **solvable**.

Las peculiaridades y características apuntadas en cuanto a la terminología del autor solamente se han puesto de relieve a modo de constatación de *las dificultades prototípicas usuales* que encuentra aquel que pretenda traducir correctamente del italiano. Muy bien ha podido escribirse recientemente (30): «... *hubo un tiempo no demasiado lejano en que se pensaba que si para traducir del inglés se necesitaba saber inglés, para traducir del alemán, alemán y así sucesivamente, no hacía falta este requisito para traducir del italiano, ya que, para hacerlo, con escribir bien en castellano y echar mano de vez en cuando de un buen diccionario bastaba; vamos, que como las lenguas son tan parecidas, las culturas tan similares, etc., era un trabajo que cualquiera podía realizar...*» De donde resulta que para este comentarista lo importante fue tratar de conseguir que mi versión, comentario y notas del texto de DISTASO ofrecieran en conjunto un contenido **global** que diera *una imagen* del texto original *exactamente idéntica* a la que pudieran obtener los receptores italianos del propio texto italiano.

Repeticiones y erratas

Las superdiferenciaciones y el afán del detalle en el autor conllevan el riesgo inevitable de *repeticiones* (31), bastante numerosas en la obra comentada.

Las *citas* bibliográficas, *incorporadas* al propio texto de la obra, pueden inducir a ligeras erratas (32), más fáciles de subsanar si hubieran sido puestas a pie de página.

«solvente», que en su *acepción* 4. señala «Capaz de cumplir obligación, cargo, etc., y más en especial, capaz de cumplirlos cuidadosa y celosamente».

Intimamente relacionado con este punto, en orden a la diferencia entre **insolvencia** e **insolvabilidad**, *vid.* DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo I, vol. II, Madrid, 1993, págs. 748 y sigs.

(30) V. ANGÉLICA VALENTINETTI, «Traducir del italiano», **Artículo** para el *dossier* titulado «El difícil lugar del traductor», en revista *Quimera*, núm. 140-141, octubre 1955, págs. 64-65 (subrayados míos: J. C. G.).

(31) Las denomino aquí con una R. Los números se refieren a los epígrafes o puntos del libro. Así, por ejemplo,: Consideraciones introductorias, págs. 1 y sigs. (R. =núm. 105, pág. 309); núm. 7, pág. 33 (R. = núm. 103); núm. 25, pág. 101 (R. = núm. 84, pág. 269); núm. 29, pág. 127 (R. = núm. 73, pág. 245, y núm. 88, pág. 275); núm. 30, pág. 131 (R. = núm. 32, pág. 138, y núm. 73, pág. 246); núm. 34, pág. 147 (R. = núm. 89, pág. 278); núm. 48, pág. 185 (R. = núm. 53, pág. 190); núm. 46, pág. 173 (R. = núm. 74, pág. 247); núm. 73, pág. 245 (R. = núm. 88, pág. 275).

(32) Así, por ejemplo: la cita de SACCO (pág. 100), la *autocita* del autor (núm. 113, pág. 334) y la referencia del artículo 524 CPC (*sic*) (pág. 113).

B) ASPECTOS DE FONDO

De entre los aspectos de fondo, son merecedores de especial atención los que siguen:

Presupuesto metodológico

Se acaba de apuntar el símil **geométrico**, alusivo a un planteamiento *piramidal* de la obra, en el sentido desde arriba hacia abajo, a modo de un presupuesto *dogmático-jurídico* no adornado de explicaciones o de argumentación que lo desarrolle. Si se me permite ahora un símil *vegetal*, entiendo que este texto vendría a ser a modo de un árbol robusto dotado de hojas perennes, efecto quizá de ese tratamiento completo de tipo dogmático.

Perfil genérico

El perfil *genérico* dado a este volumen {«*conservación de la garantía patrimonial*») parece apuntar a una investigación relativa a proposiciones *de tipo general y aplicabilidad directa* a cualquier situación jurídica incardinada dentro del «Derecho de obligaciones». Ello es tan solo aparente, y quiebra por varias razones: *en primer lugar*, la «obertura» inicial de DISTASO no tiene un desarrollo específico y determinado; *en segundo lugar*, el paradigma normativo queda *reducido* tan solo al ordenamiento italiano (CC de 1942, Legge Fallimentare, etc.); *en tercer lugar*, el análisis y la cita de la jurisprudencia italiana, como antes se dijo, están efectuados bajo el prisma *dogmático*, pero sin argumentaciones críticas ni desarrollo particularizado de los diferentes supuestos de hecho; y *en cuarto lugar*, ese pretendido planteamiento *genérico* insinuado al inicio de la obra *no lleva a unas consideraciones globales conclusivas* en orden al gran tema de la «conservación de la garantía patrimonial».

Perfil específico

Reducida la exposición sobre el tema efectuado por DISTASO a la contemplación panorámica y prácticamente exhaustiva de toda la doctrina y jurisprudencia **italianas**, queda evidenciado el carácter *específico y particularizado* de la obra, en el sentido de reducirse su contenido tan sólo al *Derecho italiano*.

De haber acudido a una perspectiva *comparatista mínima*, podía haberse efectuado una visión conjunta o cotejo de todos los ordenamientos europeos del tipo *latino*: Francia (y sus paralelos del bloque del Código Napoleónico), Italia, Portugal, España. Una visión comparatista *media* habría incluido los ordenamientos europeos de tipo *germánico* (Alemania, Austria, Suiza...). Una visión comparatista *máxima* habría abarcado a los ordenamientos del ámbito anglosajón (Derecho del Reino Unido, Canadá, USA...).

Dentro de este planteamiento específico, lo que me llamó la atención fue *la total ausencia* de menciones de *autores españoles*. No parece que quepa decir que en los años de aparición de este volumen no había ninguna aportación original española en materia del «Derecho de Obligaciones». A este punto me he referido no hace mucho en esta misma REVISTA (33) al hacer un *balance* de la situación de la doctrina española en la década de los sesenta. Lo que no cabía era ignorar, ni entonces ni ahora, obras tan fundamentales para el Derecho de Obligaciones como las de los autores españoles A. HERNÁNDEZ GIL y L. DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN.

Desde este punto de vista *específico*, nada comparatista y exclusivamente italiano, el tratamiento concreto *de cada uno de los remedios clásicos* (*acción subrogatoria, acción revocatoria, secuestro conservativo*) y que da lugar a cada una de las partes del volumen, es completísimo, exhaustivo y magistral.

VI. IDEAS CRITICAS SOBRE LA OBRA Y EL TEMA

Referidas las precedentes consideraciones a los diferentes *aspectos* del volumen aquí comentado, parece conveniente dar una impresión personal del comentarista acerca de **los valores de la obra**, suministrando de paso al lector curioso los suficientes elementos de juicio para abordar la rica problemática presentada en este texto.

Esbozadas ya algunas consideraciones personales en los apartados precedentes, quiero finalizarlos con una alusión a la distinción entre **los perfiles estático y dinámico** bajo los que cabe contemplar los diferentes **remedios «conservativos»** de la garantía patrimonial analizados por DISTASO en su obra.

(33) V. en esta REVISTA, núm. 625, noviembre-diciembre 1994 (número conmemorativo de la reforma hipotecaria de 1994), págs. 2686-2718 (en especial págs. 2687-1689), bajo el título «Un repaso selectivo a un texto clásico. Una relectura de los fundamentos del Derecho Civil Patrimonial», de L. DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 4.^a edición, ed. Cívitas, 2 vols. de 455 y 851 págs. respectivamente, Madrid, 1993).

A) PERFIL ESTRUCTURAL

Presenta DISTASO en cada una de las partes de su obra una nítida diferenciación entre los perfiles **estructural** (presupuestos de ejercicio) y **funcional** (actuación del remedio conservativo) de cada uno de los «medios de conservación» de la garantía patrimonial. Como su manera de hacer es un tanto «oriental», de repeticiones cíclicas, a veces enumera unos *requisitos* (o presupuestos de ejercicio), por ejemplo, *a*), *b*), *c*), para luego alterar el orden de presentación enunciado y sin previo aviso; en otros casos se plantea tratar de la *actuación* del remedio, para luego hablar de los «efectos» del mismo. Todo ello viene englobado, a mi modo de ver, en esa contemplación un tanto oriental, un tanto arbórea, un tanto geométrica, del texto comentado.

Desde este punto de vista **estructural**, y dado el planteamiento dogmático-jurídico del autor, la forma aparente del texto es de una enorme densidad, acrecentada por la ausencia total de notas a pie de página y calificada por la inexistencia de matices en la argumentación.

En cuanto a la **ubicación** de las materias, nada que decir en principio respecto de su distribución, articulación y exposición. Alguna objeción cabría hacer en orden a ese presunto tratamiento inicial *genérico* —antes aludido— de los «medios de conservación» de la garantía patrimonial: es un planteamiento inicial que luego no se desenvuelve con rigor y que se reduce a una contraposición entre medios *directos* y medios *indirectos* de conservación de la garantía patrimonial (34).

En cuanto a la **acción subrogatoria**, cuando el autor habla de «función» se refiere a la *finalidad práctica* de la misma. Por ello, para tratar de desenredar el nudo que le oprime, al estudiar el *perfil funcional* de la acción tiene que acudir al remedio de la distinción entre la acción como *momento estructural* (!) del proceso ejecutivo o cautelar y el nexo *teleológico* de «instrumentalidad» (*sic*) entre ejercicio en vía subrogatoria de los derechos del deudor y acción ejecutiva o cautelar contra el deudor.

(34) V. una excelente presentación de los «medios de defensa» de las obligaciones en BETTI, *Teoría generale delle obbligazioni* (IV, «Difesa preventiva e successiva dell'obbligazione»), edit. A. Giuffré, Milano, 1955, págs. 143 y sigs. (ed. española, con traducción y notas de J. L. DE LOS MOZOS, *Teoría general de las obligaciones*, 2 vols., ed. RDP, Madrid, 1970, tomo II, págs. 349 y sigs.). Distingue BETTI entre medios *preventivos* y *medios conservativos* de las obligaciones e incluye —dentro de los últimos (págs. 148 y sigs., ed. italiana; y págs. 356 y sigs., ed. española)— a las medidas provisionales cautelares, al beneficio de la separación de bienes del difunto de los bienes del heredero (arts. 512-518 CC italiano) y a la acción de simulación (art. 1.415.2.º CC italiano). Todos dichos medios conservativos acompañan a los remedios *clásicos* del secuestro conservativo, acción subrogatoria y acción revocatoria.

Al referirse a la *naturaleza jurídica* de la acción subrogatoria, el análisis es muy completo y desciende hasta la delimitación de la calificación jurídica del *poder* perteneciente al acreedor que ejercita esta acción.

Muy completo es el tratamiento de los *presupuestos* y las *condiciones de ejercicio* de esta acción, pero al insertar en su exposición la bifurcación de perfiles *estático* y *dinámico* de la legitimación subrogatoria llega uno a encontrarse en algún punto un tanto desorientado y confuso. A este respecto, al proceder al análisis de la *fijación judicial* de los presupuestos de la legitimación subrogatoria, en conexión con el *ejercicio* (¿perfil funcional?) de la acción, ya no se sabe si se está refiriendo a un *ejercicio judicial* o a un *ejercicio extrajudicial* de la acción.

En cuanto a la **acción revocatoria**, parece que el *encuadre histórico* de la acción podría y debería ir *al final* del epígrafe inicial de la exposición y *antes* del epígrafe relativo a la «función» de la acción, no con posterioridad a la naturaleza jurídica de la acción (35).

Parece un tanto repetitivo o redundante analizar el punto de la naturaleza *dispositiva* del acto revocable y añadir otro punto sobre el carácter *dispositivo* del acto revocable (36).

Parece que en tema de *legitimación activa* cabría una cierta reordenación de las materias, evitando la alteración del orden expositivo normal y tradicional (acreedores-deudor-subadquirente) y reagrupando los puntos examinados (37).

Parece un tanto complicado seguir el hilo de la exposición en materia de acción revocatoria concursal en un tema ya de por sí complejo como es el de las quiebras. De ahí que podría considerarse preferible tratar de la naturaleza jurídica de dicha acción un poco más arriba (38). Con ello, y con alguna aclaración conceptual en orden a lo que denomina el autor opiniones *contrarias* (39), que no aparecen claramente perfiladas, quedaría este punto perfectamente delimitado conceptualmente.

En cuanto al secuestro conservativo, parece que podría y debería mejorarse la exposición en orden *a los efectos* del secuestro poniendo un poco de orden en la revuelta presentación.

(35) Esto es, entiendo debiera ubicarse tras el número 28 (pág. 127) y antes del número 29, en lugar de ir en el número 35 (págs. 147 y sigs.).

(36) Esto es, todo el análisis del número 53 (págs. 190 y sigs.) podría ir bajo el número 48 (págs. 185 y sigs.), y con reordenación de la exposición y la materia.

(37) Esto es, número 75 (págs. 252 y sigs.) y número 81 (pág. 264) deberían ir unidos en el tratamiento.

(38) Esto es, en número 99 (págs. 292 y sigs.), en lugar del número 101 (págs. 297 y sigs.), y con reordenación de todo el epígrafe 99.

(39) Concretamente me refiero al epígrafe número 102 (págs. 298 y sigs.), relativo a las opiniones de SATTÀ, BONELLI y FERRARA.

B) PERFIL FUNCIONAL

Analizada en el apartado precedente la vertiente o perspectiva **estática** de la obra aquí comentada, en este lugar parece oportuno dejar terminada mi impresión crítica personal con unas alusiones a la perspectiva **dinámica** del texto de DISTASO. Las alusiones aquí presentadas en forma sintética van referidas a los puntos de vista siguientes:

Punto de vista subjetivo.—El análisis de DISTASO, calificado anteriormente como «específico» y referido *globalmente* a los que llama «medios de conservación de la garantía patrimonial», parece quedar *limitado* a una versión o perspectiva **subjetivista**, esto es, limitada a los poderes o «medios» legalmente ofrecidos a los acreedores para la defensa y conservación de sus derechos de crédito. O de otra manera dicho, trata *más de* «medios de conservación» *que de* «garantía patrimonial». Con esta mención basta: lo cual enlaza con toda una manera de hacer típicamente latina en la forma habitual tradicional.

Punto de vista objetivo.—Alude DISTASO en el título de su obra a lo que llama la «garantía patrimonial», pero esta mención **objetivista** queda desdibujada y perdida en la exposición. De entre las argumentaciones presentadas aquí y allá no se desprende *qué cosa sea esa garantía patrimonial*, ni se alude siquiera a la distinción conceptual o a la confusión entre **responsabilidad y garantía** (40).

En nuestro Derecho, ya en 1972 M. AMORÓS GUARDIOLA afirmó que «*ni histórica ni conceptualmente pueden confundirse las nociones de responsabilidad y garantía. Aunque próximas, responden a exigencias prácticas y se desenvuelven a través de procedimientos técnicos diversos...*» (41). Precisa M. AMORÓS que lo primero que hay que dilucidar es *en qué consiste la realidad social* que bajo el nombre de garantía se encierra, y entiende que primariamente el vocablo «**garantía**» apunta a la idea de *seguridad* (42); dice que «la **seguridad** del "derecho de crédito" se realiza fundamentalmente por medio de un *reforzamiento* de la posición normal del acreedor, y en ese reforzamiento consisten precisamente las *garantías*. Toda medida que tienda a hacer más

(40) En sentido contrario, muy tempranamente entre nosotros presentaba con gran riqueza de matices un detenido análisis de este punto M. AMORÓS GUARDIOLA, «La garantía patrimonial y sus formas», artículo en *RGLJ*, mayo 1972 (ed. separata, por la que se cita aquí).

(41) V. AMORÓS, *op. cit.*, págs. 6 y sigs. (subrayados míos: J. C. G.).

(42) A la idea de *seguridad jurídica*, en relación con lo que llama el Derecho cautelar, se ha referido en una obra espléndidamente mi compañero J. L. MEZQUITA DEL CACHO, *Seguridad jurídica y sistema cautelar* (tomo I, «Teoría de la seguridad jurídica»; tomo II, «Sistema español de Derecho cautelar»), ed. Bosch, S.A., Barcelona, 1989.

segura la posición del acreedor puede ser considerada como una garantía» (43).

Sin entrar ahora en el examen de las posibles **garantías crediticias** que presenta M. AMORÓS (44), sí quiero recoger su *planteamiento inicial en orden a las posibles formas de garantía*: «... (Son), fundamental y estructuralmente, dos. El *reforzamiento* de la posición del acreedor en que la garantía consiste *se logra* por el Derecho *a través de dos distintos procedimientos técnicos*, diversos por su extensión objetiva y por sus efectos: o se garantiza el crédito primitivo mediante *la afección de un nuevo patrimonio* o responsabilidad patrimonial (responsabilidad *superpuesta* en funciones de garantía), o se *vincula una cosa, concreta y determinada*. En ambos casos *la afección aparece al margen o por encima* de la responsabilidad patrimonial del deudor originario por exigencias de la propia naturaleza de la garantía» (45).

Este planteamiento de M. AMORÓS lo he traído aquí a los efectos de centrar el tema de la «conservación de la garantía patrimonial», aludido por DISTASO pero no desenvuelto en el texto comentado. Entiendo que si hay que tratar de una posible «conservación» de la garantía patrimonial, parece dato previo insoslayable el apuntar qué cosa fuere *esencialmente* esa llamada «garantía patrimonial». De ahí el interés y la cita del brillante y juvenil artículo de M. AMORÓS, aquí meramente aludido.

Punto de vista formal

El análisis de DISTASO presenta un examen particularizado y muy completo de los distintos **procedimientos de ejercicio de cada uno** de los tres grandes «remedios conservativos» que presenta el texto aquí comentado. Lógicamente, por sus reiteradas *citas jurisprudenciales*, está en muy estrecha relación con las decisiones de los Tribunales italianos, y en especial de la Corte de Casación. Lo que ocurre es que, como —según ya vimos— la cita y exposición de las sentencias se hace sin referencia alguna al *supuesto de hecho decidido* por el Tribunal, parece amputada la decisión de una parte esencial del litigio. Esa omisión del supuesto de hecho respectivo es, en mi opinión, el único defecto grave de la obra.

Por otra parte, la aludida *conexión* de los puntos tratados en la obra *con esa aplicación práctica* de los «remedios conservativos» va referida casi exclusivamente a *aquella idea genérica inicial* —luego no desenvuelta— de

(43) V. AMORÓS, *op. cit.*, págs. 9 y sigs.

(44) V. *op. cit.*, págs. 27 y sigs.

(45) V. *op. cit.*, págs. 10 y sigs. (subrayados míos: J. C. G.).

los que denomina DISTASO «**medios de conservación...**», esto es, implícita o incapsulada a su vez en la idea de la «conservación» *in genere*. Lo que, por otro lado, nos puede llevar a otros caminos.

Finalmente, esa *aparente reducción o limitación* del desarrollo de la exposición a una noción *específica* de los que llama «**medios de conservación...**», parece obviar los grandes, graves, insoslayables *temas teóricos* del incumplimiento de la obligación, del principio de la responsabilidad patrimonial universal y del principio «par conditio creditorum».

Punto de vista causal

He dicho más arriba que el volumen de DISTASO trata *más* de «**medios de conservación**» que de «**garantía patrimonial**». Esa alusión **subjetivista** no obsta a la consideración esencial de que **el fundamento o causa** de esa concesión a los acreedores por la ley de tales «medios de conservación» reside en la norma del artículo 1.911 CC: en **el sistema de la responsabilidad patrimonial universal**.

La *responsabilidad* como elemento integrante de la «relación obligatoria» ha sido considerada exactamente por DÍEZ-PICAZO «como situación de sujeción de la persona o de sus bienes, como necesidad de soportar las consecuencias del incumplimiento y como *vía de facilitación de la realización del derecho de los acreedores*» (46). Es este último *perfil* el que aquí y ahora interesa resaltar.

De esta *regla o principio*, consagrada en el artículo 1.911 CC, se ha ocupado con especial profundidad y brillantez CAPILLA (47), quien señala como *características básicas* de tal responsabilidad las de ser general, patrimonial, universal y reparadora del daño causado. Tras la comparación de la situación descrita en el artículo 1.911 CC con el fenómeno implícito en la *ejecución forzosa específica* (en las obligaciones dinerarias), concluye que la responsabilidad patrimonial universal *en sentido estricto* descrita en el artículo 1.911 CC *solamente actúa* —desde el punto de vista de la ejecución forzosa— a través de la ejecución dineraria. Analiza CAPILLA la *conexión* del principio de responsabilidad patrimonial universal con las *nociones* de ejecución forzosa, contenido de la prestación, satisfacción del interés del acreedor, obligación de reparar el

(46) V. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., tomo II, págs. 123 y sigs. (subrayados míos: J. C. G.).

(47) V. F. CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, ed. Fundación Universitaria de Jerez, Jerez, 1989, especialmente págs. 7 y sigs.

daño y la responsabilidad como sanción: temas atrayentes que aquí quedan apuntados.

Tras estas consideraciones para centrar este punto, conviene añadir que la *conexión* del principio de responsabilidad patrimonial universal con este volumen de DISTASO indica más una inclinación al punto de vista **objetivo** antes referido, en el sentido de que la **naturaleza jurídica** de esa «responsabilidad patrimonial» del deudor **entendida a modo de garantía patrimonial** consiste en que «el patrimonio del deudor constituye el soporte de la responsabilidad del mismo para el cumplimiento de todas sus obligaciones. Es, pues, la base común de garantía de todos los acreedores y, al mismo tiempo, el común objeto del poder de agresión por parte de éstos» (48).

De todo lo expuesto se desprende con claridad que **la garantía patrimonial** —incapsulada *dentro* del principio de responsabilidad patrimonial universal— consiste en que «a los acreedores se les concedan las facultades necesarias para asegurar la capacidad económica del patrimonio del deudor. Concretamente las facultades necesarias para impedir la preparación, la consumación o el aumento de la insolvencia, así como las facultades necesarias para conseguir la disminución o la desaparición de una insolvencia ya producida. Con una fórmula gráfica, podríamos decir que *los acreedores no tienen* ningún derecho sobre el patrimonio del deudor, *sino un derecho a la solvencia de dicho patrimonio*» (49).

Punto de vista finalista (teleológico)

Si de las anteriores *perspectivas* o *puntos de vista* que bajo el **perfil dinámico** cabe observar en este volumen de DISTASO pasamos ahora al **criterio teleológico o finalista**, es dable comprobar que los «remedios conservativos» concedidos por la ley a los acreedores lo que tratan fundamentalmente de conseguir es el evitar la situación *deficitaria* patrimonial del deudor. O de otro modo dicho, todo deudor cuyo patrimonio no alcanza a cubrir sus deudas se encuentra en aquella situación aludida, la cual determinada —total o parcialmente— una forma de *irresponsabilidad* (50).

(48) V. Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., tomo II, págs. 749 y sigs. Consecuencia de estas premisas son el principio «par condicio creditorum» y la regla o ley «del dividendo».

(49) V. Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., tomo II, pág. 126. La cita nos permite recordar ahora la importancia de la expresión introducida por DISTASO —**capienza**—: me remito a la nota 29 precedente.

(50) V. Díez-PICAZO, *op. cit.*, págs. 747 y sigs.

Ligada a la irresponsabilidad aparece el concepto de **insolven-
cia** (51). Para DÍEZ-PICAZO «la **solvencia** es la capacidad económica del
deudor para hacer frente a sus obligaciones. Es decir, está en la solvencia
entendida como aptitud del patrimonio para cumplir. Como quiera que del
cumplimiento de las obligaciones se responde con bienes, *resulta que sol-
vencia y responsabilidad son conceptos que se hallan en conexión muy
estrecha*. Un deudor solvente es un deudor responsable» (52). Añade DÍEZ-
PICAZO que «más rigurosamente, habría que distinguir entre **insolvencia y
insolvabilidad...**» (53). Lo que nos conduce, por otra vía, al neologismo
«**capienza**» introducido por DISTASO en el texto comentado.

Punto de vista estimativo (valorativo)

Si de las anteriores *perspectivas* o *puntos de vista* desde los que consi-
derar el texto de DISTASO **en su dinámica** pasamos a la perspectiva **valo-
rativa**, o consideración **desde la aplicación práctica**, encontramos notables
peculiaridades.

Desde la perspectiva *italiana*, parece, a mi juicio, que la obra de DISTASO
ha permanecido como algo inabordable y de difícil acceso, oscurecida un
tanto por el aluvión de los comentarios legislativos doctrinales de los au-
tores consagrados (NICOLÒ, NATOLI, BIGLIAZZI-GERI).

Desde la perspectiva *española*, la obra de DISTASO acostumbra a ser
citada como de pasada, pero sin entrar demasiado en el cotejo correspon-
diente ni en citas concretas (54). En cuanto a la *consideración o estimativa
genérica* acerca de su contenido y en orden a los «medios conservativos»
del derecho de crédito, hubo ya *alusiones* en el pasado por parte de nuestra
doctrina tradicional (VIÑAS, CASTÁN, HERNÁNDEZ GIL, etc.), y en el día de
hoy aparece ya un planteamiento moderno de este tema y una puesta a
punto en la doctrina civilista reciente más autorizada: LACRUZ BERDEJO,
ALBALADEJO, DÍEZ-PICAZO, O'CALLAGHAN, LASARTE, etc. (55).

(51) V. DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, págs. 748 y sigs. Recientemente, v. F. J. ORDUÑA MORENO, *La insolven-
cia*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, especialmente págs. 111
y sigs.

(52) V. DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, pág. 126 (subrayado mío: J. C. G.).

(53) V. DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, págs. 748 y sigs.

(54) Con alguna excepción, por ejemplo, la de ATAZ (*Ejercicio por los acreedores
de los derechos y acciones del deudor*, ed. Tecnos, Madrid, 1988), y, por supuesto, la
de DÍEZ-PICAZO en *Fundamentos...*, citada.

(55) Para una visión de este tema, *bajo la perspectiva de la jurisprudencia espa-
ñola*, me remito a mi libro *La protección del crédito en la jurisprudencia*, ed. de los
Colegios Notariales de España (Consejo General del Notariado), Madrid, 1995.

VIL TEMAS SUGERIDOS AL INVESTIGADOR DEL DERECHO

Si el paciente lector ha ido siguiendo el hilo de mi exposición habrá podido ir comprobando la gran cantidad de **sugerencias** que el texto de DISTASO ha ido proporcionando. No quisiera ya en este momento cansar al lector con una tediosa *enumeración* de temas o de puntos merecedores de reflexión o de nuevas investigaciones o perspectivas para los más jóvenes cultivadores del Derecho entre nosotros.

Habrà, por tanto, que hacer *expresa remisión* a lo que constituye **el núcleo** de la obra comentada, a los puntos relevantes de su contenido (epígrafe IV precedente), a los aspectos formales y de fondo (epígrafe V) y a los perfiles estructural y funcional de mi crítica y los respectivos puntos de vista (epígrafe VI).

Interesa ahora tan solo, a mi juicio, hacer a modo de *un apunte de posibles tareas investigadoras futuras*, en orden a alguno de estos **temas**:

A) PERSPECTIVA GENÉRICA

- Tutela de los derechos en general y de los derechos de crédito en particular.
- Protección del derecho de crédito y seguridad del tráfico jurídico.
- Medios preventivos y medios conservativos del derecho de crédito.
- Medios directos de protección del derecho de crédito.
- Medios indirectos de protección del derecho de crédito.
- Conservación de la garantía patrimonial.
- Capacidad patrimonial del deudor e insolvencia.
- Seguridad de los acreedores y colisión de intereses en la relación obligatoria.
- Principio «favor debitoris» y ética en la relación obligatoria (56).

B) PERSPECTIVA ESPECÍFICA (ESPAÑOLA)

- Delimitación conceptual de los medios de protección del derecho de crédito **en función** de la normativa específica contenida en el ordenamiento jurídico **español**.

(56) Sobre esta *temática concreta*, y *en especial en este punto*, v. CAPILLA, *op. cit.*, págs. 263 y sigs.

Una tempranera aportación, *genéricamente*, v. CASTÁN VÁZQUEZ, «El favor debitoris en el Derecho español», en *ADC*, 1961, págs. 835 y sigs.

Recientemente, una pequeña *alusión* al tema en **mi libro** *La protección del crédito...*, cit., págs. 688 y sigs.

- Necesidad de un Código único de las obligaciones.
- Análisis *estructural* (presupuestos y condiciones de ejercicio) **de cada uno** de los medios de protección del derecho de crédito reconocidos en la legislación española.
- Análisis *funcional* (efectos: tanto sustantivos como procesales) de **cada uno** de los medios de protección del derecho de crédito reconocidos en la legislación española.
- Delimitación de *las situaciones «pre-concursales»*, en relación con el peligro de insolvencia del deudor.
- Postulación de la aprobación urgente de la normativa en orden a una ley concursal.
- Relación entre acción revocatoria y el derecho de quiebras.
- Configuración jurídica del secuestro conservativo en el ordenamiento español y su relación con el embargo preventivo.

UN RESUMEN FINAL

Teniendo en cuenta *las precedentes consideraciones* en torno al texto de DISTASO objeto de este análisis, comentario y **re-visión**, sus puntos más relevantes, mis impresiones críticas desde la perspectiva *estática* y mis puntos de vista desde el perfil *dinámico*, y finalmente los posibles temas sugeridos al investigador del Derecho, es hora ya de terminar estas reflexiones con una visión —*re-visión*— *de conjunto* en la forma que sigue:

1.º La obra de DISTASO aquí comentada está enmarcada *en función* de la concreta normativa italiana, esto es, en el Código Civil italiano de 1942.

2.º El texto de DISTASO abarca en su conjunto la agrupación de los grandes temas *clásicos* del Derecho de Obligaciones en cualquier país.

3.º El texto de DISTASO, en su *cotejo con la normativa española vigente*, apunta a la necesidad de una renovación profunda del tratamiento de los autores españoles dado a la materia, tratamiento —a su vez— *en función* de la concreta normativa española (CC, LEC), anticuada y desfasada con la realidad actual.

4.º El texto de DISTASO, rico en su problemática, perspectivas y sugerencias, es incitador —a modo de *reto*— para nuevas tareas y para cualquier investigador del Derecho.

5.º El texto de DISTASO, un tanto lejano hoy, ha adquirido con el tiempo la pátina de un *clásico*. Creo recordar que alguien ha dicho hace poco que «sólo quien alcanza la dignidad del clásico puede ser verdaderamente actual»: es lo que este comentarista puede decir del texto de DISTASO como idea final.

JOSÉ CERDA GIMENO