

CAPITULO VI.

Los glosadores fecundaron el gérmen del enjuiciamiento convencional contenido en la legislación romana.—Pacto ejecutivo.—Cláusula de *voie parée*.—Opiniones de Censio, Merlino, Avendaño, Acevedo y Parladorio.

Los prolijos estudios de los glosadores, una vez descubierto el gérmen de la idea, no podían ménos de fecundarlo por la discusión, y lograron efectivamente darle cierto desarrollo. Acaba de hablarse de los diversos comentarios á que dió lugar la ley tercera C. *de pignoribus*; pero una vez encontrada y fija la interpretación genuina, idearon los legistas,

é introdujeron en la práctica, cierto procedimiento llamado *pacto ejecutivo*, que fué por largos años observado en Italia, España y Alemania, y con el cual se dió un paso avanzado hácia el enjuiciamiento convencional.

Se ha manifestado ya que, conforme al espíritu de la ley citada, cuando el acreedor por resistencia del deudor ocurra á la autoridad para que lo ponga en posesion de la prenda, ha de seguirse el procedimiento adoptado en el pacto. Pues bien, racionando los tratadistas por paridad de razon, segun el principio que dice *ubi eadem est ratio, eadem esse debet juris dispositio*, consideraron como extensiva á todos los contratos la facultad de hacerse pago de propia autoridad, mediando convenio especial para proceder así. En tal caso el acreedor, una vez constituido el deudor en mora, se apo-

deraba extrajudicialmente de los bienes de este, en cuanto fueran bastantes para efectuar el pago, y prescindiendo de la causa ó título de la obligacion.

El pacto ejecutivo data desde los tiempos de Bartolo y de Baldo, y llegó á adquirir gran boga, como que favorecia altamente la tendencia que, segun se dirá despues, han manifestado de continuo los pueblos á evitar el difuso formulario de la sustanciacion comun y los abusos á que se presta para eludir indefinidamente el cumplimiento de una obligacion.

Era tal la importancia atribuida al pacto, que si el acreedor estimaba conveniente ocurrir para mayor seguridad al juez, cuidaba por lo comun de protestar, que lo hacia por mera deferencia y en muestra de respeto á la autoridad, pero dejando á salvo los derechos que la convencion le tenia conferidos.

El auto de posesion pronunciado en la via pactada no era apelable, y procedia no solo contra el obligado directamente, sino contra su heredero, aun cuando fuera pupilo, y no obstante que el crédito permaneciese ilíquido. Pero si el deudor no estaba conforme con la liquidacion ó con la apreciacion de los bienes aplicados al pago, podia reclamar contra ellas, y el juez resolvia la controversia en juicio sumario, oyendo el dictámen de peritos contadores ó avaluadores, conforme á lo establecido en la ley diez y seis, párrafo noveno D. *de pignoribus*, que dice: "Puede constituirse la hipoteca ó la prenda con la calidad de que, si dentro de tiempo determinado no se hace el pago, pueda el acreedor entrar en posesion de la cosa como por derecho de compra, y haciéndose entónces la justa estimacion

“*del precio*: en tal caso se considerará
 “el contrato como una venta condicio-
 “nal. Así lo resolvieron los emperado-
 “res Severo y Antonino.”

Lo que habia de singular en el procedi-
 miento de que se trata, era que, segun
 la opinion de los mas acreditados trata-
 distas, el acreedor podia apoderarse de
 los bienes del deudor por la fuerza, cuan-
 do intervenia el pacto de precario ó el
 de constituto; porque teniendo en tales
 casos el acreedor la posesion natural y
 la civil, léjos de agredir al deudor, él era
 el perturbado con la renuencia de este;
 y como no hacia mas que defender su
 derecho, estaba facultado para entrar de
 cualquier modo en los bienes, con tal de
 que no hubiera efusion de sangre. *

* Saliceto á la ley 3^a C. de *pignoribus quest.* 1^a;
 Negusano, de *pignoribus et hipotecis*, tom. 6^o, part.
 4^a, núm. 14.

Tanto ó mas singular era la práctica
 recibida entre los griegos, segun la cual,
 al decir de Francisco Baldo, * tenia el
 acreedor, aunque no interviniera pacto,
 derecho de entrar en posesion de los bie-
 nes del deudor, y en caso de resistencia
 podia interponer un recurso idéntico al
 interdicto *unde vi*.

El pacto ejecutivo nunca fué sancio-
 nado por los legisladores, porque han da-
 do siempre en la idea de que el despren-
 derse de la tutela que se arrogan sobre
 los intereses privados, traeria por conse-
 cuencia el desquiciamiento de la socie-
 dad: ni mas ni ménos que aquellos de-
 mentes á quienes se ve á toda hora abra-
 zados de una columna, ó en actitud de
 sostener una pared, por temor de que
 si las sueltan se venga abajo el mundo.

* Comentario al párrafo *recuperandæ I. de in-
 terdictis*.

Esto no obstante, la práctica forense lo adoptó largo tiempo sin reservas, porque estaba en consonancia con la aspiración pública. De él debió recibir la administración de justicia un impulso poderoso hacia el progreso, puesto que la simplificaba considerablemente; y si tuvo impugnadores, contaba en su apoyo con la mayoría de la opinión.

Cierto es que la mejora se hallaba todavía distante de adquirir el desarrollo de que es susceptible, porque el procedimiento era igual para todos los casos; y concreto, como lo estaba, á la vía de apremio, el pactarlo era ocasión de meditar y comprometerse mucho, pues tanto importaba ello como renunciar los medios de defensa. De ahí debió resultar que las partes no se aventurasen con frecuencia á abandonar el enjuiciamiento ordinario.

Pero si se las deja en libertad, ya para ajustar el pacto ejecutivo en toda su rigidez, ó para desprenderse solamente de aquellos medios de acción y defensa que no crean necesarios para terminar las futuras disensiones, se les proporcionará la ventaja de idear para cada caso una sustanciación adecuada, sin tener que optar por fuerza entre las dilaciones y gastos de los juicios comunes y el rigor inflexible del pacto ejecutivo. *

En Francia, ántes de la ley de 2 de Junio de 1841, se cuestionaba en caluroso debate sobre si por convenios particulares podia modificarse el código de proce-

* Sobre el modo de proceder en virtud de dicho pacto puede verse á Andres Gail, *lib. 2^o, observ. 45, n. 8*, y de *pax publica, cap. 2^o n. 25*; Heignesio, *part. 2^a quest. 7, n. 41*; *Tesaur. d'essis 26, n. 6*; Antonio Faver *ad C. lib. 4^o, tit. 42, defn. 57*; Jacobo Cancerio, *var. resol., tom. 2^o, cap. 3^o, n. 3, 4 y 5*; Edmundo Merilio, *lib. 1^o de las observaciones, cap. 7^o*; Juan Sande, *Dessisiones Frisiae, lib. 1^o, tit. 2, defn. 3*.

dimientos en lo concerniente á las formalidades del embargo inmobiliario, determinando de antemano un procedimiento especial, conforme al cual quedaria el deudor lícitamente expropiado. Las cortes de justicia de Aix, Amiens, Burdeos, Donai, Paris, Rennes, Tolosa, Treves y la de casacion, se habian pronunciado por la afirmativa, es decir en el sentido de la validez de la estipulacion. Las de Bourges, Bruselas y Lyon, adoptaron la doctrina opuesta. Entre los tratadistas, Maleville, Delvincourt, Troplong, Duvergier, Carre, Thoncine, Rolland de Villargues y Gagneraux, habian abrazado el primer sistema, optando por el segundo Merlin, Persil, Duranton y Lefevre.

En el art. 742 de dicha ley se previene lo siguiente: "El pacto por el cual se otorga que, en caso de no cumplirse las

"obligaciones contraidas con el acreedor, tendrá este derecho de hacer vender los inmuebles del deudor sin las formalidades prescritas para el embargo, es nulo y se tiene por no hecho."

Esta desacertada disposicion ha sido combatida por célebres jurisconsultos, aduciendo en contra de ella copia de incontrovertibles razones. Hé aquí las prominentes: 1^a Que era necesario dejar á las partes la libertad de estipular á su arbitrio la cláusula de *voie parée*, * porque hacer lo contrario, seria atentar, así á la libertad de los pactos, como al de-

* Se daba el nombre de cláusula de *voie parée* á la que contenia el pacto de que se trata. La voz *voie parée*, así como sus equivalentes *executionem partam* y *aparejada ejecucion*, se formaron por corrupcion del participio *partam* empleado en la ley 40 D. de *minorib.*, donde se habla de persecucion ó ejecucion proveniente de sentencia, *persecutionem partam ex causa judicati*.

recho absoluto del propietario sobre sus bienes. 2ª Que tal prohibicion daría por resultado el suscitar obstáculos al desarrollo del crédito inmobiliario, que no puede prosperar, sino en tanto que la expropiacion se opere rápidamente y á poca costa. 3ª Que la disposicion referida agravaria, en lugar de mejorar, la condicion del mutuario, porque el mutuante no omitiria en el contrato tal ó cual condicion equivalente á una prima compensatoria de las dificultades y retardos que tuviera que soportar para obtener el pago. 4ª Que la experiencia no justificaba en manera alguna las aprehensiones de los que reprueban la cláusula de *voie parée*, pues en los países donde habitualmente se la estipulaba, como en Burdeos y en Pau, no habia producido mas que resultados benéficos, mejorando la condicion del crédito hipotecario,

disminuyendo el interes del dinero, y aun evitando los embargos; porque, como allí se decia, *á medida que la ejecucion se facilita, crece el cuidado del deudor por no dar lugar á ella.*

Pasando ahora á las objeciones de los prohibicionistas, como las apoyan en los artículos 2078 y 2088 del código de Napoleon, será bien insertar estos previamente, para mejor graduar la febleza de aquellas.

“Art. 2087. El acreedor no puede, á falta de pago, disponer de la prenda; “puesto que tiene á salvo su derecho “para pedir ante los tribunales que se la “venda en almoneda pública, ó que se le “adjudique, hasta la debida concurrencia, conforme al avalúo hecho por peritos.

“Toda cláusula que autorice al acreedor para apropiarse la prenda, ó pa-

“ra disponer de ella sin las formalidades prescritas, es nula.

“Art. 2088. El acreedor no se hace propietario del inmueble por el solo hecho de no verificarse el pago en el plazo convenido; cualquiera cláusula contraria es nula: en ese caso puede pedir la expropiación de su deudor por las vías legales.”

Pues bien, los que impugnan la cláusula de *voie parée*, fundándose en la analogía que pretenden encontrar entre ella y los pactos prohibidos por los artículos preinsertos, sostienen que es incompatible con esas disposiciones. Aun suponiendo que el raciocinio precedente fuera exacto, semejante argumento apenas merece el nombre de tal; porque no emana de la ciencia, sino de la consideración puramente circunstancial de haber un derecho establecido que pugna con

la cláusula, y sin investigar si la razón está por parte del uno ó de la otra. Pero la verdad es que tal pugna no existe, porque la cláusula no autoriza al acreedor para que se apodere del inmueble que le está afecto, ni suprime, sino que simplifica, las formalidades del embargo.

Otra objeción se formula para el caso de concurso, basándola en el perjuicio que resultaría á los demás acreedores por acción real, si el que estipuló la cláusula hiciera vender el inmueble de cualquier modo para pagarse, aunque nada recibiesen ellos, y no obstante que algunos fueran preferentes y que tuviera la hipoteca un valor muy superior al precio de venta ó adjudicación. A esto se contesta: que la prelación no debe alterarse, porque los pactos no afectan los derechos de terceras personas: que si el precio es realmente muy bajo, los acree-

dores perjudicados tienen el recurso de pujarlo, hasta llegar al que próximamente pudiera sacarse mediante el procedimiento demarcado en las leyes: que la experiencia ha demostrado que el obtenido por este último medio es por lo comun inferior al que proporciona la ejecución de la cláusula.

En atención á estas consideraciones se ha dicho ya en el capítulo cuarto, para la mejor inteligencia del asunto de esta obra, que los pactos de enjuiciamiento solo son de observarse en los juicios universales, en cuanto no pugnen con la marcha y objeto del procedimiento.

La obcecación de los impugnadores de la cláusula llega al punto de forjar tan fútiles argumentos, que ó no merecen respuesta, ó la tienen tan breve y perentoria como es de verse en los ejemplos siguientes.

Se arguye con el temor de que el procedimiento diera por resultado la excesiva movilización del suelo, y su trasmisión frecuente sin las formalidades necesarias para garantizarla.—Se contesta que lo primero sería la mejor prueba de la conveniencia del sistema, porque las ventajas de movilizar el territorio están incontestablemente demostradas por los economistas; y por lo que hace á las formalidades que deben acreditar la traslación del dominio, ya cuidará el interés privado, con mayor eficacia que la ley, de que no se omitan mas que las superfluas.

Se objeta que estando suficientemente simplificados los trámites del embargo por el código francés de procedimientos, ha venido á ser innecesaria la cláusula.—Este argumento no necesita contestación, porque ya la ha dado la experiencia.

Se impugna la idea diciendo, que el dejar tanta libertad á los particulares para sus convenios, seria permitirles invadir el terreno del legislador.—Se responde que desde la antigüedad mas remota se ha considerado el pacto como ley para los contrayentes, y que la libertad de pactar se apoya en los mas sanos principios de las ciencias jurídica y económica.

Planteada la cuestion en el Cuerpo Legislativo, donde fué luminosamente debatida, al discutirse la mencionada ley de 2 de Junio de 1841, apoyaron la conveniencia de la cláusula Dupin, Dufaure, Chégaray, L'herbette y Garnou, impugnándola Texte, Debelleye, de Gotvéry y Renouard. La opinion de los primeros fué sostenida con innumerables razonamientos; pero el frívolo temor de que se cometieran abusos, dió por re-

sultado que se adoptara, no sin vacilar mucho, la de los segundos. *

La cláusula de *voie parée*, aunque no tanto como el pacto ejecutivo, se resiente de la uniformidad del procedimiento, y tiene, además, el inconveniente de ser solo aplicable al embargo de inmuebles; pero debe de todas maneras considerársela como una prueba del trabajo preparado por los tratadistas para buscar la simplificacion del enjuiciamiento en la supresion convencional de los trámites.

Para mayor comprobacion de esa tendencia, y por lo que respecta á los legistas de mas boga en el foro patrio, no será fuera de propósito traer á colacion aquí las doctrinas profesadas por algunos de ellos en pro del sistema que se está examinando.

* Dalloz, art. *vente publique d'immeubles*.

Ya en el capítulo anterior se ha hecho mérito de la de Gregorio Lopez.

Censio es de parecer que, si con la mira de facilitar en un contrato de censo el pago de los réditos insolutos, se concede por pacto al censalista la facultad de indemnizarse de propia autoridad con los frutos de la cosa censuada, el convenio es válido; y en caso de resistencia, el juez debe ejecutarlo sumariamente, sin admitir mas excepciones que las que puedan probarse en el acto de la traba.*

Para ejecutar el pacto de la ley tercera *C. de pignoribus*, es decir el que autoriza al acreedor para entrar extrajudicialmente en posesion de la hipoteca, sostiene Merlino que el juez, si fuere necesario recurrir á él, debe dar mano fuer-

* *De censib, quæst. 94, per tot.*

te al peticionario, y proceder sin figura de juicio ni audiencia del deudor.*

Avendaño, fundándose en la autoridad de Alejandro y de Mateo, enseña que el pacto por el cual se obligan los contratantes, para el evento de un litigio, á no emplear mas que determinadas pruebas durante el plazo que para ello se prefiere, es lícito; y que en tal caso no son admisibles las de otro género, ni aun las pactadas, si se producen fuera de tiempo. Así es que, aunque conforme á derecho dos testigos mayores de toda excepcion presentados en término forman prueba plena, si se pacta que haya esta de hacerse por medio de cinco y durante un plazo diverso del legal, el juez tendrá que arreglar su procedimiento al convenido por las partes. †

* *De pignorib., lib. 4º, tit. 4º, quæst. 113.*

† *Part. 2ª, cap. 29, n. 6.*

A primera vista parece que Acevedo asienta lo contrario, cuando dice que en la recepcion de las pruebas se cuide siempre de observar el órden judicial, no obstante que otros actos no lo requieran. Pero realmente no es así, porque lo que el autor sostiene es que, aunque segun la ley diez, título diez y siete, libro cuarto R., no debe atenderse á las fórmulas judiciales sino á la verdad de los hechos, ninguna de las partes podria, apoyándose en tal disposicion, pedir que fueran de nuevo examinados los testigos despues de la publicacion de probanzas. En este caso no se trata de suprimir trámites por convenio de las partes, sino de conceder á una lo que podria perjudicar á la otra, en el evento probable de que se lograra corromper á los testigos que hubieran declarado en favor de esta. Antes bien la opinion de Acevedo viene á

confirmar las precedentes; porque á pesar de la importancia que da en punto á pruebas al órden judicial, resuelve terminantemente que no hay obstáculo para recibir la testimonial despues de la publicacion, si la parte contraria lo consiente, aunque sea de una manera tácita.*

Parladorio es todavía mas explícito sobre el particular. Estas son sus palabras: "Se exige á tal punto el órden judicial en la sustanciacion ordinaria, que se ha disputado entre los escritores si podian los litigantes dispensarse de observar, segun es de verse en el capítulo cuarto *de officio delegati*, donde enseñan la glosa y los glosógrafos que no están facultadas las partes para renunciar esa solemnidad, y del mismo pa-

* Coment. á la ley cit. desde el núm. 89 al 93.

“recer es Maranta en el *Speculum aureum*, parte cuarta. Pero yo no tengo esto por cierto, tratándose de negocios civiles; porque de serlo, no podrian las partes renunciar la apelacion, lo cual pugna con la ley quinta, párrafo sexto *C. de temporibus appellationum*. Y tan no es cierto, que basta para demostrarlo, prescindiendo de las razones jurídicas, lo dispuesto por el derecho real en las leyes diez, título diez y siete, libro cuarto, y en la diez y ocho, título diez y seis, libro sexto de la Recopilacion.”*

Basten las doctrinas referidas para el complemento de la materia sobre que versa el presente capítulo. Exponer todas las concordantes seria fatigar la atencion inútilmente; y por lo que respecta á las de los opositores, hay que aplazar

* *Sesquicenturia, different. 137, num. 4 y 5.*

su exámen, por razon de método, para el capítulo octavo donde se refutarán las mas autorizadas.