

<i>Los principios de prioridad e igualdad en la jurisdicción voluntaria</i> . . . . .	67
---	----

FRITZ BAUR

I. <i>Introducción</i> . . . . .	67
II. <i>El principio de prioridad. La reglamentación alemana</i> . . . . .	68
III. <i>El principio de igualdad. La reglamentación francesa</i> . . . . .	72
IV. <i>Otras formas de solución en el problema de la concurrencia</i> . . . . .	75
V. <i>Argumentos favorables y contrarios al principio de prioridad y al principio de igualdad</i> . . . . .	77
VI. <i>Intento de solución propia</i> . . . . .	79
VII. <i>Conclusión</i> . . . . .	88

# LOS PRINCIPIOS DE PRIORIDAD E IGUALDAD EN LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

Fritz BAUR

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El principio de prioridad. La reglamentación alemana.* III. *El principio de igualdad. La reglamentación francesa.* IV. *Otras formas de solución en el problema de la concurrencia.* V. *Argumentos favorables y contrarios al principio de prioridad y al principio de igualdad.* VI. *Intento de solución propia.* VII. *Conclusión.*

## I. *Introducción*

Cuando el deudor satisface voluntariamente varias deudas, determina con ello el orden en la forma de imputación del pago; si no alcanza su patrimonio para la satisfacción de todos los acreedores, depende exclusivamente de él, cuáles créditos satisface completamente, cuáles parcialmente y cuáles no satisface. Los acreedores están, por lo tanto, expuestos al capricho del deudor, y la acción pauliana únicamente en ciertos casos ofrece una posibilidad de corrección. Es por ello que es del interés de los acreedores ante la insolvencia amenazante de su deudor, que con el concurso se obtenga una satisfacción uniforme para todos los acreedores o, lo que es más deseable, que en la ejecución forzosa se obtenga un derecho de preferencia.<sup>1</sup>

Esta esperanza se satisface espontáneamente en un orden jurídico, que determina el orden de los derechos de garantía conforme al tiempo de los actos de ejecución (principio de prioridad o de prevención), y no se satisface en el sistema en donde rige la comunidad de riesgo (principio de igualdad), ya que aquí todos los acreedores que en alguna forma se hayan adherido a un juicio hipotecario intentado por otro acreedor, reciben un mismo tratamiento; da lugar por lo tanto, en el ámbito de una ejecución individual (ejecución en uno o varios bienes del deudor) una especie de concurso especial, en la medida en que varios acreedores, que participaron en el proceso, componen una especie.

Se ha caracterizado al principio de prevención como la solución alemana y al principio de igualdad como la solución francesa. Esto es exacto, si se sitúa uno en el estado actual del orden jurídico; no se trata desde luego de una "cuestión nacional fundamental", sino que resulta

<sup>1</sup> Cfr. § 805 Abs 1 ZPO.

ya del hecho que el proyecto alemán del Código Procesal Civil (ZPO) de 1931 propuso el principio de igualdad en el sentido de constitución de grupo. No obstante se expondrá brevemente un resumen del ordenamiento alemán y francés.<sup>2</sup>

Un breve resumen parece necesario, porque con esta oportunidad se puede demostrar que una mera y superficial confrontación entre el principio de igualdad y el de prioridad conduce a conclusiones erróneas; se comprobará, verbigracia, como los dos sistemas conocen de privilegios, comunes y especiales; cuanto más se expongan estos privilegios, tanto menor será el círculo de las pretensiones que impliquen el principio de igualdad o de la impugnación por motivos de fraude de acreedores (acción paulina) y tanto más se reducirá el principio de prioridad. Finalmente, existe una gran diferencia, de cuando el acreedor obtiene el derecho de preferencia al hacer valer el principio de prioridad. Puede ser en el momento del embargo, en base a una orden judicial o a una sentencia preliminar ejecutiva, o bien al pronunciarse una sentencia firme. Este resumen del derecho alemán y francés<sup>3</sup> y otras formas (véase *infra* II, III, IV), demostrará que el problema es complejo y que deben evitarse burdas simplificaciones. Finalmente, debe ser expuesto atendiendo a los intereses y a las máximas soluciones posibles, véase *infra* V) para concluir con una proposición de solución propia (véase *infra* VI).

## II. El principio de prioridad (la reglamentación alemana)

1. El principio de prioridad es reglamentado en la siguiente forma: por el § 804 Abs. 3 del Ordenamiento Procesal Civil (ZPO), para la ejecución forzosa con motivo de una deuda de dinero sobre los bienes muebles en el patrimonio,<sup>4</sup> y por el § 10 Ziff. 5 ZVG, en concordancia con el § 11 Abs. 2 ZVG, para el remate y el secuestro de bienes inmuebles. La forma técnica jurídica es para ambos grupos de objetos embargados diferentes: para los bienes muebles la prenda, constituida bajo garantía de embargo, y para los inmuebles el embargo. A pesar de la forma diferente, ésta no juega ningún papel en el principio de prioridad,<sup>5</sup> y tampoco para la eficiencia de embargo prendario y del reque-

<sup>2</sup> Cfr. Véase Fragistas, *A Beiträge zum Zivilprozess*, cuaderno 11.

<sup>3</sup> Junto al correspondiente derecho familiar.

<sup>4</sup> Es decir en bienes muebles, créditos y otros derechos patrimoniales, en tanto no se trate de bienes inmuebles.

<sup>5</sup> Si se prescinde de las dificultades, que se derivan de la construcción de los derechos de garantía, Teoría pública y privada, véase al respecto Schönke-Baur, *Zwangsvollstreckungs konkurs und Vergleichsrecht*, 8 Aufl., 1974. § 25 II; Lent Jaurenig, *Zwangsvollstreckung und Konkursrecht*, Aufl. 1972. § 16 III; Bruns, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 1963 § 19, III; Lueke JZ 1955, 484, 1957, 239; Martin, *Pfändungs pfandrecht und Widerspruchsklage in Verteilungsverfahren*, 1963, pp. 96 y ss. Ger-

rido *status* jurídico del embargo de inmuebles para el concurso: un derecho privilegiado lo obtienen tanto los acreedores prendarios (§ 49 Abs. 1 número 2 KO) como los acreedores, que han obtenido un embargo de bienes inmuebles (§ 47 KO) y específicamente en el orden cronológico de los actos de embargo de prenda y de bienes inmuebles. De ahí resulta la siguiente particularidad del derecho alemán: que los embargos prendarios y de bienes inmuebles obtenidos mediante ejecuciones forzosas particulares continúan en el concurso; un acreedor, por lo tanto, que haya adquirido una situación jurídica por medio de una ejecución forzosa, conserva un privilegio de exclusión también en el concurso. De ahí se obtiene lo siguiente:

a) El acreedor que en un concurso tuviera el derecho de exclusión, no tendría interés de formarle concurso al deudor ya que con la apertura del concurso no se beneficiaría ni se perjudicaría.

b) Otros acreedores que no hubiesen podido obtener una posición privilegiada tendrían con la apertura del concurso una ventaja: la posibilidad de que el síndico del concurso en el desarrollo de la acción revocatoria, pudiera eliminar el privilegio de los acreedores que concurren.

2. Otra particularidad del derecho alemán es la de que en el acto de ejecución que conduce a la prioridad, puede ser puesto "más adelante"; la prioridad puede estar fundada en los bienes muebles con un auto de embargo prendario o en los bienes inmuebles con un auto de embargo hipotecario,<sup>6</sup> y más esporádicamente por un acto de ejecución que descansa sobre una sentencia que no esté aún firme o sobre un título semejante (verbigracia un mandamiento de ejecución).<sup>7</sup>

Si posteriormente se revoca uno de esos mandamientos de ejecución, se cancela también el *status* jurídico del acreedor. Con este motivo es de mencionarse el instituto del *pre-embargo*: el acreedor que ha obtenido un título de ejecución y tenga la intención de embargar al deudor por una deuda, puede comunicarse al deudor y al deudor de su deudor el objeto próximo a embargarse. Esta notificación tiene el efecto de un embargo, siempre y cuando el embargo judicial se produzca dentro de las siguientes tres semanas. El preembargo asegura también la prioridad.

hardt, *Vollstreckungsrecht*, 1974, pp. 89 y ss.; Hitenckel, *Prozessrecht und materielles Recht*, 1970, pp. 309 y ss.; A Alomeyer. "Zur Lehre vom Pfändungspfandrecht", en *Sein und Werden im Recht*, 1970, p. 805.

<sup>6</sup> Particularidades *cf.* Schönke-Baur § 49 III.

<sup>7</sup> Ahí se encuentra la diferencia esencial al *derecho austriaco*, que parte también del principio de prioridad, pero que abstracción hecha de las excepciones que, para la fundamentación de la prioridad, presupone una sentencia definitiva (*cf.* § 1. Exekutionsordnung del 27.5.1896).

El derecho alemán da con ello la impresión de realizar estrictamente en su ordenamiento el principio fundamental de prioridad, sin atender a la fecha de la demanda, a la calidad de la demanda, a la fecha del mandamiento del título de ejecución: "A quien madruga Dios lo ayuda" (*Wer zuerst kommt, mahlt zuerst*) No obstante se esfuma la importancia de este principio fundamental si se contempla la realidad: el embargante inmobiliario privilegiado es perturbado por el derecho de garantía real tanto comercial como legal (véase más adelante 3), por los derechos de seguridad atípicos de las transmisiones de garantía, cesiones de garantía, y las reservas de dominio (véase *infra* 4) y finalmente porque ciertas demandas por su contenido son privilegiadas (véase *infra* 5).

3. El derecho alemán conoce derechos de garantía comerciales (derechos de garantía sobre muebles en demandas y derechos habituales, derechos de garantía reales como hipoteca y derechos de superficie), y esporádicamente derechos de garantía legales (verbigracia el arrendador sobre los muebles embargables del arrendatario). Estos derechos de garantía proceden posteriormente a través de actos ejecutivos de derechos fundados de garantía o de posiciones privilegiadas (confróntese § 805 ZPO; § 10 Ziff. 4 ZVG). La prioridad cronológica del derecho de garantía comercial y legal tiene posteriormente la preeminencia por un acto de ejecución a través de un derecho de prenda.

Lo que resulta de la experiencia de la vida de los derechos de garantía más solicitados, se observa que antes de que se tramiten las medidas de ejecución en contra del deudor se estrecha prácticamente el campo del patrimonio del deudor que sería de considerarse para los actos prendarios.

4. Lo mismo es válido para las formas de seguridad, atípicas<sup>8</sup> transmisiones de garantía (el deudor transfiere al acreedor en garantía de un crédito fiduciario la propiedad de una cosa de su pertenencia, pero cuya posesión conserva), la cesión en garantía (el deudor cede al acreedor por el mismo motivo un crédito que le corresponde) y la reserva de dominio (el vendedor conserva para sí la propiedad de la cosa vendida, hasta que el comprador pague el precio de compra). Sin entrar en detalles se puede afirmar que este *status* jurídico fiduciario del acreedor elimina el acto de prenda de un acreedor inseguro<sup>9</sup> o que refuerza el derecho de garantía. Tanto más usuales y pronunciadas sean estas formas de seguridad en la práctica, tanto menor será el campo para la ejecución forzosa del correspondiente acreedor. En otras palabras: la prioridad "realista" del derecho de garantía comercial y de los

<sup>8</sup> Véase al respecto Baur, Sachenrecht, 7 Aufl, 1973, §§ 56-59.

<sup>9</sup> § 771, ZPO.

derechos de seguridad, tienen en la realidad jurídica la preeminencia sobre la prioridad fundada de los actos ejecutivos.

Se puede, por ello, permitir hacer la advertencia, que —por lo menos desde el punto de vista del derecho alemán— el problema, de si el principio de prioridad o el principio de igualdad en el ámbito jurídico son iguales, es menos importante que el otro problema, que implica la necesidad de mejorar la situación jurídica de los acreedores inseguros. Ni el principio de igualdad ni el de prioridad son capaces de combatir la perspectiva, que resulta de la experiencia; los acreedores inseguros tienen a su disposición una parte del patrimonio del deudor que se reduce constantemente. Este problema se plantea también en forma análoga en el derecho francés.

5. El legislador otorgó privilegio a ciertos créditos (verbigracia, derecho de alimentos).<sup>10</sup> Estos privilegios pueden tener diferente contenido:

a) Bienes del deudor, que normalmente por razones político-sociales son inembargables, son con este motivo excepcionalmente embargables (verbigracia, embargo por alimentos en parte del salario, el cual normalmente es inembargable). Esta forma de privilegio carece de interés en relación al contexto de este trabajo.

b) Un contenido más amplio, en el sentido de considerar que un acreedor privilegiado es preferente de otro, aun cuando este último haya embargado anteriormente, es decir que el principio de prioridad opera para él. Así, verbigracia, conforme al § 10 Ziff. 2 ZVG, en el remate de una propiedad agrícola provocada por créditos laborales a los trabajadores agrícolas, son preferentes al embargo hipotecario conforme al §10 Ziff. 5 ZVG, aun cuando para el crédito laboral no exista un título ejecutivo o bien ya sea que bajo su fundamento se haya ordenado el remate.

La ley (§ 850 d Abs. ZPO) establece un determinado orden para los acreedores alimentistas. Aun cuando un acreedor alimentista haya embargado, pero que esté situado en segundo lugar, son preferentes los acreedores alimentistas de primer orden, aun cuando su embargo sea posterior y éste no se haya realizado. El principio de prioridad permanece hasta este grado inobservado.

Como conclusión se puede obtener lo siguiente:

Concurren varios acreedores ejecutantes a la ejecución forzosa de un mismo bien, es válido en el derecho alemán el principio de prioridad; el acreedor que realice el primer acto de ejecución es preferente; otros

<sup>10</sup> Véase al respecto Frisinger, *Privilegierte Forderungen in der Zwangsvollstreckung und bei der Aufrechnung*, 1967.

acreedores no están impedidos de adherirse a esta ejecución forzosa, pero tendrán una prioridad inferior.

Comercialmente, la importancia del principio de prioridad se limita a través de la preferencia cronológica de los derechos de garantía comerciales y legales y finalmente con la transmisión fiduciaria de derechos. Por otra parte, algunos créditos determinados (por motivos fiscales, socio-políticos, familiares) son privilegiados.

### III. *El principio de igualdad (la reglamentación francesa)* <sup>11</sup>

1. El principio fundamental se contiene en el artículo 2093 del Código Civil. "Los bienes del deudor constituyen la prenda general (mejor dicho: los objetos embargables) de sus acreedores. El precio se distribuye entre ellos por contribución, a menor que entre los acreedores haya causas legítimas de preferencia". Este fundamento general parece establecer la validez general del principio de igualdad. En realidad este principio, conforme a las diversas formas de ejecución forzosa, ha sido desarrollado con muchas variantes:

a) En su forma pura es aplicado en la ejecución forzosa de bienes muebles por deudas de dinero (*saisie exécution*); aquí todo acreedor tiene el derecho de adherirse al embargo practicado por otro acreedor (*opposition*), sin tener necesidad de un título especial de ejecución. Esta adhesión es permitida hasta la repartición del precio. <sup>12</sup>

En caso de no alcanzar el precio para todos los acreedores, entonces, todos los acreedores interesados son satisfechos uniformemente (distribución por contribución). Si se unifican los acreedores sobre la repartición del precio, esta unificación es entonces determinante. Si no prospera tal unificación el juez propone un proyecto provisional de repartición (artículo 663 C. C. P.), que constituye la base del reparto, si no es objetado (artículo 665 C. P. C.). Si la objeción prospera, el tribunal decide entonces en el orden establecido por la ley (artículos 666 y 668 C. P. C.).

b) En forma menos rigurosa se aplica el principio de igualdad con motivo de la ejecución forzosa de créditos; la materia es por ello más

<sup>11</sup> Véase al respecto "Voies et moyens d'exécution des actes, conventions et des décisions de justice", 1964, Dalloz, *Encyclopédie Juridique, Répertoire de procédure civile et commerciale*, t. I y II, 1955 y 1957 (más bibliografía con las abreviaciones); Fragistas, *op. cit.*, p. 32 y ss.

<sup>12</sup> Bajo otra concepción hasta un término establecido (*cf. artículo 660 CPC*). Conforme al derecho italiano el anuncio del acreedor que se adhiere hasta el término en el que se decida la venta del inmueble embargado (artículo 526, 564 CPC; Cappelletti-Perillo, *Civil procedure in Italy*, 1965, p. 327).

complicada, porque para el embargo de salarios y emolumentos existen normas especiales (véase *infra*, bb).

aa) La ejecución forzosa de créditos (*saisie arrêt*) no presupone, en contraste con la *saisie exécution*, ningún título ejecutivo y permite embargar a través de un auto de embargo, dictado por el tribunal en contra del deudor de su deudor, teniendo ello el efecto de la inhibitoria (artículo 1242 C.C.). La notificación de este acuerdo al deudor tiene el efecto de embargo. El juez tiene que determinar si la demanda de los acreedores contra el deudor procede y si el embargo del crédito se ha verificado en forma correcta. En caso de que estos dos requisitos sean satisfechos, procede el *judgement de validité*. Con la fuerza legal de esta sentencia pasan los créditos del deudor que tiene en contra de otro deudor a los acreedores, (cesión legal). La importancia de esto, en relación a este problema, radica en que otros acreedores<sup>13</sup> que hayan embargado el crédito en el momento en que la sentencia cobre efectos jurídicos definitivos, tienen el mismo rango que los acreedores que hayan embargado primero. Entre estos acreedores se realiza una distribución (artículo 579 C.C.P.). Los acreedores que embargan después de que cobre efectos jurídicos plenos el *judgement de validité* forman un nuevo grupo. Se organiza en esta forma el sistema de constitución de grupos.<sup>14</sup>

bb) Para la práctica de los especialmente importantes embargos de salarios y emolumentos, organizan los artículos 60a-73b del Código del Trabajo (Code du travail) una regla especial, que simplifica el proceso: los lineamientos generales de esta reglamentación son los siguientes:

La parte embargada del salario es determinada por el juez (artículo 64a Abs 3 Code du travail). Los restantes acreedores no pueden embargar, pero pueden inscribir la ejecución en un registro, (artículos 65-72 Code du travail) durante el tiempo en que el embargo del salario no se haya levantado.

El deudor del deudor (el patrón) debe consignar al tribunal las partes embargadas del salario después de tres meses. El tribunal considera la distribución entre los acreedores conforme a la porción de sus créditos (artículo 70 Code du travail). En este procedimiento se observa el principio de igualdad en forma pura.

c) La ejecución forzosa en los bienes inmuebles. También aquí se aplica el principio de igualdad (distribución por contribución) entre

<sup>13</sup> La frase "embargo sobre el embargo" (*saisie sur saisie ne vaut*) no es válida por lo tanto aquí.

<sup>14</sup> Para el derecho italiano, véase artículo 525-527; véase también al respecto Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, 1965, art. 525-527. Anuncio del crédito hasta un determinado término.



varios acreedores que consiguen el remate (*saisie immobilière*). Prácticamente se instrumenta el principio de igualdad cuando los acreedores hipotecarios proceden y entre ellos la medida de su fundamentación es el orden cronológico (distribución por orden).

2. Como en el derecho alemán, la eficacia del principio elegido en el caso el principio de igualdad, se juzga cuando se contempla la realidad jurídica.

También en derecho francés existen una multitud de privilegios:

a) Derechos de garantía comerciales y legales, así como de hipotecas, se imponen al acreedor inseguro, (artículos 2073, 2094 C.C.) Formas especiales de derechos de garantías reales no posesorias, que mediante la inscripción en un registro público gozan de preferencia, son, verbigracia, el de negocios comerciales (garantía hipotecaria inscrita en registro de una negociación), que equivale, en cierto sentido, a lo que el derecho alemán conoce como transmisión de garantía del depósito de mercancías y la cesión en garantía de los créditos que el empresario tiene contra terceros:

Además la prenda (*nantissement*) del equipo del material. (= garantía prendaria inscrita en registro del equipo y de los fondos de explotación de un oficio autónomo).

Finalmente, el derecho de garantía del vendedor de un vehículo de tracción vendido a crédito, que entra también en un concurso del vendedor (ley del 29.12.1834).

b) También el derecho francés tiene una serie de créditos privilegiados; créditos privilegiados a otros créditos en la distribución del precio en un remate, es decir: privilegios ordinarios (artículo 2101 C.C., verbigracia, gravámenes públicos) y privilegios especiales (artículo 2102 C.C.). Privilegiados son, verbigracia, los acreedores que han hecho mejoras en el bien sacado a remate, los créditos de un fondista, pero sobre todo el crédito en la venta de un bien mueble; con estos privilegios en la ejecución forzosa (¡no en el concurso!) se obtiene el mismo efecto que en el derecho alemán con la frecuente reserva de dominio.

3. Como conclusión se puede obtener la siguiente:

Si concurren varios acreedores en la ejecución de un bien inmueble propiedad del deudor, es válido en el derecho francés, el principio de igualdad.

El desarrollo del principio en cada una de las formas de la ejecución es diferente; esto es especialmente válido para el tiempo de referencia, cuando varios acreedores se pueden adherir en la ejecución bajo el orden del mismo rango. En la realidad jurídica el principio de igualdad

se limita por la preeminencia de los acreedores de toda clase de garantía comercial y legal, así como créditos privilegiados.

#### IV. Otras formas de solución en el problema de la concurrencia

1. El derecho suizo.<sup>15</sup> a) Es necesario hacer notar de antemano que el derecho suizo se caracteriza por dos formas especiales; por una parte aquella que puede introducir la acción ejecutiva normal sin que los acreedores exhiban sus títulos ejecutivos; por otra parte aquella —en la que la ejecución forzosa particular (*Spezialexécution*) se dirige en contra de no comerciantes, en tanto que los comerciantes están sujetos únicamente a la ejecución general (el concurso).<sup>15a</sup>

Para el concurso el principio válido es el de la satisfacción uniforme de los acreedores; en este contexto no es necesario añadir más.

b) Las ejecuciones forzosas particulares —en los bienes muebles o inmuebles así como en los créditos se verifican a través del embargo. Para varios acreedores interesados es válido el *sistema de la constitución de grupos*: en el primer embargo se pueden adherir otros acreedores en el lapso de 30 días, con la consecuencia que todos estos acreedores tendrían entre ellos el mismo rango. (artículos 110 y 111 *Gesetz über Schuldbetreibung un Konkurs* del 11.4.1889). Respecto a esto, es de hacer notar que la demanda de la redención del *orden de pago* no es suficiente para la adhesión, se exige más bien que el acreedor con la presentación de un título, ya sea definitivo o provisional, tenga el derecho de pedir el embargo. Al primer grupo de acreedores pueden adherirse un segundo grupo, para los que también es válido el lapso de 30 días.

c) Es interesante también lo siguiente: en virtud de que conforme a la petición del primer grupo de acreedores se tiene derecho a embargar únicamente hasta la satisfacción de sus créditos, hay lugar, de oficio, a un embargo adicional que procede solamente ante la necesidad de satisfacer completamente los créditos de ese grupo de acreedores (artículo 110 Abs. 1). Este embargo adicional puede conducir en la práctica

<sup>15</sup> Véase al respecto Fritzsche, *Schuld Getreibung, Konkurs, Sanierung*, I, 1954, II, 1955; *idem*, "Die Einleitung de Zwangsvollstreckung nach Schweizerischem Recht", en *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, 1957; Kuru, "Das schweizerische Schuld betreibungs und Konkursgesetz in der Türkei", en *Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs*, 1965, 97 y 1967, 33; Fragistas, *op. cit.*, p. 59 y ss.

<sup>15a</sup> En el derecho positivo mexicano conforme al artículo 2965 del Código Civil para el D. F., el concurso procede únicamente por deudas civiles en tanto que la quiebra es procedente conforme al artículo I, de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, y únicamente para comerciantes. (Nota del traductor.)

a un "concurso parcial". El tribunal de la causa distribuye la redención del remate de los inmuebles embargados a prorrata entre los acreedores del primer grupo, entre los del segundo, y así sucesivamente. Esto es válido también para el embargo de créditos, cuando el deudor del deudor paga voluntariamente al tribunal de la causa. De no ser el caso, pueden uno o varios acreedores solicitar del tribunal de la causa ser facultados para hacer efectivos judicialmente los créditos en contra del deudor de su deudor. En caso de que el acreedor obtuviera con ello buen éxito, le corresponde, en consecuencia, el pago del deudor de su deudor en primer lugar (artículo 131 Abs. 2). Ello significa que el acreedor, en cierta forma, como recompensa a su iniciativa y en compensación al riesgo del proceso que asumió, tenga privilegio sobre los demás acreedores de su grupo.

d) El privilegio del acreedor que ha embargado o que se ha adherido a un embargo persiste en el concurso, únicamente cuando los objetos embargados están ya valuados. De no ser este el caso, pertenecen los objetos embargados a la masa del concurso; no persiste un privilegio general de los acreedores embargantes. (artículo 199.)

e) Es de hacerse notar, finalmente, que —tanto en el derecho alemán como en el francés— los derechos de garantía comerciales y legales (dentro del primero prácticamente se cuenta la reserva de dominio) son preferentes a los acreedores embargantes. Ciertos créditos (verbi-gracia, los niños y los pupilos) son privilegiados.

2. El proyecto 1931 de un nuevo Código Procesal Civil Alemán (ZPO).<sup>16</sup> Este proyecto, que no llegó a ser ley, entraña la siguiente interrogante:

Principio de prioridad o de igualdad conforme al modelo suizo. Se apega fuertemente al principio de prioridad; modifica, sin embargo, este principio en el sentido del principio de igualdad, cuando en el lapso de 10 días, a partir de la constitución de la primera prenda constituida bajo garantía de embargo, se constituyen otras prendas que tienen la misma jerarquía. "El principio de prioridad no es, en consecuencia, válido para los grupos de derechos de garantía: Los derechos de garantía constituidos entre los diez días forman un grupo, este grupo goza del privilegio respecto de los grupos posteriores, empero, dentro de cada grupo es válido el principio de igualdad."<sup>17</sup> Esta reglamentación es válida fundamentalmente para formas determinadas de la ejecución forzosa por deudas de dinero, únicamente con la singularidad de la inscripción de más hipotecas necesarias, que es válida en el término de 30 días para la constitución del grupo. Como en el

<sup>16</sup> Publicado en libro 1931.

<sup>17</sup> Exposición de motivos, p. 520.

derecho suizo, está previsto en el proyecto un embargo adicional que opera de oficio. Con el embargo de créditos puede transferirse a un acreedor, con su consentimiento, el cobro del crédito en contra del deudor de su deudor. La redención del pago no le pertenece, en primer lugar —a diferencia del derecho suizo—, al acreedor que cobró, sino a todos los acreedores del grupo a prorrata. Si la adhesión en la ejecución forzosa llegó al concurso, no tienen preferencia los acreedores que han obtenido la prenda constituida bajo garantía de embargo; las prendas se incluyen sin ninguna limitación, por lo tanto, en la masa del concurso.

#### V. *Argumentos favorables y contrarios al principio de prioridad y al principio de igualdad*

Antes de proponer nuestra concepción e intentar una solución es recomendable exponer los argumentos favorables y desfavorables sobre estos dos principios que se han aducido por la doctrina o que se pueden deducir de los fundamentos legales.

1. Para el principio de prioridad se ha hecho valer lo siguiente:

a) La voluntad de cada acreedor es la determinante para el inicio y desarrollo de la ejecución forzosa.<sup>18</sup>

Cuando el acreedor individual pruebe cuidadosamente la insolvencia de su deudor y procure puntualmente la reclamación de su cobro, es justo y equitativo darle preferencia en la realización de la prenda.<sup>19</sup>

En contra de esta aseveración se afirma que el reconocimiento de la primera intervención únicamente está justificada cuando todos los acreedores estuvieren en la posibilidad de practicar el acto de ejecución, empero éste no es siempre el caso. Así, por ejemplo, los acreedores que hubieran consentido créditos en términos amplios y que no fueren exigibles, estarían en desventaja. También lo están los acreedores que no posean títulos ejecutivos y que tengan que procurarse primero uno. Si se quiere recompensar a los acreedores por su vigilancia con el principio de prioridad, es justo, entonces, considerar que el acreedor hizo valer primero su pretensión a la tutela judicial de su derecho y así, verbigracia, presentar la demanda para la obtención de una orden de ejecución.<sup>20</sup>

b) El principio de prevención conduce a que el acreedor intente hacer rápidamente efectiva la garantía de prenda, para darle posterior-

<sup>18</sup> Proyecto 1931, p. 429.

<sup>19</sup> Hahn, *Materialien zuden Reichsjustizgesetzen*, II, p. 449.

<sup>20</sup> Fragistas, *op. cit.*, p. 68 y ss.

mente tiempo al deudor de pagar voluntariamente su deuda y liberar consecuentemente la prenda. Por el contrario, al hacer valer el principio de igualdad, tendría el acreedor que ser muy cuidadoso de obtener lo antes posible la ejecución forzosa, para el remate, por el efecto de la concurrencia de otros acreedores. El principio de igualdad perjudicaría entonces al deudor.

En contra de esto se esgrime que con el principio de igualdad, conforme al sistema francés, los acreedores que concurren no necesitan ningún título, y son generalmente acreedores que concurren a tiempo. Una especial celeridad en la realización de la prenda, por lo tanto, no se justifica.<sup>21</sup>

c) Únicamente el principio de prioridad protege al deudor del peligro de un superembargo, en tanto que con el principio de igualdad el acreedor, por la posible concurrencia de otros acreedores, tiene que estar siempre atento de obtener un gravamen sobre un objeto del patrimonio del deudor lo más valioso posible.

d) El principio de prioridad asegura al primer acreedor; éste no tiene ningún interés de formarle concurso a su deudor. El principio de igualdad posibilita a los acreedores en lugar de gravar a su deudor de formarle concurso, de tal forma que tiene que contar con la concurrencia de los demás acreedores. En Suiza se han dado casos en los que el deudor pospone con gravámenes sucesivos la petición de la apertura del concurso.<sup>22</sup>

En contra de lo anterior se argumenta: que el principio de igualdad frustra el concurso, ya que posibilita una reglamentación análoga al concurso, pero sin concurso.<sup>23</sup> Además, el principio de prevención conduce a muchos procesos impugnatorios de acreedores (fuera del concurso y en un concurso contiguo) y a que los demás acreedores tendrían interés en eliminar al primer acreedor embargante con gravamen más privilegiado que el de ellos.<sup>24</sup> El principio de prevención únicamente impediría que todos los acreedores en el otorgamiento del crédito buscasen asegurarse con el reclamo de una garantía comercial o cualquier otra garantía, con la que los acreedores contarían obtener con una rápida intervención en ser los primeros embargantes. Únicamente el principio de prevención conduce a una simple liquidación de la ejecución forzosa. El principio de igualdad exigiría en su regla-

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 74.

<sup>22</sup> Fritzsche, *op. cit.*, I, p. 229.

<sup>23</sup> Proyecto 1931, p. 431: al respecto dice A. Heusler (*Zivil prozessrecht der Schweiz*, 1923, p. 182); la ventaja de este sistema absurdo (principio de igualdad) es que el deudor está condenado lentamente a muerte, en lugar de que de una vez por todas sea derribado y que de éste, sale más difícilmente que de un concurso mucho más sencillo y humano.

<sup>24</sup> Jaeger, *Aus der Praxis des Konkurs- und Vergleichsverfahrens*, 1929, p. 147.

mentación un complicado desarrollo, conforme al cual cada acreedor según sus posibilidades impugnaría la pretensión de cualquier otro acreedor. Además, existiría la duda en la ejecución forzosa de las pretensiones sobre quién haría valer la pretensión contra el deudor del deudor común; ninguno de la mayoría de los acreedores tomaría el riesgo de intentar un proceso contra el deudor de su deudor, por lo que habría de concederle al acreedor que intente el cobro del deudor de su deudor, una preferencia; con ello, sin embargo, se desvirtuaría el principio de igualdad.

2. Los argumentos favorables y contrarios al principio de igualdad se obtienen en gran parte ya de lo expuesto en el punto 1. Adicionalmente se aducen los siguientes puntos de vista:

a) El principio de igualdad excluye el azar y posibilita un tratamiento uniforme de los acreedores.<sup>25</sup>

b) El principio de igualdad subraya el pensamiento de la solidaridad de los acreedores e induce al Estado a proveer una satisfacción prorrateada a los acreedores. En contra de ello, el principio de prioridad hace hincapié en la iniciativa de la parte y descansa, en consecuencia, en una concepción individualista y liberalista del derecho y del Estado.<sup>26</sup>

c) El principio de igualdad obliga a probar a los acreedores desde el otorgamiento del crédito, si el patrimonio del deudor, en caso de dificultad en el pago, alcanzaría a satisfacer a todos los acreedores. A los acreedores no se les daría desde un principio la esperanza ilusoria que, a través de un primer embargo rápido, podría procurarse una preeminencia respecto a sus coacreedores. El principio de prevención, conduce, con ello, a acostumbrar a los interesados jurídicamente a que en caso de ausencia de pago recurran inmediatamente al tribunal; con ello se activa el pleito y la disposición procesal.<sup>27</sup>

## VI. Intento de solución propia

1. De una valoración del principio de prioridad y el principio de igualdad se puede establecer, en un primer término, que ambos principios parten de una valoración formal, específicamente la cronológica. Se diferencian entre ellos, en que el principio de prioridad se inicia en un determinado momento en el tiempo (específicamente con el primer embargo) y el principio de igualdad en un determinado espacio en

<sup>25</sup> Proyecto 1931, p. 429.

<sup>26</sup> Fragistas, *op. cit.*, p. 78.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 72.

el tiempo (del primer embargo hasta un determinado momento en el tiempo, verbigracia, el de la realización de la prenda o el de lapso de 10 o 30 días). A los dos sistemas se les formula el reproche de cierta arbitrariedad, ya que el primer embargo y los embargos subsiguientes adheridos hasta determinado momento en el tiempo no son las únicas circunstancias temporales relevantes. Se pueden proporcionar otras:

a) El momento de la constitución del crédito: ello significaría que el crédito más antiguo (el principio de prioridad) o los créditos "más antiguos" constituidos en un determinado espacio de tiempo (principio de igualdad) serían preferentes. Un tal sistema tendría la ventaja, que el otorgamiento del crédito al deudor en su constitución<sup>28</sup> sería considerado en la ejecución forzosa posterior.

b) El momento del ejercicio judicial de un crédito, es decir la interposición de la demanda o la demanda de ejecución con título ejecutivo.<sup>29</sup> Aquí podría aplicarse, en su forma pura, el principio de prioridad o el principio de igualdad. A un tal sistema, se le podría objetar que los crecientes acreedores, que serían preferidos, no se ocuparían de llevar adelante sus derechos.

c) El momento de la obtención o de la notificación del título ejecutivo. Aquí son posibles nuevamente los dos sistemas. En su favor podría decirse que con ello se elimina el azar del primer embargo (s); además, el acreedor que ha obtenido puntualmente su título ejecutivo no será obligado a embargar de inmediato. Puede dar tiempo a su deudor de pagar voluntariamente su deuda.

2. Cada consideración de un punto de vista temporal entraña el siguiente reproche: que se le da prioridad a los criterios formales sobre los materiales, es decir, que se descuida la "calidad", el "peso" de cada crédito. Estos puntos de vista *materiales* podrían ser:

a) La importancia de las prestaciones aducidas por el deudor a sus acreedores. De ahí se podría establecer, verbigracia, una preferencia de los créditos alimenticios, de los créditos de salarios y emolumentos y de los créditos fiscales, en tanto tales sin consideración, si han o no conducido a una ejecución forzosa.

b) La importancia de las prestaciones realizadas por el acreedor en beneficio de la persona o patrimonio de su deudor. De ahí se derivan, verbigracia, una preferencia de los créditos médicos, escolares, etcétera,

<sup>28</sup> Únicamente *este* otorgamiento de crédito puede ser juzgado por el acreedor.

<sup>29</sup> Al respecto véase Fragistas, *op. cit.*, p. 70.

así como una preferencia de los créditos derivados de contratos remuneratorios en los que el acreedor haya ejecutado su prestación de créditos derivados de contratos no remuneratorios.

c) La importancia de las prestaciones realizadas por el acreedor en la propiedad que se ejecuta. Bajo este punto de vista tendrían preferencia, verbigracia, los créditos para la reparación de la propiedad objeto del embargo, los créditos que financiaron la edificación del inmueble,<sup>30</sup> pero también los créditos del precio de compra relativos a la propiedad del embargado.

Los derechos positivos consideran estos puntos de vista materiales de diferente manera. En ellos, algunos créditos determinados (verbigracia, impuestos, salarios y emolumentos) tienen un privilegio, o determinados grupos de acreedores tienen un derecho de garantía legal en la propiedad embargada (así, verbigracia, el derecho de garantía del arrendador, hostelero, empresario, contratista).<sup>31</sup> Si se quisiera hacer depender la jerarquía de los acreedores en cada ejecución forzosa particular de la "calidad" de los créditos, entonces *todos* los créditos deberían medirse conforme a su "peso interno".

Desde luego, es bastante cuestionable la posibilidad de fijar en una ley tal sistema.

En nuestro contexto se trata únicamente de dar la indicación que el momento en el tiempo no es la única posibilidad para la solución del problema.

3. Antes de tomar la decisión entre el principio de prioridad y el de igualdad, es necesario liberar el principio de prioridad de ciertos abusos, que se localizan en el derecho alemán, pero que de ninguna manera se encuentran conceptualmente unidos a este principio.

a) No está justificado darle prioridad a una ejecución que tiene su fundamento en embargo. El sentido realista del embargo es evitar que el deudor disponga de la propiedad sujeta al embargo.<sup>32</sup>

Así lo dice el § 917 ZPO, que el embargo puede ser cancelado cuando sin necesidad el embargo "la ejecución de la sentencia se pueda malograr o se dificulta sustancialmente". La concurrencia amenazadora de otros

<sup>30</sup> Cfr., al respecto las discusiones del Tribunal Federal Alemán de los llamados créditos para la construcción; véase Baur, *Sachenrecht*, § 39, v. 3b.

<sup>31</sup> La preferencia puede ser arbitraria; así, verbigracia, cuando el saldo del precio sea privilegiado, no así el crédito que sirvió para la compra del inmueble. En Italia (artículo 2762, iv, C.C.) las financieras gozan del privilegio del vendedor a crédito; en Francia el problema únicamente se encuentra positivamente normado sobre el derecho especial de garantía del vendedor de automóviles (artículo 2 del Decreto de 30 G., 1953) para el derecho normal de preferencia del vendedor no es válido el artículo 2102, Nr. 4 C.C., analógicamente.

<sup>32</sup> Cfr. Baur, *Studien zum einstweiligen Rechtsschutz*, 1967, p. 23 y ss.



acreedores no es motivo para embargar,<sup>33</sup> con lo que no hay causa de privilegiar al acreedor hipotecario embargante.

b) Conforme al derecho alemán vigente, el acreedor embargante obtiene un derecho de garantía real sobre la propiedad embargada (§ 804 Abs. 1 ZPO).

Este derecho de garantía real persiste en un concurso subsecuente, y le da al acreedor embargante un derecho de exclusión; el derecho de garantía está, por lo tanto, situado en el mismo plano que los derechos de garantía comerciales y legales.

Aun cuando se tome al principio de prioridad como el correcto, no se está obligado a derivar esta consecuencia. El mismo legislador remarcó esto con el desarrollo de los fundamentos impugnatorios (§ 30 KO); la Ley de Transacción, § 87, determina que las medidas de ejecución de un acreedor, que han sido practicadas en el lapso de 30 días anteriores a la conclusión del convenio de transacción, son ineficaces con la ratificación del convenio. De ahí se deriva que el legislador, en cierta medida, establece el principio fundamental de *por condicio creditorum* como precedente del principio de prioridad.

4. En la decisión entre el principio de prioridad y el de igualdad no se trata únicamente de valorar los intereses del primer acreedor embargante, los de los demás acreedores y el deudor, sino de considerar los puntos de vista comerciales.<sup>34</sup> Se debe demostrar, por lo tanto, si uno o el otro principio restringen la libertad de movimiento comercial del deudor y perjudica su capacidad de crédito. Tal prueba demuestra que ni uno ni el otro principio tiene ventajas *determinantes*. Los dos principios fundamentales conducen a que el acreedor, al otorgar un crédito, busque procurarse la máxima seguridad comercial posible, con la validez del principio de prioridad, porque no puede contar con ser "el primer" embargante, y con la validez del principio de igualdad, porque tiene que contar con la concurrencia de otros acreedores.

Una ventaja cierta del principio de igualdad radica en que el acreedor acreditante cuenta, por lo menos, con una parte, de tal suerte que no está obligado a vigilar constantemente el negocio de su deudor para poder ser el primer embargante. Esta vigilancia es tanto más dificultosa, cuanto menor esté el acreedor familiarizado con las relaciones de su deudor. Con ello se perjudica, con el principio de prioridad, a los acreedores extranjeros o no vecinos del deudor.

5. Anteriormente, en el punto 1, se expuso que, tanto con la aplicación del principio de igualdad como con el principio de prioridad, los

<sup>33</sup> Rosenberg, *Lehrbuch des deutschen. Zivil proessrechts*, 6. Aufl. 1961 § 211, IV, 2<sup>a</sup>, Schönke-Baur, *op. cit.*, § 48, II, 2<sup>a</sup>.

<sup>34</sup> Véase al respecto Fragistas, *op. cit.*, p. 72 y ss.

acreedores son perjudicados a través de derechos de referencia realistas o personales. En la realidad jurídica, las discrepancias son considerablemente menores entre los acreedores inseguros, tratándose de un embargo de acreedores dependientes, que entre los acreedores inseguros de una parte y los acreedores seguros y preferentes de la otra. El legislador, en primer término, tendría que esforzarse en eliminar para todos los acreedores con derecho a la masa patrimonial, lo más posible los privilegios. Esto significa lo siguiente:

No es posible excluir la constitución de derechos de garantía comerciales, pero el orden jurídico debería de exigir que el principio fundamental de la publicidad, a través de las transmisiones de propiedad a los acreedores o de la inscripción en un registro público, permaneciera siempre preservado; los derechos de garantía atípicos (verbigracia, transmisiones de garantía) deberán ser eliminados. El número de derechos de garantía *legales* deberían ser limitados. No siempre en donde existe usualmente un anticipo del acreedor debe haber un derecho de garantía legal correspondiente. Muchos de estos derechos de garantía (verbigracia, el del hostelero) han sido impuestos por la tradición jurídica, sin considerar su justificación actual. Además, el número de créditos privilegiados no deberían ser extendidos sobre los deberes; conforme a la experiencia, grupos de interés de toda clase, incluso el Estado mismo que exige la preferencia en los créditos fiscales, intentan presionar al legislador para establecer un tal orden de privilegiados; a estas tendencias se les debería contrarrestar. ¿En qué pueden ayudar el principio de prioridad o el de igualdad cuando los acreedores no tienen bienes patrimoniales del deudor, susceptibles de embargo, a su disposición? <sup>35</sup>

6. Después de estos preliminares se puede hacer el intento de ponderar estos dos principios:

a) Con base a sus deudas, el deudor está obligado a satisfacer sus obligaciones en su vencimiento. Existen varias obligaciones que satisfacer, pero no alcanzan los recursos del deudor para ello y el deudor determina el orden de satisfacción; si el deudor satisface con retardo, debe cubrir al acreedor la mora, pero no se le puede, sin embargo, reprochar que satisfizo a un acreedor en lugar de otro. Tampoco está obligado a satisfacer a cada acreedor una parte de su crédito. Conforme al principio de prioridad, únicamente se puede hacer valer que los acreedores, con el embargo, determinen, en lugar del deudor, el orden de satisfacción en su favor. El legislador legitima hacer a los acreedores, lo que el deudor habría podido hacer. Si se considera válido el principio

<sup>35</sup> Para las particularidades del problema de este círculo no se pudo ahondar más, porque está fuera del tema.

de que el deudor ante varios créditos exigibles determine el orden de su satisfacción, entonces, es también justificable cuando esta facultad pasa a los acreedores, ya que esta preferencia del primer acreedor no conduce más que al mismo resultado que el impuesto por el deudor. No es la preferencia del acreedor "vigilante" (véase *supra*, V) la que se puede invocar como justificación del principio de prioridad, sino el ejercicio del derecho establecido por dos acreedores a través de la constitución del embargo.

A ello se aúna el punto de vista *práctico*, de que el principio de prevención posibilita en la reglamentación de una ejecución sencilla de la ejecución forzosa: 1. un proceso de distribución con la demostración de la justificación de diferentes créditos no es posible en todas las reglamentaciones. 2. la consecución del crédito embargado contra el deudor del deudor no es problemático, etcétera.

b) Es únicamente de preguntarse si estas fundamentaciones son suficientes para el principio de prioridad, para darle preeminencia sobre el principio de igualdad; esta pregunta debe ser contestada en sentido negativo.

aa) El mismo legislador establece el derecho a la libre determinación por el deudor y con ello se muestra escéptico en relación al principio de prioridad; ello se deriva de las disposiciones sobre las impugnaciones de los procesos del deudor dentro y fuera del concurso.

bb) Sin embargo, es decisivo que la misma ley en la organización del concurso contempla como principio fundamental justo al principio de igualdad en la satisfacción de los acreedores. El concurso debe abrirse cuando el deudor es insolvente o se ha desbordado en sus deudas.<sup>36</sup>

No obstante, conforme al concepto usual y uniforme, en virtud de una insolvencia que descansa en la falta de elementos de pago por una continua incapacidad del deudor, éste debe inmediatamente saldar en lo esencial sus deudas exigibles.<sup>37</sup> En caso de que el deudor no pueda satisfacer a otras deudas que lleguen a exigirse, rigurosamente, siempre se le debe abrir concurso;<sup>38</sup> sólo entonces se podría considerar el principio de igualdad, en el que se daría igual tratamiento a todos los acreedores. Es por ello inconsecuente que el legislador, en las ejecuciones forzosas particulares hechas por varios acreedores, haya ordenado

<sup>36</sup> Particularidades, véase Schönke-Baur, *op. cit.*, § 54, III.

<sup>37</sup> Jaeger-Weber, *Komm Z KO* 8. Aufl. 1959, § 102, Bem 2.

<sup>38</sup> Que esto no acontezca puede radicar en que una demanda no se intente ni por parte del acreedor ni del deudor, verbigracia, cuando un concurso no se reditúa porque el único patrimonio del deudor consiste en su salario.

el principio de prioridad, y con la ejecución colectiva, el principio de igualdad;<sup>39</sup> ¿o es un principio el correcto, o lo es el otro!

La decisión se inclina en favor del principio de igualdad, porque las ejecuciones forzosas particulares hechas por varios acreedores tienen el mismo tratamiento que la ejecución colectiva por varios acreedores, pero considerando el principio de igualdad en sentido general.

Aun cuando en la apreciación legal no se considera al principio de igualdad en el concurso, tiene el principio de igualdad los menores argumentos en su favor; la prioridad temporal de un acreedor (*prior tempore potior iure*) puede ser justificada en donde el deudor haya otorgado comercialmente una garantía, ya que este gravamen por conducto del principio fundamental de publicidad tiene efectos para todos. Sin embargo, en donde varios acreedores abandonen el libre patrimonio disponible del deudor, tienen, con la misma confianza, que tomar el mismo riesgo.

Al constituirse una "comunidad de riesgo" de acreedores no es justificable que un acreedor de esta comunidad pueda escapar de ella a través de un primer embargo. Los puntos de vista de la consecuencia interna de un ordenamiento positivo, como el de la consideración de un tratamiento justo para todos los acreedores, son favorables al principio de igualdad.

7. Queda por demostrar cómo debe presentarse el principio de igualdad, en donde únicamente pueden ser delineados los puntos fundamentales. Es por ello que deben considerarse los principios fundamentales de la pureza del sistema, tales como el de la practicabilidad.

a) El círculo de los acreedores interesados:

Desde un principio se puede eliminar el sistema que propone el proyecto alemán de 1931 (la constitución del grupo cada 10 días); este sistema es más bien un principio de prioridad modificado que un principio de igualdad. Indudablemente, es excluido al azar ciego con los intervalos cortos de tiempo, que evitan diferente jerarquía en determinados mandamientos de embargo y sus correspondientes actos de embargo. Pero la posibilidad de que otros acreedores se adhieran a un embargo determinado surge por motivos técnicos bastante reducidos. Esta posibilidad es, en el sistema suizo (30 días para la constitución del grupo), mucho mejor ya que el círculo de acreedores *puede* comprender en el primer embargo un número mayor; pero aun aquí el azar juega un papel importante, porque el primer embargo no se da a conocer y el término de 30 días rara vez alcanza, para obtener un título ejecutivo,

<sup>39</sup> Aun en caso de concurso se podría pensar en tal reglamentación, que el acreedor que haya iniciado primero el concurso tenga privilegio sobre los demás.

cuando el deudor contradice la orden de pago del acreedor que pretende adherirse.<sup>40</sup> Desde el punto de vista de la pureza del sistema, el principio fundamental previsto en el derecho francés para la ejecución de los bienes muebles tendría aprobación, porque precisamente los acreedores hasta la distribución del precio no se pueden adherir (especialmente conforme a una opinión diferente hasta el transcurso del término de un mes a requerimiento de los acreedores embargantes, pueden los acreedores que se adhieren justificar sus créditos presentados, artículos 659-661 CPC).

Pero este sistema tiene la desventaja que el proyecto de distribución tiene que ser constantemente modificado y que no es adecuado para las ejecuciones de créditos. La prioridad tiene —análogamente como en derecho italiano—<sup>41</sup> una solución, que prevé que el órgano ejecutor con el primer embargo señala un término para la adhesión; éste debe ser determinado de tal suerte que alcance el momento en que, conforme a la experiencia, dé lugar al remate.<sup>42</sup> Esta solución sería operativa, seguramente, en la ejecución de bienes muebles e inmuebles. Por el contrario, hay dificultades en el embargo de créditos, especialmente los créditos sucesivos, ya que aquí la “valorización” no depende de la determinación del órgano ejecutor. Debería aquí elegirse una reglamentación similar a la prevista por el *Code du travail* francés: el deudor del deudor tiene que pagar su deuda al órgano ejecutor. Todos los acreedores que se hayan adherido a la ejecución al momento del pago serán satisfechos uniformemente. Esto sería operativo también con el embargo de créditos sucesivos (salarios y emolumentos), ejemplo: el acreedor *A* embarga el crédito de emolumentos que *S* tiene en contra de *DS*. Posteriormente, *B* se adhiere. El 31 de enero paga *DS* al órgano ejecutor. En la distribución se satisfacen *A* y *B*. El 5 de febrero se adhiere el acreedor *C*; el 10 de febrero, el acreedor *D*. El 28 de febrero paga *DS*. Se realiza, en consecuencia, la distribución en favor de *A*, *B*, *C* y *D*.<sup>43</sup>

*b)* Los presupuestos de la adhesión. Aquí el problema a resolver es si el acreedor que se adhiere debe tener ya un título ejecutivo o si el simple anuncio de su crédito es suficiente. La afirmativa a la primera alternativa conduciría a que cada acreedor estaría estimulado a, inmediatamente, procurarse un título ejecutivo para poderse adherir en tiempo y forma; la multiplicación de procesos sería la consecuencia. Se ofrece aquí la siguiente solución: la adhesión —como en el derecho

<sup>40</sup> Fritzsche, *op. cit.*, I, p. 218.

<sup>41</sup> *Vid supra*, nota 14.

<sup>42</sup> O cualquier valorización.

<sup>43</sup> *A* y *B* en tanto que no hayan sido satisfechos en la primera distribución. Para la cuantificación de las cuotas *A* y *B* serán considerados con un saldo y no con su crédito originario.

francés e italiano y analógicamente como en el derecho alemán en el concurso— no exige ningún título ejecutivo. El acreedor que se adhiere —a quien no se le exige ningún título ejecutivo— toma parte de la satisfacción si el deudor o los otros acreedores, que también toman parte, no lo objetan. Si alguna de estas personas objeta su crédito, se le da al acreedor en cuestión un término durante el cual tiene que inconformarse en contra de la objeción. Su parte proporcional de precio se guarda hasta la conclusión del proceso. La distribución al acreedor que se adhiere, y del que no se exigió título ejecutivo es, por lo tanto, primeramente provisional. Su parte proporcional se le aplica si el proceso le es favorable. En caso contrario se aplica esta parte proporcional a los otros acreedores.

c) Derechos de garantía y créditos privilegiados. En la misma forma pueden ser tratados los derechos de garantía comerciales y legales. En tanto los interesados no dispongan de estos derechos en títulos ejecutivos, tienen que obtener su derecho contra un interesado opositor. Su satisfacción correlativa (correspondiente a su derecho de preferencia) debe, entre tanto, ser depositada.

d) Conflictos de jerarquía. Conflictos en la distribución de los beneficios. A diferencia de los recién tratados conflictos no radica aquí el problema acerca de la existencia de determinados créditos o de los derechos de garantía o de preferencia habituales u objetivos, sino de la jerarquía de dichos derechos, y de los conflictos habituales en la distribución del producto (verbigracia, acerca de la oportunidad temporal de la adhesión). La mayoría de los órdenes positivos prevén que el órgano ejecutor (el tribunal ejecutor) confeccione un proyecto de distribución, que puede ser controvertido mediante su impugnación.<sup>44</sup>

Sobre esta reglamentación se desprenden, conforme a la experiencia, considerables retardos, aun cuando ciertos órdenes positivos<sup>45</sup> determinen la competencia territorial del tribunal recurrido, conforme a la residencia del tribunal que distribuye el producto. Sería aquí conveniente declarar competente al tribunal que distribuye el producto, y específicamente como lo norma el artículo 1485 2 del SchKG suizo, que dice “en procesos apresurados” con la reducción de los términos y el fortalecimiento de las medidas de demora.<sup>46</sup> Se podría también sugerir la eliminación del proceso ordenado y aplicar al respectivo procedimiento los principios fundamentales de la jurisdicción voluntaria.

e) El ejercicio del crédito embargado en contra del deudor del deudor. Como ya se indicó, este problema presenta especiales dificultades:

<sup>44</sup> Cfr., verbigracia, § 872 y ss., ZPO; artículo 512 CPC Italiano; artículos 666 y 670 CPC francés; artículo 148 SchKG suizo.

<sup>45</sup> Verbigracia, el alemán y el suizo.

<sup>46</sup> Cfr. Guldener, *Schweiz. Zivilprozessrecht*, 2. Aufl., 1958, p. 487 y ss.

en tanto que el primer acreedor embargante participa él solo en la ejecución, tiene interés en hacer efectivo el crédito que tiene su deudor en contra de un tercero. Este interés disminuye cuando tiene que compartir el producto con acreedores que se adhieran, pero tomando él únicamente el riesgo. Estando más acreedores involucrados, es dudoso si el primer acreedor embargante o cualquier otro acreedor está siquiera legitimado, para hacer efectivo dicho crédito. Esta última dificultad se soluciona —como en el derecho suizo— que se legitima a uno (s) acreedor(es) a intentar el proceso contra el deudor del deudor, y cada acreedor está autorizado a adherirse al proceso como coautor; es por ello justificable que la sentencia cobre efectos a favor y en contra de todos los acreedores, y sin considerar si actuaron o no como coautores en el proceso.

La demanda debiera estar intentada siempre como prestación del tribunal ejecutor. Más difícil es la repartición del riesgo: la solución del derecho suizo, que va contra lo objetivamente necesario y conduce a un rompimiento decisivo de la comunidad de riesgo, al permitir que el acreedor victorioso sea satisfecho en primera línea con el crédito de un tercero del deudor, en compensación a la asunción de su riesgo. Tal solución sería deseable, si todos los acreedores conjuntamente absorbieron en sus créditos a prorrata el proceso perdido y que, además, cada acreedor anticipara su contribución en la costa procesal al correspondiente acreedor. En caso de rehusarse, se le excluiría al respectivo acreedor de la prestación realizada por el tercero.

En caso de que la demanda interpuesta contra este tercero no tuviera una prestación en dinero, sino que versara sobre una cosa mueble o inmueble, la entrega se le debería hacer al síndico del concurso para su valuación y la distribución de su redención.

## VII. *Conclusión*

Después de sopesar cuidadosamente los argumentos favorables y contrarios, me inclino por el principio de igualdad sobre el de prioridad. Es equitativo, respecto de los intereses del acreedor y es uniforme al excluir el azar del principio temporal de prioridad; no afectan los intereses del acreedor. Las dificultades técnicas que resultan del principio de igualdad pueden ser solucionadas satisfactoriamente.