

RENÉ RAMOS PAZOS

Para Enrique Barón, cliente
propia y muy estimado colega,
con especial afecto

(acept) - 26-4-2005 

**DE LAS
OBLIGACIONES**

© 2004 René Ramos Pazos

Editorial LEXIS NEXIS Chile
Miraflores 383, piso 11, Santiago, Chile.
Teléfono: 600 700 8000
www.lexisnexis.cl

Registro de Propiedad Intelectual N° 141.609

I.S.B.N. 956 - 238 - 500 - 0

DE LAS OBLIGACIONES

1ª edición octubre 2004

Tiraje: 300 ejemplares

Impresores: CyC Impresores - San Francisco 1434, Santiago

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ADVERTENCIA

La ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor. El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento, de la presente publicación, queda expresamente prohibido. Usos infractores pueden constituir delito.

CAPÍTULO PRIMERO CONCEPTOS GENERALES

PRIMERA PARTE

1.- Derechos reales y derechos personales o créditos. El Código Civil en el artículo 576 expresa que “las cosas incorporales son derechos reales o personales” y, en las disposiciones siguientes, define el derecho real como aquel “que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona” (art. 577), y el personal como el “que sólo pueden reclamarse de ciertas personas, que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas...” (art. 578).

2.- Las nociones de derecho personal o crédito y obligación son correlativas. Representan las dos caras de una misma medalla. En efecto, no puede concebirse una sin la otra, de modo que, en definitiva, se hablará de derecho personal o de obligación, según la relación entre los sujetos se mire desde el punto de vista del acreedor (titular de un crédito) o del deudor (obligado en esa relación). Así lo deja en evidencia el artículo 578 al definir el derecho personal o crédito.

Lo recién dicho nos obliga a formular algunas precisiones, que iremos desarrollando en los puntos siguientes.

- a) en el caso que se acaba de señalar, del artículo 1603 inc. 3º, en que va ser competente para hacer la declaración de suficiencia del pago, el que ordenó la notificación; y
- b) en la situación contemplada en el artículo 1600 inciso final, es decir, cuando había un juicio que se podía enervar mediante el pago. En este caso la suficiencia debe calificarse en ese juicio.

475.- Efectos del pago por consignación. El pago por consignación produce los efectos normales de todo pago: extinguir la obligación. Así lo dice el artículo 1605: "El efecto de la consignación suficiente es extinguir la obligación, hacer cesar, en consecuencia, los intereses y eximir del peligro de la cosa al deudor, todo ello desde el día de la consignación". Agrega la norma, en su inciso 2º que "sin embargo, si se trata de una obligación a plazo o bajo condición, aceptada la consignación por el acreedor, o declarado suficiente el pago por resolución ejecutoriada, la obligación se considerará cumplida en tiempo oportuno siempre que la oferta se haya efectuado a más tardar el día siguiente hábil al vencimiento de la obligación, pero el deudor quedará obligado en todo caso al pago de los intereses que se deban y al cuidado de la cosa hasta la consignación".

476.- Gastos de la consignación. Son de cargo del acreedor. Así lo dispone el artículo 1604: "Las expensas de toda oferta y consignación válidas serán a cargo del acreedor".

477.- Retiro de la consignación. Este aspecto está tratado en los artículos 1606 y 1607.

El primero señala que "mientras la consignación no haya sido aceptada por el acreedor, o el pago declarado suficiente por sentencia que tenga la fuerza de cosa juzgada, puede el deudor retirar la

consignación y retirada, se mirará como de ningún valor y efecto respecto del consignante y de sus codeudores y fiadores".

Pero la consignación puede incluso retirarse con posterioridad a la extinción de la obligación, según expresa el artículo 1607 "Cuando la obligación ha sido irrevocablemente extinguida podrá todavía retirarse la consignación, si el acreedor consiente en ello".

Pero en este caso, como la obligación ya se había extinguido, se trata de una nueva obligación y por ello, los codeudores y fiadores no quedan obligados, ni el acreedor conserva sus privilegios o hipotecas del crédito primitivo. Y si por voluntad de las partes se renovaren las hipotecas precedentes, se inscribirán de nuevo y su fecha será la del día de la nueva inscripción.

Esta situación se asemeja a la novación, pero es distinta, pues para que haya novación tiene que haber una obligación existente — artículos 1628 y 1630— y aquí no la había porque la anterior ya estaba extinguida.

PÁRRAFO III

DEL PAGO CON SUBROGACIÓN.

478.- Concepto de subrogación. En términos generales, la voz subrogación evoca la idea de substitución o reemplazo de una cosa por otra o de una persona por otra. De esa forma, la subrogación puede ser real o personal.

En la real, una cosa toma el lugar de otra, que se le reputa de su misma naturaleza y cualidades. Ejemplo claro de esta subrogación se encuentra en la sociedad conyugal, en los casos contemplados en el artículo 1733 del Código Civil.

En la subrogación personal, una persona toma el lugar de otra, ocupa su sitio, pudiendo por ello ejercitar sus acciones y derechos.

Así el heredero subroga al causante, sucediéndole en todos sus bienes, derechos, acciones y obligaciones transmisibles.

En el pago por subrogación, el tercero que paga una deuda ajena pasa a ocupar el lugar del acreedor a quien paga. De esta manera se produce la situación particular de que no obstante estar pagada la obligación, ese pago no extingue el derecho de crédito, el que se mantiene con sus derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas, en favor del tercero que paga, que pasa a ser su nuevo titular.

479.- Definición de subrogación. El artículo 1608 señala que “la subrogación es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero, que le paga”. Se critica esta definición porque la voz transmisión es propia de la sucesión por causa de muerte, para significar el traspaso del patrimonio del causante a sus herederos.

Sin embargo, no resulta tan impropio hablar en este caso de “transmisión”, si se piensa que lo que el legislador ha querido significar es que el tercero que paga queda, respecto del acreedor a quien paga, colocado en una situación análoga a la que se encuentra el heredero respecto del causante. Pasa a ocupar su lugar.

Otra crítica a la definición, y más fundada, es que no da una idea clara de la institución. Por eso es mejor definirla, en la forma que lo hace una antigua sentencia, como “una ficción legal en cuya virtud una obligación que debía considerarse extinguida por el pago hecho por un tercero queda, sin embargo, vigente, en poder de éste, el cual obra como si fuere la misma persona del acreedor”.⁴³⁹

Abeliuk siguiendo esta misma idea la define en términos más completos, señalando que “es una ficción jurídica, en virtud de la cual cuando un tercero paga voluntariamente con dineros propios

⁴³⁹ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 17, sec. 1ª, pág. 542. Véase también *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 94 sec. 1ª, pág. 94.

una obligación ajena, ésta se extingue entre el acreedor y deudor, pero subsiste teniendo por nuevo acreedor al que efectuó el pago”.⁴⁴⁰

La subrogación es una ficción pues la realidad es que si la obligación se paga, el efecto normal debiera ser su extinción, con sus privilegios, hipotecas, etc. Y sin embargo, por el hecho de ser pagada por un tercero con dineros propios, subsiste la misma obligación.

480.- Paralelo entre la cesión de créditos y el pago con subrogación. Pothier sostenía que en el pago por subrogación existe una cesión de derechos ficticia. La verdad es que las dos figuras se asemejan, pues en ambas se produce un cambio en el titular del crédito. Sin embargo, hay entre ellas diferencias importantes, siendo la fundamental el que la cesión de derechos importa una especulación, y la subrogación un pago. En efecto, el cesionario pretende hacer un negocio, comprando el crédito barato y cobrándolo en su integridad. No ocurre lo mismo en la subrogación, en que el tercero que paga sólo cobrará lo que pagó. Constituye únicamente una garantía para el que paga, pues subsisten las acciones, derechos, privilegios, prendas e hipotecas del crédito pagado.⁴⁴¹

481.- En la subrogación, el tercero que paga tiene diferentes acciones para recuperar lo que pagó. En efecto, va a tener el mismo crédito del acreedor a quien pagó, con sus acciones, garantías y privilegios. Pero también podrá hacer uso de las acciones que deriven de la vinculación que él pueda tener con el deudor. Así por ejemplo, podría ser fiador, y tendrá las acciones de la fianza; si paga con el consentimiento del deudor, será su mandatario y tendrá las acciones propias del mandante; si paga sin la voluntad del deudor,

⁴⁴⁰ ABELIUK: ob. cit., T. II, N° 652, pág. 542.

⁴⁴¹ Véase CLARO SOLAR: T. XII, N°s. 1505 al 1515, págs. 211 a 227.

será su agente oficioso, y tendrá las acciones que en tal carácter le competen, etc.

482.- Clases de subrogación. El artículo 1609 distingue entre subrogación legal y convencional: "se subroga un tercero en los derechos del acreedor, o en virtud de la ley, o en virtud de una convención del acreedor".

483.- Subrogación legal. Opera por el solo ministerio de la ley. Así lo dice al artículo 1610, "se efectúa la subrogación por el ministerio de la ley y aun contra la voluntad del acreedor, en todos los casos señalados por las leyes, y especialmente a beneficio...".

Como opera por el solo ministerio de la ley, es consensual.

El artículo 1610 contempla 6 casos. La norma no es taxativa, como lo demuestra la expresión "especialmente" de que se vale la disposición. Y así pueden mencionarse otros casos, como el del tercer poseedor de la finca hipotecada que paga la hipoteca (artículo 2429); el del legatario que paga la hipoteca con que la cosa legada estaba gravada (artículo 1366); el del que paga por error una deuda ajena que para recuperarlo pagado, puede intentar contra el deudor las acciones del acreedor (artículo 2295); el contemplado en el artículo 1965, en que los acreedores del arrendador de la cosa arrendada pasan a subrogarse en los derechos y obligaciones del arrendador, etc.

484.- Primer caso de subrogación del artículo 1610. "Se efectúa la subrogación por el ministerio de la ley y aun contra la voluntad del acreedor, en todos los casos señalados por las leyes y especialmente, a beneficio:

1º Del acreedor que paga a otro acreedor de mejor derecho en razón de un privilegio o hipoteca".

En este caso concurren los tres actores típicos del pago por subrogación: el deudor, el acreedor y un tercero que paga. La

particularidad es que este tercero que paga no es un tercero cualquiera, sino un tercero muy especial, pues es también acreedor del mismo deudor, pero su derecho es de rango inferior al del acreedor pagado, en razón de un privilegio o hipoteca de que goza el crédito de este último.

Explicación previa. La ley no ha colocado a todos los créditos en un mismo rango. Atendiendo a la naturaleza de ellos, ha establecido un orden de prelación que determina que unos acreedores se paguen antes que otros. Así, por ejemplo, el Fisco, por los impuestos de retención y recargo adeudados tiene un crédito privilegiado; lo mismo los trabajadores por sus remuneraciones. Las causas de preferencia, como veremos, son el privilegio y la hipoteca, artículos 2469 y 2470. Hay 5 clases de créditos, siendo los de quinta clase los llamados valistas o quirografarios que se pagan al final. Ahora dentro de cada categoría, también hay preferencias. Así, por ejemplo, los acreedores hipotecarios se pagarán según el orden de las fechas de sus hipotecas (art. 2477), y en las de igual fecha, según el orden de la inscripción del contrato (2410).

Explicado lo anterior, volvamos al N° 1 del art. 1610.

En este caso el tercero que paga es también acreedor del deudor, y paga a otro acreedor de mejor derecho. El mejor derecho de este último derivará de que su crédito goza de preferencia, en virtud de un privilegio o hipoteca.

¿Qué utilidad tiene esta subrogación para el tercero que paga? La explicación que se da es que de esa forma puede evitar que el acreedor de mejor derecho haga efectivo su crédito, lo que podría perjudicarlo, si rematado el bien, no alcanzare para satisfacer ambos créditos. La situación se ve clara si se piensa en dos acreedores hipotecarios. El de grado más bajo paga al de grado más alto con el objeto de impedir el remate del inmueble hipotecado. Con ello se pone a cubierto del riesgo de que lo obtenido en la

subasta no alcance para pagar su crédito, quedando satisfecho únicamente el acreedor preferente.

Requisitos para que estemos en este caso:

- a) que el pago lo haga otro acreedor, no un tercero cualquiera; y
- b) que el pago se haga a un acreedor de mejor derecho, en virtud de un privilegio o hipoteca.

En relación con este caso, se plantea el problema de determinar si el acreedor que paga el crédito hipotecario debe practicar una nueva inscripción de la hipoteca, a su nombre. La respuesta generalmente aceptada es que no se hace de ese modo, pues, si se practicara una nueva inscripción, la hipoteca ya no sería la misma sino otra, que al ser más nueva, sería de menor grado. Y no es eso lo que ocurre en la subrogación, pues en conformidad al artículo 1612, el crédito pasa del acreedor al tercero que paga, con "sus hipotecas. Luego no es necesario de nueva inscripción, bastando a lo sumo con practicar una anotación al margen de la inscripción hipotecaria. En este sentido, buena parte de la doctrina."⁴⁴²

La Corte Suprema, en un fallo dividido de 4 votos por 3⁴⁴³, resolvió que era necesaria una nueva inscripción de la hipoteca. Su error fue estimar que en la subrogación hay una transferencia, que por lo mismo debe hacerse mediante inscripción. Según Claro Solar, este fallo desconoce manifiestamente la naturaleza jurídica del pago con subrogación.⁴⁴⁴

⁴⁴² SOMARRIVA: *Tratado de las Cauciones* N° 415; ARTURO ALESSANDRI: *Del traspaso del Derecho de Hipoteca en el pago con subrogación*, T. 21, Primera Parte, pág. 5, en que comenta la sentencia publicada en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. XXI, segunda parte, sección 1ª, pág. 146; DAVID STITCHKIN: ob. cit., T. II, N° 184, pág. 216-217; LUIS CLARO SOLAR: T. XII, N° 1579, pág. 278; ABELIUK: ob. cit., T. II, N° 672, págs. 559-560.

⁴⁴³ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. XXI, sec. 1ª, pág. 146.

⁴⁴⁴ Ob. cit., T. 12, N° 1579, págs. 277 y siguientes. Posteriormente la Corte Suprema tomó el buen camino (T. XXVI, sec. 2ª, pág. 43).

485.- Segundo caso. "Del que habiendo comprado un inmueble es obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado". En este caso la subrogación opera en favor del comprador de un inmueble hipotecado. Si la adquisición ha sido hecha en virtud de otro título distinto al de compra, no estamos en la situación regulada por el artículo 1610 N° 2.⁴⁴⁵

La utilidad de esta norma se va a producir respecto del que compra un inmueble gravado con varias hipotecas. Imaginemos un ejemplo de un predio gravado con 3 hipotecas. Puede ocurrir que el comprador pague a los dos primeros acreedores hipotecarios pero no al tercero. En tal caso, ese tercer acreedor hipotecario puede sacar la finca a remate. Si el resultado de la subasta no alcanza sino para pagar la primera y segunda hipoteca, el tercer acreedor hipotecario no se va a pagar porque el comprador del inmueble se subroga en los derechos de los acreedores hipotecarios a quienes pagó (1° y 2°). La situación es curiosa porque la primera y segunda hipoteca habían desaparecido al ser pagados sus titulares por el comprador, pero para estos efectos reviven, pasando el comprador a ocupar su lugar. De esta forma, si bien éste va a perder el inmueble, por lo menos va a recuperar el dinero invertido al pagarse preferentemente con el precio logrado en el remate.

486.- Utilidad del artículo 1610 N° 2 en el caso de la purga de la hipoteca. La situación que estamos estudiando pasa a tener mucha importancia en el caso en que se subasta una finca gravada con varias hipotecas, y en que respecto de un acreedor hipotecario no se produce la purga por no haber sido debidamente emplazado. Según la generalidad de la doctrina nacional, cabe aplicar el artículo 1610 N° 2.

⁴⁴⁵ ALESSANDRI, pág. 361; CLARO SOLAR, T. 12, N° 1526, pág. 239; ABELIUK: ob. cit., T. II, N° 662, pág. 550; STITCHKIN: ob. cit., T. II, N° 190, pág. 223. En contra, Robustiano VERA, T. V, pág. 189.

Para la mejor comprensión del tema, demos una explicación breve de lo que significa la purga de la hipoteca.

Cuando un predio está gravado con varias hipotecas, y uno de los acreedores hipotecarios, haciendo efectivo su derecho real de hipoteca, lo saca a remate, debe notificar personalmente a todos los otros acreedores hipotecarios, con el objeto que dentro del término de emplazamiento (que se ha entendido que es el del juicio ordinario) hagan valer sus derechos. Pues bien, si cumplidos estos trámites se subasta la finca hipotecada, y el resultado del remate no es suficiente para pagar a todos los acreedores hipotecarios, se pagarán los acreedores hipotecarios que alcancen, y respecto de los que no alcancen, se entenderán sus hipotecas extinguidas por el modo de extinguir "purga de la hipoteca". De esa forma el que subasta la finca la va a adquirir libre de hipotecas. Así lo establece el artículo 2428 inciso 21.

Ahora bien, puede ocurrir que uno de los acreedores hipotecarios no hubiere sido notificado. Imaginémosnos que el predio tenía 4 hipotecas y no se citó al titular de la tercera hipoteca. Producido el remate, este tercer acreedor hipotecario mantiene su hipoteca (la subasta le es inoponible) por lo que, haciendo uso de su derecho, puede perseguir la finca y sacarla nuevamente a remate.

¿Significa lo anterior que por el hecho de no haber sido notificado para el primer remate, su derecho ha mejorado pasando a tener la calidad de primer (y único) acreedor hipotecario? No es así, porque, para estos efectos, la primera y segunda hipoteca reviven en el comprador que adquirió el bien en la primera subasta, quien pasa a ocupar el lugar de los acreedores hipotecarios pagados en ella. Lo anterior significa que si lo obtenido en el nuevo remate no alcanza sino para pagar las dos primeras hipotecas, el tercer acreedor hipotecario no se va a pagar. Su hipoteca se extinguió por el modo de extinguir "purga de la hipoteca".

487.- Subrogación del tercer poseedor de la finca hipotecada. Este es un caso de subrogación que no está establecido en el artículo 1610 N° 2, pero que resulta oportuno tratarlo ahora, por la relación que tiene con la materia que estamos estudiando.

Para la cabal comprensión, tenemos que precisar lo que se entiende por tercer poseedor de la finca hipotecada. Es tercer poseedor la persona que cumple dos requisitos:

- a) no es deudor personal de la deuda garantizada con hipoteca; y
- b) es el poseedor (normalmente el dueño) de la finca hipotecada. Estos requisitos se cumplen respecto del propietario de un inmueble que lo da en hipoteca para garantizar una deuda ajena y del que adquiere una finca que está gravada con hipoteca.

Pues bien, si el deudor de la obligación garantizada con hipoteca no paga, el acreedor hipotecario va a perseguir la finca en poder de quien se encuentre (consecuencia de ser el derecho de hipoteca un derecho real). En este caso, deberá notificar al tercero poseedor de la finca hipotecada (no porque éste deba, porque nada debe ya que él no es deudor personal), sino con el objeto de que pague la deuda o abandone la finca. Si paga, se va a subrogar en el derecho del acreedor hipotecario a quien paga. Así lo establece el artículo 2429, señalando que "se subroga en los derechos del acreedor en los mismos términos que el fiador".

488.- Tercer caso: "Del que paga una deuda a que se halla obligado solidaria o subsidiariamente". Este caso ya lo conocemos. El codeudor solidario que paga se subroga en los derechos del acreedor a quien paga, para dirigirse en contra de sus codeudores, pero respecto de cada uno sólo por su cuota (artículo 1522).

En el caso del fiador que paga, pasa a subrogarse en los derechos del acreedor a quien paga, pudiendo dirigirse en contra del deudor principal, con la misma acción que tenía el acreedor a quien pagó; o bien, puede hacer uso de la acción de reembolso que le corresponde como fiador.⁴⁴⁶

489.- Cuarto caso: “Del heredero beneficiario que paga con sus propios dineros las deudas de la herencia”. Heredero beneficiario es el que goza del beneficio de inventario, que según el artículo 1247, “consiste en no hacer a los herederos que aceptan responsables de las obligaciones hereditarias y testamentarias, sino hasta concurrencia del valor total de los bienes que han heredado”.

Se trata entonces de que este heredero que goza de beneficio de inventario paga más allá de lo que le corresponde. En tal caso, se subroga por este exceso, en los derechos del acreedor a quien paga, para cobrarlo a los demás herederos.

490.- Quinto caso: “Del que paga una deuda ajena, consintiendo expresa o tácitamente el deudor”. Esta situación ya se analizó al estudiar quiénes podían hacer el pago, y señalamos entonces que si lo hace un tercero ajeno, con el consentimiento expreso o tácito del deudor, se subroga en los derechos del acreedor a quien paga (artículo 1610 N° 5°).

En tal supuesto, como lo vimos, este tercero tiene además de la acción subrogatoria la acción propia del mandato, pues al pagar con el consentimiento expreso o tácito del deudor, pasa a ser un mandatario de éste.

491.- Sexto caso: “Del que ha prestado dinero al deudor para el pago, constando así en escritura pública del préstamo, y constando además en escritura pública del pago haberse satisfecho la deuda

⁴⁴⁶ Ver *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 98, sec. 1°, pág. 94.

con el mismo dinero”. Este caso se diferencia de los anteriores, en que quien se subroga no es el que pagó una deuda ajena, sino quien le prestó dinero al deudor para que pagara la deuda. Los franceses le llaman “subrogación consentida por el deudor”, y lo clasifican como subrogación convencional. En Chile, es un caso de subrogación legal, porque así lo establece el art. 1610 N° 6.

Intervienen el acreedor, el deudor y el tercero que presta el dinero para el pago y que es quien se subroga en los derechos del acreedor pagado.

492.- Requisitos para que opere la subrogación del artículo 1610 N° 6. Para que opere este caso de subrogación deben concurrir los siguientes requisitos:

- 1.- Que el tercero preste dinero al deudor para que pague;
- 2.- Que el deudor pague la deuda con ese mismo dinero;
- 3.- Que el mutuo se otorgue por escritura pública, en que se exprese que se otorga para pagar la deuda; y
- 4.- Que se deje constancia del pago en una escritura pública donde se manifieste que se hace con los dineros que el deudor obtuvo del préstamo.

La ley exige escrituras públicas para evitar colusiones entre el deudor y quien paga.

Si la deuda estaba garantizada con hipoteca, al producirse la subrogación esta hipoteca va a quedar garantizado el mutuo, lo que es indudablemente ventajoso para quien presta el dinero.

Aun cuando del artículo 1610 N° 6° parece desprenderse que las escrituras públicas son necesariamente dos, toda esta operación se puede hacer en una sola, cumpliéndose con los requisitos ya vistos.⁴⁴⁷

⁴⁴⁷ STITCHKIN: ob. cit., N° 208, págs. 232-233.

493.- Subrogación convencional. Está tratada en el artículo 1611: "Se efectúa la subrogación en virtud de una convención del acreedor; cuando éste, recibiendo de un tercero el pago de la deuda, le subroga voluntariamente en todos los derechos y acciones que le corresponden como tal acreedor: la subrogación en este caso está sujeta a la regla de la cesión de derechos, y debe hacerse en la carta de pago".

La subrogación convencional opera entonces mediante un acuerdo entre el acreedor pagado y el tercero que le paga. El deudor no interviene. Como dice Claro Solar, "el objeto principal de la subrogación es un pago, y el deudor no tiene que intervenir en el pago que efectúa un tercer extraño a la deuda y que puede pagar aun contra de la voluntad del deudor".⁴⁴⁸

494.- Requisitos de la subrogación convencional. Los requisitos de la subrogación convencional son los siguientes:

- 1.- Que un tercero no interesado pague una deuda ajena. Así lo dice el art. 1611. Es obvio que tiene que ser un tercero no interesado, porque si tuviera interés, estaríamos en el caso de la subrogación legal del N° 3 del art. 1610.
- 2.- Que pague sin voluntad del deudor pues, en caso contrario, se configuraría la situación de subrogación legal del N° 5 del artículo 1610.
- 3.- Que el acreedor pagado subroge voluntariamente en sus derechos al tercero que le paga. En relación con este punto, cabe preguntarse si todos los que pueden recibir el pago (recuérdese el artículo 1576), pueden hacer la subrogación. Claro Solar responde que ello es así cuando la facultad de recibir el pago deriva de un poder de administración (ej. el

⁴⁴⁸ Ob. cit., T. 12, N° 1562, pág. 263.

curador que administra los bienes del pupilo), pero no ocurre lo mismo en el caso del mandatario especial o con el simple diputado para recibir el pago. Según Laurent el mandato para recibir el pago no da derecho para subrogar.⁴⁴⁹

- 4.- Que la subrogación se haga en forma expresa. No basta una manifestación tácita de voluntad. Lo anterior, dice Claro Solar, constituye una excepción a los principios generales. Es claro que tiene que haber una declaración expresa desde el momento que el artículo 1611 exige hacerla en la carta de pago. Sin embargo, no se requiere de términos sacramentales, ni que se precisen los efectos de la subrogación, porque éstos los establece la ley.
- 5.- Que conste en la carta de pago o recibo. Esto implica que se va a hacer en el momento mismo en que se recibe el pago. Si no se hace en esa oportunidad, como la obligación se extingue con el pago, no habría derecho ni acción que subrogar, pues las que habrían se habrían extinguido con el pago.

La carta de pago o recibo puede constar en instrumento público o privado. La ley no exige solemnidad especial. Se ha fallado que en el caso de pagos parciales la subrogación tiene que efectuarse en cada uno de los recibos y no en la escritura de cancelación final (T. 33, sec. 1ª, pág. 177).

- 6.- Que se sujete a las reglas de la cesión de derechos. Nótese que el artículo 1611 no dice que la subrogación convencional sea una cesión de derechos, sino que se sujeta a las mismas reglas de la cesión de derechos. Ello, en buen romance, significa que el acreedor tiene que entregar el título de la deuda al tercero que paga y que para que la subrogación sea oponible al deudor y a terceros, se debe

⁴⁴⁹ Cit. por CLARO SOLAR: ob. cit., T. 12, pág. 265.

notificar al deudor o éste debe aceptarla. Se aplica la regla del artículo 1902.

Lo anterior quiere decir que mientras no se cumpla con estas exigencias, si el deudor paga al primitivo acreedor, el pago está bien hecho. Significa también que los acreedores del primitivo acreedor, pueden embargar ese crédito. Así lo dice el artículo 1905.

495.- Efectos de la subrogación. Los efectos de la subrogación legal o convencional son los mismos y son los indicados en el artículo 1612: "La subrogación, tanto legal como convencional, traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal, como contra cualesquiera terceros, obligados solidaria o subsidiariamente a la deuda". Y el inciso 2º agrega: "Si el acreedor ha sido solamente pagado en parte, podrá ejercer sus derechos, relativamente a lo que se le reste debiendo, con preferencia al que sólo ha pagado una parte del crédito".

Luego, se traspasan al tercero que paga todos los derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal, como contra los codeudores solidarios o subsidiarios. Todo esto se puede resumir diciendo que el crédito y la obligación correlativa permanecen igual, con la única salvedad que el lugar que ocupaba antes del acreedor, lo ocupa ahora el tercero que pagó.

Lo anterior significa, entre otras cosas, las siguientes:

- a) Que si la obligación era mercantil, conserva esa naturaleza;
- b) Si la obligación estaba caucionada (hipoteca, prenda etc.), éstas se mantienen garantizando el mismo crédito que ahora tiene otro acreedor. Ya hemos explicado que se traspasa la hipoteca sin nueva inscripción;

- c) Que los títulos ejecutivos en favor del acreedor original se mantienen respecto del tercero que paga, que podrá usarlos en su beneficio. Para demandar ejecutivamente acompañará el título y el recibo de pago, que es el documento que lo legitima para demandar.⁴⁵⁰

Esta conclusión la estimamos discutible, pues del solo título ejecutivo no aparece que el acreedor sea el cesionario. Y el hecho de que se agregue al título el recibo de pago no soluciona el problema pues se produciría una yuxtaposición de títulos que reiteradamente la jurisprudencia ha rechazado.

- d) Si la obligación generaba intereses éstos seguirán devengándose;
- e) Si la obligación estaba sujeta a plazo, el tercero que paga no podrá cobrar antes de que éste se cumpla;
- f) Dice Abeliuk que "el tercero que paga queda colocado en la misma situación jurídica del acreedor primitivo, o sea, pasa a tener la calidad de contratante, lo que —agrega— tiene gran importancia en los contratos bilaterales, pues le permitiría deducir la acción resolutoria en caso de incumplimiento, tal como podría hacerlo el accipiens".⁴⁵¹

Nos asisten dudas de que ello sea así, pues lo que se traspasa es el crédito, no el contrato. Sin embargo, si se piensa que si al acreedor no se le hubiere pagado la obligación que deriva de un contrato bilateral, él podía demandar la resolución, no se vé por qué este tercero no podría también hacerlo, desde que pasa a ocupar su lugar.

Se ha fallado que el tercero que paga a la Caja de Crédito Hipotecario y que se subroga en sus derechos no puede cobrar el

⁴⁵⁰ ABELIUK: ob. cit., T. II, pág. 558.

⁴⁵¹ Ob. cit., T. II, N° 670, pág. 558.

interés del 2% mensual que esa institución está por ley autorizada a cobrar⁴⁵². Esta doctrina fue confirmada por la Corte Suprema en sentencia publicada en el T. 23, sec. 1ª, pág. 25. Según ella, entonces, ciertos derechos y privilegios especiales establecidos en consideración a la persona del acreedor no pueden cederse, como ocurre con esta autorización especial que la ley de 29 de agosto de 1855, otorgó a la Caja de Crédito Hipotecario para cobrar un interés penal superior al permitido a cualquier otra persona o institución.

Claro Solar afirma que esta interpretación de la Corte Suprema es "caprichosa y carece de fundamentos". Se funda en que el artículo 1612 señala que se traspasan los privilegios, sin hacer ninguna distinción. Por otra parte, el artículo 2470 al tratar de los privilegios señala que "estas causas de preferencia" (el privilegio y la hipoteca) son inherentes a los créditos para cuya seguridad se han establecido, y pasan con ellos a todas las personas que los adquieran por cesión, subrogación, o de otra manera". Agrega Claro Solar que la facultad que la ley dio a la Caja de Crédito Hipotecario de cobrar intereses personales más altos, no es personalísima.⁴⁵³

No hay duda que la Corte Suprema con este fallo lo que quiso fue evitar que terceros pagaran estos créditos a la Caja de Crédito Hipotecario, con el objeto de poder cobrar intereses superiores al máximo permitido a un particular cualquiera.

Somarriva comenta favorablemente el fallo, señalando que le aparece ajustado a ley. Expresa que "del hecho de que el art. 1906 del Código Civil, al hablar de los efectos de la cesión de crédito, diga que no se traspasan al cesionario las excepciones personales del cedente, no se puede deducir que lo contrario acontezca en la subrogación". Y agrega que "es un error exagerar en demasía la ficción de la subrogación, en cuya virtud se dice que el subrogante entra a reemplazar al subrogado como si fuera la misma persona.

⁴⁵²⁻⁴⁵³ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 16, sec. 1ª, pág. 62.

Las ventajas puramente personales del acreedor primitivo no pueden pasar al nuevo acreedor"⁴⁵⁴

En cuanto a los plazos de prescripción, la subrogación no altera los plazos de prescripción que estuvieren corriendo. El plazo se cuenta desde que la obligación se hace exigible (2514 inc. 2º), y no desde que opera la subrogación.

El artículo 1612 inciso 2º se refiere al caso de la **subrogación parcial**, vale decir, que el tercero que pague sólo con una parte de la obligación. Dice esta norma: "Si el acreedor ha sido solamente pagado en parte, podrá ejercer sus derechos, relativamente a lo que se le reste debiendo, con preferencia al que sólo ha pagado una parte del crédito". O sea, el acreedor tiene derecho a cobrar el saldo insoluto con preferencia al tercero que pagó parte del crédito. Explicando esta situación se ha dicho que "este principio emana de la naturaleza misma del pago con subrogación. Es un pago; y el pago no puede ciertamente perjudicar al acreedor: en cuanto la ficción que acompaña al pago, la de una cesión ha sido imaginada en beneficio del subrogado para interesarlo en efectuar el pago, es extraña al acreedor a quien se paga, en consecuencia no se la puede volver contra él"⁴⁵⁵

Párrafo IV

Pago con Cesión de Bienes o por Acción Ejecutiva del Acreedor o Acreedores

496.- Ideas generales. Esta materia está tratada en el párrafo 9º del Título XIV del Libro IV, artículos 1614 al 1624. Dentro de este párrafo hay dos materias diferentes: a) el pago por cesión de bienes; y b) el pago por acción ejecutiva.

⁴⁵⁴ "Las Obligaciones y los Contratos ante la Jurisprudencia", sentencia 115, págs. 79-80. El asunto es bien discutible, y hay una sentencia posterior, de la Corte de Temuco, en sentido contrario (T. 35, sec. 2ª, pág. 68).

⁴⁵⁵ CLARO SOLAR: ob. cit., T. XII, N° 1581, págs. 282-283.