

RENÉ RAMOS PAZOS

Para Enrique Barco, cliente
proprio y muy estimado colega,
con especial afecto

Recibido - 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.lexisnexus.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.

2.- los que han adquirido algún derecho sobre la cosa después de la resciliación.

En cuanto a los primeros, la resciliación no los va a afectar, es, a su respecto, "res inter alios acta", inoponible. Así, por ejemplo, si Pedro vende a Juan un inmueble que este último hipoteca a Luis, la resciliación posterior entre Pedro y Juan no va a afectar al tercero (Luis). Tal resciliación le es inoponible.

Los segundos deben respetar la resciliación, afectándoles como a todos los demás los actos jurídicos celebrados por su antecesor o antecesores.

416.- Del pago. El código reglamenta diversas modalidades del pago:

- a) solución o pago efectivo;
- b) pago por consignación;
- c) pago con subrogación;
- d) pago por cesión de bienes o por acción ejecutiva del acreedor o acreedores; y
- e) pago con beneficio de competencia.

PÁRRAFO I

DE LA SOLUCIÓN O PAGO EFECTIVO

417.- Solución o pago efectivo. Esta forma de pago está tratada en el párrafo 1º del Título 14 del Libro IV, artículos 1568 y siguientes.

Sin duda, es el más importante modo de extinguir las obligaciones, y por ello es el primero que enumera el artículo 1567. Está definido en el artículo 1568 como "la prestación de lo que se debe". De esta definición surge de inmediato una importante consecuen-

cia: el pago es un modo de extinguir cualquier tipo de obligación, no sólo, como podría pensarse, aquellas de pagar una suma de dinero. Si la obligación es pintar un cuadro, construir una casa o tocar el piano, esas obligaciones serán pagadas, pintando el cuadro, construyendo la casa o tocando el piano. En todos esos casos el deudor estará prestando lo debido.

Otra consecuencia que deriva de la definición, es que todo pago supone una obligación preexistente, civil o a lo menos, natural. Tanto es así que si por error se paga una obligación inexistente, quien paga tiene derecho a repetir (2295 inc. 1º). El artículo 2297 agrega que "se podrá repetir aun lo que se ha pagado por error de derecho, cuando el pago no tenía por fundamento ni aun una obligación puramente natural".

El pago, se ha dicho, más que un modo de extinguir una obligación, es la forma natural de cumplirla.

418.- El pago es la prestación de lo que se debe. Luego no hay pago si por acuerdo de las partes, la obligación se satisface con una cosa distinta de lo debido. En tal caso, estamos frente a una dación en pago, como lo veremos más adelante.

419.- Naturaleza jurídica del pago. El pago es una convención, esto es, un acto jurídico bilateral que extingue obligaciones, celebrado entre el solvens que paga y el accipiens, que recibe el pago. No es un contrato, porque no genera obligaciones. Como acto jurídico que es, debe cumplir los requisitos generales de todo acto jurídico: consentimiento, capacidad, objeto y causa.

Algunos discuten que sea una convención, porque si el deudor se resiste a recibir el pago, se le puede pagar aun en contra de su voluntad, mediante el pago por consignación. Esto se explica porque el deudor tiene el derecho a liberarse de la obligación, tiene el derecho a pagar, y el acreedor no puede impedirle que lo ejerza.

Somarriva estima discutible que el pago sea un acto jurídico. “Es mejor —dice— aceptar la tesis de que es un hecho jurídico, como se viene sosteniendo por algunos doctrinadores”⁴¹⁸. Cuando la obligación es de dar, se paga haciendo la correspondiente tradición. Por eso se suele decir que la tradición es un pago. La tradición extingue la obligación de dar que se generó en el título traslativo de dominio.

420.- El pago es un acto jurídico intuito persona. Consecuencia de ello es que si por error se hace a una persona distinta del acreedor, no extingue la obligación. Quien paga mal paga dos veces, reza el refrán. Esto, sin perjuicio que pueda repetir lo pagado en conformidad al artículo 2295.

421.- Características del pago. El pago tiene algunas características especiales:

- a) debe ser específico;
- b) debe ser completo; y
- c) es indivisible.

422.- El pago debe ser específico. Ello significa que debe hacerse “bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación...”; sin que pueda ser obligado el acreedor a recibir “otra cosa que lo que se le deba ni aun a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida”. Así lo establece el artículo 1569.

423.- El pago debe ser completo, con lo que se quiere decir que debe comprender íntegramente lo debido, incluidos los accesorios. Ello significa que “el pago de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban” (art. 1591 inc. 2º). Por la misma

⁴¹⁸ Ob. cit., comentario a sentencia N° 98, pág. 71.

razón y salvo excepciones —como ocurre en el pago por consignación (artículo 1604) y en los gastos de transporte para la restitución del depósito, art. 2232— los gastos del pago son de cargo del deudor (artículo 1571).

424.- El pago es indivisible, lo que significa que “el deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria; y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales” (art. 1591 inc. 1º). Por excepción, se puede dividir el pago, en algunos casos:

- a) si así lo acuerdan las partes. En este caso “se entenderá dividido el pago en partes iguales; a menos que en el contrato se haya determinado la parte o cuota que haya de pagarse a cada plazo” (artículo 1593);
- b) en las obligaciones simplemente conjuntas o mancomunadas en que cada deudor sólo está obligado a pagar su cuota (artículos 1511, 1526);
- c) en las deudas hereditarias se divide el pago entre los herederos a prorrata de sus cuotas hereditarias (1354 inc. 1º);
- d) cuando existen varios fiadores, la deuda se entiende dividida entre ellos por partes iguales. Es lo que se denomina beneficio de división (2367);
- e) cuando existe controversia sobre la cantidad de la deuda, o sobre sus accesorios, podrá el juez ordenar, mientras se decide la cuestión, el pago de la cantidad no disputada (art. 1592);
- f) cuando las partes son recíprocamente deudores y acreedores, puede operar el modo de extinguir compensación, en cuya virtud se extinguen ambas deudas hasta la de menor valor, lo que viene a importar una especie de pago parcial. Volveremos sobre este punto cuando veamos este modo de extinguir;

- g) En los casos en que el deudor esté constituido en quiebra, y sus bienes no alcancen para cubrir la totalidad del pasivo, el síndico hará pagos parciales a los distintos acreedores a prorrata de sus créditos, salvo que exista alguna causal especial de preferencia.

425.- Por quién debe hacerse el pago. Esta materia la trata el código en el párrafo 2º del título 14, artículos 1572 al 1575.

Pueden hacer el pago:

- a) el deudor;
- b) un tercero interesado en extinguir la obligación, y
- c) un tercero extraño a la obligación.

426.- Pago hecho por el deudor. El deudor es el principal interesado en pagar, porque es la forma de quedar desligado de la obligación. Ya hemos dicho que tiene el derecho a pagar.

Cuanto decimos que el pago lo hace el deudor, debemos aclarar que dentro de este caso, comprendemos también lo siguiente:

- 1) Pago hecho por el representante legal del deudor. Ello porque, según el artículo 1448, "lo que una persona ejecuta a nombre de otra estando facultado por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado, los mismos efectos que si hubiere contratado él mismo". En relación con lo que se viene diciendo, debe recordarse que el artículo 671 en su inciso 2º del Código Civil, señala que "pueden entregar y recibir a nombre del dueño sus mandatarios o sus representantes legales"; y agrega en el inciso final que "la tradición hecha por o a un mandatario debidamente autorizado se entiende hecha por o al respectivo mandante".
- 2) Pago hecho por un mandatario del deudor (arts. 1448 y 671, en la tradición); y

- 3) Pago hecho por un heredero del deudor. Esto porque en conformidad al artículo 1097 del Código Civil, los herederos "representan a la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles".

En el caso en que el testador haya gravado a un legatario con el pago de una obligación, deberá comprenderse también el pago que en este caso haga ese legatario.

En todos estos casos, si el deudor paga se extingue definitivamente la obligación, sin que se genere ninguna consecuencia posterior.

427.- Pago hecho por un tercero interesado. Hay personas que no siendo los deudores tienen un directo interés en el pago de la deuda. Estos son:

- 1) el codeudor solidario;
- 2) el fiador;
- 3) el tercer poseedor de la finca hipotecada.

- 1) Pago hecho por el codeudor solidario. El deudor solidario tiene interés en que se extinga la obligación. Si paga se extingue la obligación respecto de él, pero por el hecho de pagar, se subroga en los derechos del acreedor a quien paga, pasando a ocupar su lugar frente a los otros codeudores solidarios, para cobrarles a cada uno su cuota. Ya sabemos que si el deudor solidario que paga no tenía interés en la obligación se le considera fiador y en tal caso se subroga en los derechos del acreedor pudiendo dirigirse por el total en contra de cualquiera de los otros codeudores solidarios interesados en la obligación (arts. 1522; 1610 Nº 3; 2372);

- 2) Pago hecho por un fiador. También el fiador que paga se subroga en los derechos del acreedor a quien paga (1610 N° 3);
- 3) El tercer poseedor de la finca hipotecada. Se entiende por tercer poseedor de la finca hipotecada, el poseedor del inmueble hipotecado que no está obligado personalmente al pago de la deuda. Esta situación se da en dos casos:
 - a) cuando se hipoteca un bien propio para garantizar una obligación ajena; y
 - b) cuando se adquiere un inmueble hipotecado.

En estos casos, este tercer poseedor de la finca hipotecada tiene interés en pagar la obligación garantizada con la hipoteca, con el objeto de evitar la subasta de la finca hipotecada. Si paga se subroga en los derechos del acreedor a quien paga, pudiendo dirigirse en contra del deudor (artículos 1610 N° 2; 2429 inciso 2°).

Como se puede apreciar, en todos estos casos el pago no produce la extinción de la obligación, pues ésta subsiste entre el que hizo el pago (que pasa a ocupar el lugar del acreedor), y el deudor. El que desaparece del cuadro es el acreedor, pues su lugar pasa a ser ocupado por quien hizo el pago (lo subroga).

428.- Pago hecho por un tercero extraño. Según artículo 1572 “puede pagar por el deudor cualquiera persona a nombre del deudor, aun sin su conocimiento o contra su voluntad y aun a pesar del acreedor” (inc. 1°).

La ley acepta que un tercero no interesado pueda pagar por varias razones:

- a) porque desde el punto de vista del acreedor, lo que le interesa es que le paguen, no le importa que lo haga el deudor o un tercero; y

- b) porque a la sociedad misma le interesa que las deudas se paguen; que exista el menor número de personas obligadas.

Se ha resuelto que el pago que hace un tercero por el deudor, aun a pesar del acreedor, no está sujeto a formalidades especiales y puede hacerse en las mismas condiciones que lo haría el deudor⁴¹⁹. Somarriva comenta favorablemente este fallo señalando que “la sentencia está en la razón”, pues “desde el momento que el legislador no ha establecido reglas especiales para este caso, deben aplicarse las reglas generales. De esa doctrina se deduce que si el acreedor se niega a recibir el pago del tercero, para su validez debe hacerse de acuerdo con las reglas del pago por consignación”. Y agrega que “la doctrina de la sentencia hace recordar que, en principio para nuestro Código Civil, el contenido de la obligación es objetivo. Lo que importa es la prestación en sí. No interesa que sea realizada por un acto del deudor, porque el concepto subjetivo ha desaparecido. Ya no se pide que la prestación sea una actividad de carácter personal del deudor. Por eso puede pagar por el deudor un tercero, con tal que lo haga a nombre del deudor, aun sin su conocimiento o contra su voluntad, y aun a pesar del acreedor, como lo dice el artículo 1572. Lo que importa —termina el comentario— es que el acreedor obtenga la satisfacción de su derecho. Si pretende, no obstante, una actividad personal del deudor, el tercero puede recurrir al pago por consignación”.⁴²⁰

Excepcionalmente “si la obligación es de hacer, y si para la obra de que se trata se ha tomado en consideración la aptitud física o talento del deudor, no podrá ejecutarse la obra por otra persona contra la voluntad del deudor”. La excepción es tan obvia que no requiere de ningún comentario adicional. Digamos únicamente, a

⁴¹⁹ Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 6°, sec. 1°, pág. 58.

⁴²⁰ Ob. cit., comentario a sentencia N° 69, pág. 69.

guisa de ejemplo, que no es lo mismo para el River Plate que juegue Marcelo Salas a que pueda hacerlo N.N. en su lugar.

429.- Efectos del pago hecho por un tercero extraño. El tercero que paga puede encontrarse en tres situaciones:

- a) pagar con el consentimiento expreso o tácito del deudor;
- b) pagar sin el conocimiento del deudor; y
- c) pagar contra la voluntad del deudor.

Los efectos que de cada uno de estos pagos siguen son diferentes, como se pasa a explicar.

430.- Pago hecho con el consentimiento expreso o tácito del deudor. El que paga en este caso, se subroga en los derechos del acreedor a quien paga. Así lo establece el artículo 1610 N° 5° del Código Civil.

En el fondo, esta persona viene a ser un verdadero mandatario del deudor, y por la misma razón va a tener dos acciones para poder resarcirse de lo que pagó:

- a) la acción subrogatoria, que le otorga el art. 1610 N° 5; y
- b) la acción propia del mandato.

La primera puede ser más efectiva, si la deuda estaba caucionada, porque se subroga con todos los derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas (artículo 1612). La segunda puede serle más conveniente, pues le permite cobrar lo pagado más intereses corrientes (artículo 2158 N° 4).⁴²¹

⁴²¹ Sentencia *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 98, sec. 3°, pág. 83, reconoce validez al pago hecho por un tercero con el consentimiento del deudor.

431.- Pago hecho sin el conocimiento del deudor. De acuerdo al art. 1573 "el que paga sin el conocimiento del deudor no tendrá acción sino para que éste le reembolse lo pagado; y no se entenderá subrogado por la ley en el lugar y derechos del acreedor, ni podrá compeler al acreedor a que le subrogue". No hay entonces en este caso subrogación legal. Sólo podría haber subrogación convencional, si el acreedor a quien pagó, le subroga voluntariamente en sus derechos (artículo 1611).

Así las cosas —y salvo la posibilidad de esta subrogación convencional— el tercero que paga sólo va a tener acción de reembolso en contra del deudor, acción propia de la gestión de negocios ajenos. No tiene esta acción de reembolso ninguna de las ventajas y prerrogativas del crédito antiguo.

432.- Pago hecho contra la voluntad del deudor. El artículo 1574 regula esta situación, en los siguientes términos: "el que paga contra la voluntad del deudor no tiene derecho para que el deudor le reembolse lo pagado, a no ser que el acreedor le ceda voluntariamente su acción".

Esta persona que paga por otra, sin poder, es un verdadero agente oficioso. Y esto es importante, porque el código al tratar de la agencia oficiosa, artículo 2291, dice una cosa distinta a lo que establece el art. 1574. Según el 2291, "el que administra un negocio ajeno contra la expresa prohibición del interesado, no tiene demanda contra él, sino en cuanto esa gestión le hubiere sido efectivamente útil, y existiere la utilidad al tiempo de la demanda, por ejemplo, si de la gestión ha resultado la extinción de una deuda, que sin ella hubiera debido pagar el interesado" (inc. 1°).

La contradicción entre las dos normas es evidente: según el 1574 no hay acción de repetición; según el 2291, si el pago fue útil al deudor (es decir si extinguió la obligación) hay acción de repetición.

433.- Formas de resolver la contradicción entre los artículos 1574 y 2291. Se han dado distintas opiniones para compatibilizar ambas disposiciones:

- a) Según Leopoldo Urrutia el artículo 1574 debe aplicarse cuando el pago no ha sido útil al deudor; y el 2291, cuando le fue útil. La solución que se da con esta interpretación es justa, pero presenta el inconveniente que hace una distinción que el art. 1574 no contempla;
- b) Para Ruperto Bahamonde, el art. 1574 rige para los pagos aislados, que no corresponden a la administración de un negocio; en cambio, el artículo 2291 se debe aplicar a la agencia oficiosa, en que hay la administración de un negocio. Esta interpretación se ajusta al tenor literal de las normas, pero resulta poco equitativa, pues no se ve por qué en un caso se tiene acción de repetición y en el otro no. La solución es injusta;
- c) Gonzalo Barriga estima que el artículo 2291 se aplica cuando concurren copulativamente dos requisitos: 1. que el pago quede comprendido dentro de la administración de un negocio; y 2. que reporte utilidad al deudor. Faltando cualquiera de estos requisitos debe regir el artículo 1574.⁴²²
- d) Claro Solar sostiene que se aplica el artículo 2291 cuando hay utilidad para el deudor, caso en que el que paga puede repetir pero sólo hasta el monto de la utilidad. El artículo 1574 se aplica si el pago no fue útil al deudor. Parece ser la tesis más razonable. En este sentido también Stitckin.⁴²³

⁴²² *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 39, Primera Parte, pág. 100.

⁴²³ Ob. cit., T. II, págs. 160-161.

434.- Pago en el caso de las obligaciones de dar. Recordemos que obligaciones de dar son aquellas en que el deudor se obliga a transferir el dominio o a constituir un derecho real en favor del acreedor. De manera que la obligación del deudor es hacer la correspondiente tradición.

En estas obligaciones, el pago tiene algunas reglas especiales:

- a) el tradente, debe ser dueño del derecho que transfiere;
- b) se requiere capacidad de disposición en el que paga; y
- c) el pago debe hacerse con las formalidades legales.

435.- Tradente debe ser titular del derecho que transfiere. Así lo establece el artículo 1575: "...el pago en que se debe transferir la propiedad no es válido, sino en cuanto el que paga es dueño de la cosa pagada, o la paga con el consentimiento del dueño" (inc. 1°).

Cuando esta norma dice que el pago "no es válido", no está significando que es nulo, sino que es ineficaz para extinguir la obligación. Ello porque esta disposición tenemos que concordarla con el artículo 682: "...si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada".

Hay una excepción, en el artículo 1575 inciso final: "Sin embargo, cuando la cosa pagada es fungible —ya sabemos que el código confunde fungible con consumible— y el acreedor la ha consumido de buena fe, se valida el pago, aunque haya sido hecho por el que no era dueño, o no tuvo facultad de enajenar".

436.- Capacidad de disposición del que paga. La exige el artículo 1575 inciso 2°: "Tampoco es válido el pago en que se debe transferir la propiedad, sino en cuanto el que paga tiene la facultad de enajenar".

El pago efectuado por el que no tiene capacidad de disposición adolece de nulidad relativa, porque se ha omitido un requisito exigido por la ley en consideración al estado o calidad de las personas que lo ejecutan (artículo 1682). Ahora, si quien hizo el pago es absolutamente incapaz, la nulidad será absoluta (1682 inc. 2°).

437.- Formalidades legales. Este requisito lo exige el artículo 679: "Si la ley exige solemnidades especiales para la enajenación, no se transfiere el dominio sin ellas". Así ocurre si lo que se debe pagar es un derecho inmueble que exige inscripción en el Registro Conservatorio de Bienes Raíces (artículo 686).

438.- A quién debe hacerse el pago. Regla esta materia el párrafo 3° del Título 14, arts. 1576 al 1586. Es muy importante pagar a quien corresponde porque si se paga mal, el deudor no queda liberado de la obligación. "El que paga mal paga dos veces", reza el viejo aforismo.

El artículo 1576 indica a quién debe hacerse el pago:

- a) al acreedor mismo, que constituye la situación normal;
- b) a sus representantes, y
- c) al actual poseedor del crédito.

439.- Pago hecho al acreedor. De acuerdo al artículo 1576 "para que el pago sea válido debe hacerse o al acreedor mismo (bajo cuyo nombre se entienden todos los que le hayan sucedido en el crédito: aun a título singular)...". Luego vale el pago que se hace al acreedor, al heredero del acreedor (artículos 951 y 1097); al legatario del crédito (art. 1127) o al cesionario del crédito (arts. 1902 al 1905).

440.- Excepciones en que el acreedor no puede recibir el pago: Estas excepciones están contenidas en el artículo 1578: "El pago hecho al acreedor es nulo en los casos siguientes:

- 1°. Si el acreedor no tiene la administración de sus bienes, salvo en cuanto se probare que la cosa pagada se ha empleado en provecho del acreedor, y en cuanto este provecho se justifique con arreglo al artículo 1688;
- 2°. Si por el juez se ha embargado la deuda o mandado retener su pago;
- 3°. Si se paga al deudor insolvente en fraude de los acreedores a cuyo favor se ha abierto concurso".

Veamos en los números siguientes, cada una de estas situaciones.

441.- Pago hecho al acreedor que no tiene la libre administración de sus bienes. Ello se explica porque el pago es un acto jurídico bilateral, que requiere que ambas partes sean capaces.

La sanción si se paga a un incapaz va a ser la nulidad relativa, a menos que se haya pagado a un absolutamente incapaz, en que será nulidad absoluta (artículo 1682). Como es nulidad relativa, puede sanearse de acuerdo a las reglas generales.

Sin embargo, el pago va a ser válido, si quien lo hizo prueba que fue útil al acreedor y en cuanto se justifique este hecho con arreglo al artículo 1688, vale decir, probando que el acreedor se hizo más rico, entendiéndose que es así cuando las cosas pagadas le hubieren sido necesarias o si no lo fueron, subsistan y se quisiere retenerlas. En definitiva, valdrá el pago probando que lo pagado le sirvió al acreedor, que no malgastó lo recibido.

442.- Pago hecho al acreedor cuyo crédito se ha embargado u ordenado retener por decreto judicial. Este N° 2 del art. 1578, comprende dos situaciones:

- a) el crédito que tiene el acreedor se encuentre embargado, lo que es perfectamente posible porque los créditos son bienes susceptibles de embargarse (artículo 2465); o

- b) que se haya decretado una medida precautoria de retención de ese pago, en conformidad a lo establecido en los artículos 290 N° 3 y 295 del Código de Procedimiento Civil.

Embargado el crédito o retenido el pago, si el deudor paga, el pago adolece de nulidad absoluta por objeto ilícito (artículos 1682 en relación con el artículo 1464 N° 3). Esta norma debe concordarse con el artículo 681 del Código Civil: "se puede pedir la tradición de todo aquello que se deba, desde que no haya plazo pendiente para su pago; salvo que intervenga decreto judicial en contrario".

Se ha fallado que para que se produzca este efecto, tanto el embargo como la retención deben notificarse al deudor. De no ocurrir así el pago sería válido.⁴²⁴

443.- Pago hecho al acreedor declarado en quiebra (artículo 1578 inc. 3°). Esto es consecuencia de que el fallido pierda la administración de sus bienes, la que pasa al Síndico, que es quien puede recibir válidamente el pago (artículo 64 Ley de Quiebras). No basta la simple insolvencia, es necesario que la quiebra esté declarada por resolución judicial.

En relación con este punto, es preciso recordar que la sentencia que declare la quiebra tendrá "la advertencia al público de que no deben pagar ni entregar mercaderías al fallido, so pena de nulidad de los pagos y entregas..." (art. 52 N° 5° de la Ley de Quiebras).

444.- Pago hecho a los representantes del acreedor. El pago hecho a los representantes del acreedor es válido (artículos 1576, 1579, 1580, 1581).

⁴²⁴ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 6, sec. 2°, pág. 40; T. 21, sec. 1°, pág. 583. Sobre esta materia: Véase SOMARRIVA: "Obligaciones y contratos ante la Jurisprudencia", comentario a sentencia 95, pág. 70.

Estos representantes del deudor pueden ser de tres tipos:

- 1) representantes legales;
- 2) judiciales;
- 3) convencionales.

445.- Pago hecho al representante legal del acreedor. El artículo 1579 señala distintos casos de pagos hechos a los representantes legales del acreedor, pero no es taxativo porque termina expresando "y las demás personas que por ley especial... estén autorizados para ello. En este último caso está, por ejemplo, el Síndico respecto del fallido (artículo 64 de la Ley de Quiebras). Abeliuk afirma que el artículo 1579, cuando habla del caso del marido que recibe por la mujer, no estaría bien. Pensamos que no es así, pues si bien es cierto que el marido, desde la entrada en vigencia de la ley N° 18.802, no es el representante legal de su mujer, de todas formas es quien administra sus bienes (art. 1749 del Código Civil).

446.- Pago hecho al representante judicial. Vale el pago que se hace a la persona designada por el juez para recibirlo (1576, 1579). Puede ser el caso de que exista una medida precautoria de secuestro (artículos 290, 291 del Código de Procedimiento Civil);

447.- Pago hecho al diputado para recibir el pago (mandatario). Este mandatario puede incluso ser relativamente incapaz. Así lo dice el 1581, que no hace más que aplicar la regla del artículo 2128. El mandato para recibir el pago puede revestir tres modalidades:

- 1.- mandato general de administración, reglado en el art. 2132, que confiere la facultad de cobrar los créditos que pertenezcan al giro ordinario (arts. 1580, 2132);

- 2.- mandato especial para administrar el negocio o negocios en que incide el pago. Se confiere a Pedro mandato especial para administrar una panadería. Puede en este carácter recibir los pagos que se hagan a ese negocio;
- 3.- mandato especial para cobrar un determinado crédito. Ej. N.N. da mandato a XX para que le cobre la pensión de jubilación.

La ley ha establecido algunas precisiones. Así, según el artículo 1582 el poder para demandar en juicio no faculta al apoderado para recibir el pago de la deuda. Recordemos que según el artículo 7º inciso 2º del Código de Procedimiento Civil, el poder para percibir requiere de mención expresa.

Agreguemos, finalmente, que para que el pago hecho a un diputado sea eficaz es necesario que el mandatario actúe dentro de la esfera de su mandato (2160 inc. 1) y que aparezca recibiendo en su carácter de tal para el mandante o ello aparezca del tenor o espíritu del acto. Se ha fallado que para que se considere válido el pago hecho a una persona que ha recibido mandato del acreedor es necesario que lo reciba en su carácter de mandatario y, por lo tanto, es nulo el pago si lo recibe en otra calidad.⁴²⁵

448.- Extinción de la diputación para recibir el pago. De acuerdo al artículo 1586: "la persona diputada para recibir el pago se hace inhábil por la demencia o la interdicción, por haber hecho cesión de bienes o haberse trabado ejecución en todos ellos; y en general por todas las causas que hacen expirar el mandato". Las causales de extinción del mandato están establecidas en el artículo 2163 del Código Civil.

⁴²⁵ Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 29, sec. 1ª, pág. 611.

449.- Pago hecho al actual poseedor del crédito. El artículo 1576 inciso 2º regula esta situación: "el pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión del crédito es válido, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía". El caso más corriente es el pago hecho al heredero a quien se concedió la posesión efectiva; o al legatario del crédito. Abeliuk señala además el caso del cesionario del crédito, si después se anuló la cesión de créditos.

Los requisitos de la norma son dos: que el que recibe el pago se encuentre en posesión del crédito (la norma tiene importancia porque es la única que habla de la posesión de un derecho personal); y que el que paga lo haga de buena fe, entendiendo que está pagando al dueño del crédito. La buena fe se presume.

Este es un caso de aplicación de la teoría de la apariencia o del error común.

450.- Pago hecho a otras personas, no es eficaz, no extingue la obligación. Así se ha fallado que "no es válido el pago hecho al cedente después de notificada la cesión al deudor"⁴²⁶. Este fallo es ajustado a derecho desde que producida la cesión, el cesionario pasa a ser el nuevo acreedor, realidad que no puede discutir el deudor si ha sido notificado de la cesión del crédito o la ha aceptado (art. 1902).

Pero el pago hecho a una persona inhábil se puede validar en los casos establecidos en el artículo 1577:

- a) si el acreedor lo ratifica de un modo expreso o tácito, pudiendo legítimamente hacerlo, caso en que se entenderá como válido desde el principio; o
- b) si el que recibe el pago sucede en el crédito (puede suceder como heredero, legatario, etc.).

⁴²⁶ Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 22, sec. 1ª, pág. 674.

451.- Época en que debe hacerse el pago. El pago debe hacerse en el lugar y tiempo convenidos. Así lo dice el artículo 1872, respecto del pago del precio en el contrato de compraventa.

Si nada se ha convenido, si la obligación es pura y simple el pago debe hacerse de inmediato, celebrado que sea el contrato. Si está sujeta a un plazo o condición suspensivos, desde que venza el plazo o se cumpla la condición. En el caso de obligación sujeta a plazo, el deudor puede pagar antes del vencimiento si el plazo está establecido en su solo beneficio. En caso contrario, no puede hacerlo.

452.- Lugar donde debe hacerse pago. El párrafo 4º del Título XIV del Libro IV, artículos 1587 al 1589, trata de esta materia.

Este aspecto del pago es importante, porque el deudor cumplirá su obligación pagando en el lugar que corresponde, sin que se le pueda exigir que lo haga en otro lugar. Y, recíprocamente, el acreedor no puede ser obligado a recibir el pago en un lugar diferente. Esto último queda probado en el caso del pago por consignación en que para que la oferta sea válida se requiere "que se ofrezca ejecutar el pago en el lugar debido" (1600 N° 4).

Las reglas sobre el lugar en que debe hacerse el pago, son las siguientes:

- 1.- El pago debe hacerse en el lugar designado en la convención (art. 1587).
- 2.- Si no se hubiere establecido el lugar en que debe realizarse, es necesario distinguir según el objeto de la obligación sea dar o entregar una especie o cuerpo cierto u otro diferente.

En el primer caso, se debe pagar en el lugar donde dicho cuerpo existía al tiempo de constituirse la obligación (1588 inc. 1º).

Si lo debido es otra cosa –género, hecho o abstención– el pago debe cumplirse en el domicilio del deudor (artículo 1588 inc. 2º).

Al respecto se ha fallado que la regla de que si no hay estipulación acerca del lugar donde debe hacerse el pago, y en que si no se trata de un cuerpo cierto debe hacerse en el domicilio del deudor, se aplica a las obligaciones de hacer⁴²⁷. Esta sentencia es comentada favorablemente por Somarriva.⁴²⁸

Se ha discutido a qué domicilio del deudor se refiere esta norma, si al que tenía al momento de celebrar el contrato o al que tiene al momento en que debe hacerse el pago. Atendido lo que dispone el artículo 1589, no nos cabe duda que debe estarse al primero, pues justamente esta disposición se pone en el caso en que entre ambas fechas, el deudor hubiere mudado su domicilio, estableciendo que, en ese caso, el pago debe hacerse "en el lugar que sin esa mudanza correspondería, salvo que las partes dispongan de común acuerdo otra cosa".⁴²⁹

Si el deudor tuviere pluralidad de domicilios deberá pagar "en el correspondiente al lugar donde contrajo la obligación si éste dice relación con ese domicilio".⁴³⁰

453.- Contenido del pago. El código trata de esta materia en el párrafo V del Título XIV del Libro IV: "Cómo debe hacerse el pago".

La idea central es la establecida en el artículo 1569 "el pago se hará bajo todos los respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en casos especiales dispongan las leyes (inciso. 1º). La misma norma agrega que "el acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba ni aun a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida" (inciso 2º). Además,

⁴²⁷ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 5, sec. 2ª, pág. 140.

⁴²⁸ "Las Obligaciones y Contratos ante la Jurisprudencia", sent. 104, pág. 74.

⁴²⁹ En el mismo sentido ABELIUK: ob. cit., T. II, N° 623, pág. 517; STITCHKIN: ob. cit., T. II, N° 100, pág. 191.

⁴³⁰ STITCHKIN: ob. cit., N° 100, pág. 191.

recordemos, el pago debe ser total y no se puede dividir, salvo las excepciones ya mencionadas (1591).

Precisado lo anterior, para saber cómo se hace el pago deberá estarse a la naturaleza de la obligación de que se trate. Y entonces, podemos distinguir:

- a) si lo debido es un género, se cumplirá entregando cualquier individuo del género, con tal que sea de una calidad a lo menos mediana (art. 1509);
- b) si lo debido es una cantidad de dinero se cumplirá entregando la suma numérica establecida, pues ya hemos visto que el sistema aceptado en Chile sigue siendo el nominalista;
- c) si es una obligación de hacer o no hacer, se pagará realizando la prestación o abstención convenida;
- d) si la obligación es de dar o entregar una especie o cuerpo cierto, el acreedor debe recibirlo en el estado en que se halle, soportando entonces los deterioros provenientes de fuerza mayor o caso fortuito.

Pero si la cosa se hubiere deteriorado por hecho o culpa del deudor, o de las personas por quienes éste es responsable, o si los deterioros se hubieren producido durante la mora del deudor (a menos que provengan de un caso fortuito a que la cosa se hubiere estado igualmente expuesta en poder del acreedor), cabe hacer una distinción según los deterioros sean o no importantes.

Si son importantes, puede pedirse o la resolución del contrato — el artículo 1590 emplea impropiaamente la expresión rescisión — más indemnización de perjuicios; o aceptar la cosa en el estado en que se encuentra más indemnización de perjuicios.

Si el deterioro no es importante, se deberá recibir la cosa en el estado que se encuentre, pero se deberán indemnizar los perjuicios (art. 1590 inc. 2°).

En el caso en que el deterioro hubiere ocurrido antes de constituirse el deudor en mora, pero no por hecho o culpa suya, sino de otra persona por quien no es responsable, es válido el pago de la cosa en el estado en que se encuentre, pero el acreedor podrá exigir que se le ceda la acción que tenga su deudor contra el tercero, autor del daño (art. 1590 inc. final).

454.- Caso en que concurren varias obligaciones entre las mismas partes. Esta situación está tratada en el artículo 1594: "Cuando concurren entre unos mismos acreedor y deudor diferentes deudas, cada una de ellas podrá ser satisfecha separadamente; y por consiguiente el deudor de muchos años de una pensión, renta o canon podrá obligar al acreedor a recibir el pago de un año, aunque no le pague al mismo tiempo los otros".

455.- De la imputación del pago. En el caso en que existan varias deudas entre acreedor y deudor, y el pago hecho no alcance a satisfacerlas todas, debe resolverse cuál es la que se debe entender solucionada. Es el problema llamado de la imputación del pago.

Debe aclararse que esta situación sólo se va a presentar si concurren los siguiente supuestos:

- 1.- que existan varias deudas de una misma naturaleza;
- 2.- que estas deudas sean entre las mismas partes; y
- 3.- que se haga un pago insuficiente para satisfacerlas a todas.

El código da diversas reglas sobre esta materia en los artículos 1595 al 1597 (párrafo 6° del Título XIV), que son las siguientes:

- 1.- Si se debe capital e intereses, el pago se imputará primero a los intereses, salvo que el acreedor consienta expresamente en que se impute al capital (1595);

- 2.- Si hay diferentes deudas, el deudor pueda imputar a la que elija, con las siguientes limitaciones: a) no puede preferir la deuda no devengada a la que lo está, a menos que el acreedor lo consienta (1596); y b) debe imputar el pago a la deuda que se alcanza a pagar en su integridad, ya que, en conformidad al artículo 1591, el acreedor no está obligado a aceptar pagos parciales;
- 3.- Si el deudor no hace la imputación, podrá hacerla el acreedor en la carta de pago o recibo, y si el deudor la acepta, no le será lícito reclamar después (artículo 1596);
- 4.- Si ninguna de las partes hace la imputación, ésta la hace la ley: "se preferirá la deuda que al tiempo del pago estaba devengada a la que no lo estaba; y no habiendo diferencia bajo este respecto, la deuda que el deudor eligiere" (art. 1597).

456.- Prueba del pago. De acuerdo al artículo 1698 del Código Civil, la prueba del pago corresponde al deudor. Para ello puede valerse de todos los medios de prueba legales, con las limitaciones que para la prueba de testigos establecen los artículos 1708 y 1709 del Código Civil.

457.- Presunciones legales del pago. Para facilitar la prueba del pago, el código establece diversas presunciones:

- a) si el acreedor otorga carta de pago del capital sin mencionar los intereses, se presumen éstos pagados (art. 1595 inc. 2º). Una presunción en el mismo sentido, encontramos en el artículo 17 de la ley N° 18.010 "Si el acreedor otorga recibo del capital, se presumen pagados los intereses y el reajuste en su caso";
- b) En los pagos periódicos, la carta de pago de tres períodos determinados y consecutivos hará presumir los pagos de los

anteriores períodos, siempre que hayan debido efectuarse entre los mismos acreedor y deudor" (art. 1570).

Estas presunciones son simplemente legales, por lo que se puede probar en contrario.

458.- Gastos del pago. De acuerdo al artículo 1571 "los gastos que ocasionare el pago serán de cuenta del deudor; sin perjuicio de lo estipulado y de lo que el juez ordenare acerca de las costas judiciales".

Ya hemos explicado que esta regla sufre una excepción importante, en el caso del pago por consignación (art. 1604). Otra excepción se encuentra en el artículo 2232, según el cual los gastos de transporte para la restitución del depósito son de cargo del depositante (acreedor), lo que es lógico, pues es un contrato en que él es el único beneficiado.

459.- Efectos del pago. El efecto propio del pago es extinguir la obligación. Este efecto no se produce en el caso en que el pago lo haga un tercero con el consentimiento expreso o tácito del deudor o un tercero interesado (codeudor solidario, fiador o tercer poseedor de la finca hipotecada) pues entonces la obligación subsiste —con todos los derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas— entre ese tercero que paga y el deudor.

PÁRRAFO II DEL PAGO POR CONSIGNACIÓN

460.- Del pago por consignación. Concepto. Constituye una modalidad del pago, reglada el párrafo 7º del Título XIV, artículos 1598 al 1607.

Del artículo 1599 se desprende que es el que se hace con las formalidades legales, mediante el depósito de la cosa debida en manos de una tercera persona, en los casos de negativa o no concurrencia del acreedor a recibirlo o de incertidumbre acerca de la persona de éste.

Es sabido que el pago es una convención, lo que significa que se perfecciona por el acuerdo de voluntades de deudor y el acreedor. Sin embargo, esta característica se altera en el pago por consignación. Ello se explica porque el deudor tiene el derecho a pagar, derecho que no podría ejercer si el acreedor se niega a aceptar el pago o no concurre a recibirlo o si existe incertidumbre acerca de la persona del acreedor. Por ello, el artículo 1598 expresa que "para que el pago sea válido, no es menester que se haga con el consentimiento del acreedor, el pago es válido aun contra la voluntad del acreedor, mediante la consignación.

Manuel Albaladejo precisa que el deudor más que el derecho a pagar tiene el derecho a liberarse del vínculo obligatorio, lo que se demuestra por el hecho de que éste se puede extinguir por otras razones, como, por ejemplo, la remisión de la deuda.⁴³¹

461.- Casos en que procede el pago por consignación. En conformidad al artículo 1599, el pago por consignación procede en tres casos:

- a) si existe negativa del acreedor a aceptarlo;
 - b) si el acreedor no concurre a recibirlo; y
 - c) si existe incertidumbre acerca de la persona del acreedor.
- Esta situación que a primera vista pudiera aparecer curiosa, es muy corriente, en el caso, por ejemplo, en que el deudor haya fallecido y se ignore quiénes son sus herederos.

⁴³¹ *Derecho Civil II*, "Derecho de Obligaciones", Volumen primero, Librería Bosch, Barcelona, 1980, pág. 120.

462.- Fases del pago por consignación. En el pago por consignación se deben distinguir tres fases o etapas:

- a) la oferta,
- b) la consignación propiamente tal, y
- c) la declaración de suficiencia del pago.

Las dos primeras etapas son extrajudiciales, en virtud de la modificación que introdujo a esta institución la ley N° 7.825 del 30 de agosto de 1944. Así lo dice en forma expresa el artículo 1601 inciso 3°: "No será necesario decreto judicial previo para efectuar la oferta ni para hacer la consignación". Y el inciso 4° reafirma esta idea, agregando que "en el pago por consignación no se admitirá gestión ni recurso judicial alguno del acreedor tendiente a obstaculizar la oferta, o la consignación. Por consiguiente, no se dará curso a ninguna oposición o solicitud del acreedor".

Como señala un autor "son actos extrajudiciales, salvo que se trate de designar el depositario en cuyas manos se haga la consignación. Como no reviste el carácter de juicio, el poder para comparecer en litigio no habilita para intervenir en ella, sostiene el fallo de 22 de abril de 1963.⁴³²

463.- La oferta. El artículo 1600, señala que "la consignación debe ser precedida de una oferta".

464.- Requisitos de la oferta. Pueden ser de fondo o de forma y están contemplados en el artículo 1600:

465.- Requisitos de fondo de la oferta. Son los siguientes:

⁴³² *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 60, 2ª parte, sec. 2ª, pág. 48; SOMARRIVA: "Las obligaciones y los contratos ante la Jurisprudencia", comentario a la sentencia 108.

- 1.- La oferta la debe hacer una persona capaz de pagar (1600 N° 1). No es necesario que sea el acreedor, puede ser cualquiera de las personas que indica el artículo 1572 (acreedor, terceros interesados, terceros no interesados);
- 2.- Debe ser hecha al acreedor si es capaz de recibir el pago, o a su legítimo representante;
Sin embargo, si el acreedor o su representante no tiene domicilio en el lugar en que deba efectuarse el pago, o no es habido, o hay incertidumbre acerca de la persona del acreedor, la oferta se hace al tesorero comunal respectivo quien se limitará a tomar conocimiento de ella (art. 1602). El Tesorero comunal respectivo no es el tesorero municipal, sino el funcionario de la Tesorería General de la República, que cumple las funciones de Tesorero en la comuna respectiva. Se ha fallado que la oferta hecha al fiador no es válida, si se le hace antes de que pague la deuda, pues sólo con el pago se subroga en los derechos del acreedor (T. 2, sec. 2ª, pág. 127).
- 3.- Si la obligación es a plazo o bajo condición suspensiva, debe haber expirado el plazo o cumplido la condición. Sin embargo, si la obligación es a plazo la oferta podrá también hacerse en los dos últimos días hábiles del plazo. Así lo establece el artículo 1600 N° 3. En relación con esto el artículo 1605 inciso 2º expresa 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".

De acuerdo a estas dos normas, cabe concluir que en el caso de las obligaciones a plazo la oferta se puede hacer desde los dos días hábiles anteriores al vencimiento del plazo hasta el día siguiente hábil a su expiración;

- 4.- El pago se debe ofrecer en el lugar debido. Para saber cuál es este lugar, habrá que estarse a lo que señalan los artículos 1587 al 1589, ya estudiados.

466.- Requisitos de forma de la oferta. Son los siguientes:

- 1.- La oferta se hace a través de un notario o receptor competente, sin previa orden del tribunal. Este es el único caso en que un Receptor puede actuar sin orden judicial. En las comunas en que no haya Notario puede hacer las veces de tal el Oficial del Registro Civil.
- 2.- Para estos efectos el deudor debe poner en manos de este funcionario una minuta de lo que debe, con los intereses vencidos, si los hay, y los demás cargos líquidos, comprendiendo en ella una descripción individual de la cosa ofrecida. No es necesaria la presentación material de la cosa ofrecida;
- 3.- El Notario, receptor u oficial del Registro Civil, para realizar la oferta hace un acta en que copia la minuta y que lee al acreedor. En esta acta deberá expresarse la respuesta del acreedor o de su representante, y si el uno o el otro la han firmado, rehusado firmarla, o declarado no saber o no poder firmar.

467.- Características de la oferta. La oferta es un trámite extrajudicial y formal. Extrajudicial porque para hacerla no es necesario recurrir a los tribunales. Simplemente quien quiere pagar solicita a alguno de los funcionarios que señala el artículo 1600 N° 5, para que

proceda a realizarla sin que para ello tenga que ser autorizado por la justicia.

Decimos que es formal, porque debe cumplir determinados requisitos de forma y de fondo que establece el artículo 1600 y que examinamos en el punto anterior.

468.- No se requiere oferta. Hay situaciones en que, por excepción, se puede pagar por consignación sin que preceda oferta. Así ocurre en los siguientes casos:

- 1.- Si existe una demanda judicial que pueda enervarse con el pago; y
- 2.- En el caso de pagos periódicos.

La primera de estas excepciones está establecida en el artículo 1600 inciso final: "Sin embargo, si el acreedor demanda judicialmente el cumplimiento de la obligación o deduce cualquiera otra acción que pueda enervarse mediante el pago de la deuda, bastará que la cosa debida con los intereses vencidos, si los hay, y demás cargos líquidos, se consigne a la orden del tribunal que conoce del proceso en alguna de las formas que señala el artículo 1601, sin necesidad de oferta previa...".

Como puede observarse, la excepción se refiere al caso en que esté planteada una demanda judicial en que se solicite el cumplimiento o se intente cualquiera otra acción que pueda enervarse mediante el pago. Esto último ocurrirá, por ejemplo, en el caso de la acción de resolución del contrato, en los casos en que ello es posible (por ejemplo en el contrato de compraventa por no pago del precio, cuando existe pacto comisorio calificado). Recuérdese que allí hay un plazo breve de 24 horas para enervar la resolución, pagando (artículo 1879). Nótese que para que nos encontremos en esta situación excepcional, tiene que tratarse de una demanda que

pueda enervarse mediante el pago. Cualquier demanda no basta. Se ha fallado reiteradamente que si se ha demandado la resolución de un contrato, se puede pagar sin oferta previa, en conformidad al artículo 1600 N° 7⁴³³. Esto nos parece discutible, pues, como lo hemos señalado (ver N° 188), pensamos que un pago posterior no es apto para enervar la acción de resolución.

Esta norma también tiene aplicación en el juicio ejecutivo, en que el deudor para liberar sus bienes del remate puede, antes de verificarse éste, pagar la deuda y las costas (artículo 490 del Código de Procedimiento Civil), pago que normalmente se va a hacer depositando los valores en la cuenta corriente del tribunal. La Corte de Concepción ha resuelto que se entiende por remate la conclusión y fin de una cosa, por lo que sólo cuando se extiende la escritura pública definitiva y el acreedor se paga de su crédito ha terminado esa actuación. Luego, puede hasta esa oportunidad pagar el deudor, importando poco o nada que el acta de remate se haya extendido.⁴³⁴

La segunda excepción se explica por sí sola. Piénsese, por ejemplo, los problemas, que de no existir esta norma, tendría un alimentante o un arrendatario, para ir pagando por consignación las pensiones o rentas mensuales si tuviera cada vez que estar haciendo toda la tramitación que supone la oferta.

En ambos casos, la consignación se hace depositando la suma adeudada en la cuenta corriente del tribunal (1600 inc. final, 1601 inc. 5°). Pese a ser casos de excepción, son de mucho uso en la práctica.

⁴³³ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 45, sec. 1ª, pág. 597, T. 44, sec. 1ª, pág. 288.

⁴³⁴ SOMARRIVA: ob. cit., comentario a sentencia N° 103, pág. 74.

469.- Situaciones especiales. Pago por consignación de rentas de arriendo de predios urbanos y de letras de cambio. Parece útil hacer referencia a dos casos de pagos por consignación contemplados en leyes especiales. Nos referimos a los señalados en el artículo 23 de la Ley N° 18.101, sobre Arrendamientos Urbanos; y en el artículo 70 de la Ley N° 18.092, sobre Letras de Cambio.

La primera de estas normas señala que "en caso de negativa del arrendador a recibir la renta de arrendamiento o a otorgar el correspondiente recibo al arrendatario que no desee recurrir al procedimiento de pago por consignación establecido en el párrafo 7° del Título XIV del Libro IV del Código Civil, podrá depositar aquélla en la Unidad del Servicio de Tesorerías que corresponda a la ubicación del inmueble, indicando el nombre, apellidos y la residencia del arrendador.

Dicha unidad le otorgará el respectivo recibo y comunicará al arrendador, por carta certificada, la existencia del depósito. Este pago se considerará hecho al arrendador para todos los efectos legales, pero su suficiencia será calificada en el juicio que corresponda" (inc. 1°).

El hecho de que el arrendador retire el depósito de Tesorería no significa que renuncia a sus derechos ni produce los efectos previstos en el inciso 3° del artículo 1956 del Código Civil (tácita reconducción).

En el caso de las letras de cambio, el artículo 70 de la ley N° 18.092 obliga a los Notarios antes de estampar un protesto por falta de pago, a verificar en la Tesorería Comunal correspondiente si se ha efectuado en ella algún depósito destinado al pago del documento siempre que en él se hubiere señalado la comuna correspondiente al lugar del pago. Ello está demostrando que si el día del vencimiento de una letra nadie aparece cobrándola, su aceptante puede consignar sin más tramites su valor en la correspondiente Tesorería, evitando de esa manera su protesto.

470.- Resultado de la oferta. Hecha la oferta pueden ocurrir dos cosas:

- a) que el acreedor la acepte, caso en que termina todo el procedimiento de pago por consignación; o
- b) que el acreedor rechace la oferta, o no sea habido o subsista la incertidumbre sobre quién es el acreedor, caso en que se pasa a la etapa siguiente: la consignación.

471.- La Consignación. Se refiere a ella el artículo 1601: "Si el acreedor o su representante se niega a recibir la cosa ofrecida, el deudor podrá consignarla en la cuenta bancaria del tribunal competente, o en la Tesorería comunal, o en un banco u oficina de la Caja Nacional de Ahorros (hoy Banco del Estado), de la Caja de Crédito Agrario (también hoy Banco del Estado), feria, martillo o almacén general de depósito del lugar en que deba hacerse el pago, según la naturaleza de la cosa ofrecida" (inc. 1°).

"Podrá también efectuarse la consignación en poder de un depositario nombrado por el juez competente" (inciso 2°).

De manera que para saber el lugar en que se debe depositar lo debido, deberá estarse a "la naturaleza de la cosa ofrecida", como lo dice la parte final del inciso 1° del artículo 1601. Y si esta cosa, por su propia naturaleza no es posible depositarla en alguno de los lugares que indica dicho inciso 1°, habrá que pedir al juez que designe un depositario. Piénsese, por ejemplo, que lo debido fuera un hipopótamo, caso en que el tribunal podrá disponer que se deposite en un zoológico.

472.- Plazo para consignar. La ley no establece plazo para verificar el depósito o consignación. Ello no tiene mayor importancia porque el pago sólo se va a entender realizado el día en que se efectúe la consignación. Así lo dispone el artículo 1605 inciso 1°

"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".

473.- Declaración de suficiencia del pago. Hecha la consignación, el deudor debe pedir al juez competente (el de letras en lo civil del lugar en que deba verificarse el pago), que ordene ponerla en conocimiento del acreedor, con intimación de recibir la cosa consignada. Con esta etapa ya se inicia una gestión judicial de naturaleza contenciosa.⁴³⁵

Se ha fallado que como el objeto de esta notificación es que el acreedor tome conocimiento de la consignación, no es necesaria notificación si concurre al tribunal y la acepta.⁴³⁶

El acreedor notificado puede adoptar dos actitudes:

- a) aceptar la consignación, caso en que la obligación queda extinguida, por pago. Incluso, si estimare que lo que se le está pagando es inferior a lo que se le debe, puede aceptarla como pago parcial, y demandar el resto⁴³⁷; o
- b) rechazar el pago o no decir nada, caso en que se debe declarar la suficiencia del pago.

De acuerdo al artículo 1603 inciso 2º la suficiencia del pago por consignación será calificada en el juicio que corresponda promovido por el deudor o por el acreedor ante el tribunal que sea competente según las reglas generales.

En conformidad a esta norma, tanto el deudor como el acreedor pueden demandar la declaración de suficiencia del pago. Este juicio

⁴³⁵ ABELIUK: ob. cit., T. II, N° 644, pág. 535.

⁴³⁶ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 28, sec. 2ª, pág. 63; T. 32, sec. 1ª, pág. 376.

⁴³⁷ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 37, sec. 1ª, pág. 549.

no tiene por qué ser un pleito cuyo objeto específico sea obtener esta declaración. Cualquier juicio en que se discuta el incumplimiento (resolución; ejecutivo de cumplimiento, etc.) es suficiente.

Sobre este punto es importante precisar que lo corriente va a ser que demande el acreedor, en razón de lo establecido en el inciso 3º del artículo 1603, "sin embargo, si el acreedor no prueba, dentro del plazo de 30 días hábiles contado desde la fecha en que haya sido notificado de la consignación, la circunstancia de existir juicio en el cual deba calificarse la suficiencia del pago, el juez que ordenó dicha notificación lo declarará suficiente, a petición del deudor, y ordenará alzar las cauciones, sin más trámite. Las resoluciones que se dicten en virtud de este inciso serán apelables sólo en el efecto devolutivo".

El inciso 4º agrega que "no obstante, el juez podrá prorrogar hasta por 30 días el plazo establecido en el inciso anterior si por causas ajenas a la voluntad del acreedor no ha sido posible notificar al deudor". No dice el código que esta prórroga sea de días hábiles, por lo que podría entenderse, de acuerdo al artículo 50, que serían días corridos. No nos parece que sea así, pues al tratarse de una prórroga de un plazo de días hábiles, parece razonable entender que la prórroga tenga el mismo carácter.

Se ha resuelto que para la validez del pago por consignación es requisito la calificación de suficiencia del mismo.⁴³⁸

474.- Tribunal competente. Regla general y excepciones. Se pide la declaración de suficiencia del pago al juez que sea competente de acuerdo a las reglas generales (1603 inc. 2º). Nótese que no tiene por qué ser el mismo que ordenó la notificación de la consignación.

Esta regla sufre dos excepciones:

⁴³⁸ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 67, sec. 2ª, pág. 24.

- 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 recuperar lo 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.