

RENÉ RAMOS PAZOS

Para Enrique Barón, discípulo  
propieta y muy estimado colega,  
con especial afecto.

(acept - 26-4-2005)

*René Ramos Pazos*

**DE LAS  
OBLIGACIONES**



**LexisNexis**

© 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.

- 3.- Por el sobreseimiento definitivo o temporal del deudor, y
- 4.- Por convenio. Respecto de esta última causal, el artículo 1621 establece que "hecha la cesión de bienes podrán los acreedores dejar al deudor la administración de ellos, y hacer con él los arreglos que estimaren convenientes, siempre que en ello consientan la mayoría de los acreedores concurrentes".

#### *Párrafo V*

##### *Pago con Beneficio de Competencia*

**504.- Ideas generales.** Trata de esta modalidad del pago el párrafo 10 del Título XIV del Libro IV, artículos 1625 al 1627.

Según el artículo 1625 "Beneficio de competencia es el que se concede a ciertos deudores para no ser obligados a pagar más de lo que buenamente puedan, dejándoseles en consecuencia lo indispensable para una modesta subsistencia, según su clase y circunstancias, y con cargo de devolución cuando mejoren de fortuna".

Como se puede ver, la finalidad de esta institución es no dejar al deudor en la absoluta indigencia.

**505.- Personas que pueden demandar este beneficio.** El artículo 1626 señala las personas a quienes el acreedor está obligado a conceder este beneficio:

- 1º "a sus descendientes o ascendientes; no habiendo éstos irrogado al acreedor ofensa alguna de las clasificadas entre las causas de desheredación;
- 2º a su cónyuge; no estando divorciado por su culpa;
- 3º a sus hermanos; con tal que no se hayan hecho culpables para con el acreedor de una ofensa igualmente grave que las

indicadas como causa de desheredación respecto de los descendientes o ascendientes;

- 4º a sus consocios en el mismo caso; pero sólo en las acciones recíprocas que nazcan del contrato de sociedad;
- 5º al donante; pero sólo en cuanto se trata de hacerle cumplir la donación prometida;
- 6º al deudor de buena fe que hizo cesión de bienes y es perseguido en los que después ha adquirido para el pago completo de las deudas anteriores a la cesión, pero sólo le deben este beneficio los acreedores a cuyo favor se hizo".

#### **506.- Características.**

- 1.- Es un beneficio personalísimo concedido por la ley al deudor. Consecuencia de ello es que no puede renunciarse, transferirse, trasmitirse ni perderse por prescripción;
- 2.- Puede oponerse en cualquier momento como excepción. Dentro del juicio ejecutivo se planteará mediante la excepción del artículo 464 N° 7 del Código de Procedimiento Civil;
- 3.- Tiene carácter alimenticio. Por ello "no se pueden pedir alimentos y beneficio de competencia a un mismo tiempo. El deudor elegirá" (art. 1627).

#### *Párrafo VI*

##### *De la Dación en Pago*

**507.- Ideas generales.** La dación en pago es un modo de extinguir las obligaciones que no está indicado en la enumeración del artículo 1567. Tampoco ha sido reglamentado en la ley, si bien varias disposiciones demuestran que no fue ignorado y menos repudiado

por el autor del código. En efecto, el artículo 2382 en la fianza expresa que "si el acreedor acepta voluntariamente del deudor principal en descargo de la deuda un objeto distinto del que este deudor estaba obligado a darle en pago, queda irrevocablemente extinguida la fianza, aunque después sobrevenga evicción del objeto". La figura que describe el artículo 2382 es una típica dación en pago. Se mencionan también como casos de daciones en pago: el artículo 1773 en la sociedad conyugal; el 2397 en la prenda; y el 2424 en la hipoteca. Con la incorporación del régimen de participación en los gananciales se generó un caso en que expresamente el Código Civil hace referencia a la dación en pago. Es la situación prevista en el artículo 1792-22, inciso 2°, referente a la forma de extinguir el crédito de participación.

Fuera del Código Civil, hay otros cuerpos legales en que aceptan este modo de extinguir: artículos 499 N° 1 y 500 N° 1 del Código de Procedimiento Civil, 245 de la Ley de Quiebras, etc.

**508.- Concepto de dación en pago.** Las partes contratantes, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, pueden convenir que la obligación se extinga pagando el deudor con una cosa distinta de la debida. El artículo 1569 inciso 2° señala que "el acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que la que se le deba ni aun a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida". "No podrá ser obligado...", dice esta disposición, de donde se infiere, contrario sensu, que si el acreedor está de acuerdo, pueda recibir en pago una cosa distinta de la debida. Y eso es, justamente, lo que se denomina "dación en pago". En un fallo relativamente reciente la Corte de Santiago ha dicho: La dación en pago es una forma de extinguir las obligaciones que no ha sido contemplado en forma expresa en el Código Civil, no obstante lo cual de su artículo 1569 cabe deducirse que el acreedor puede consentir en recibir otra cosa que la debida, la que puede ser de igual, mayor o menor valor. De

lo anterior se infiere que estando de acuerdo las partes, no es necesario que lo que se da en pago valga exactamente lo mismo que lo adeudado.<sup>456</sup>

**509.- Definición.** De acuerdo a lo que venimos diciendo, podemos definir la dación en pago como una convención entre acreedor y deudor en virtud de la cual el primero acepta en pago una cosa distinta de la debida.

Se le ha definido como "un modo de extinguir las obligaciones, que se perfecciona por la entrega voluntaria que un deudor hace a título de pago a su acreedor, y con el consentimiento de éste, de una prestación u objeto distinto del debido".<sup>457</sup>

Podría decirse que la datio in solutum o dación en pago es un modo de extinguir obligaciones que se perfecciona por la entrega voluntaria que un deudor hace a título de pago a un acreedor, y con el consentimiento de éste, de una prestación u objeto distinto del debido. Y agrega "para ello se requiere del consentimiento del acreedor, a diferencia del pago efectivo, que puede ser contra su voluntad".<sup>458</sup>

La Corte Suprema ha dicho que "La dación en pago consiste en una convención acerca de un pago por equivalencia, acordada entre el acreedor y el deudor y en razón del cual éste extingue su obligación o deuda, entregando una cosa distinta de la debida".<sup>459</sup>

**510.- La dación en pago es una convención. No es contrato.** Cualquiera que sea la definición de esta institución que adoptemos,

<sup>456</sup> *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 95, sec. 2ª, pág. 65.

<sup>457</sup> Hernán BARRIOS CARO y Gabriel VALLS SAINTIS: "Teoría General de la Dación en Pago". Memoria de prueba, Edit. Jurídica de Chile, 1961.

<sup>458</sup> "Las obligaciones y los contratos ante la Jurisprudencia", sentencia 119, págs. 81-82.

<sup>459</sup> *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 93, sec. 1ª, pág. 94.

existe absoluta unanimidad en el sentido que es una convención, es decir, un acuerdo de voluntades, destinado a extinguir una obligación.

Algunos sostienen que además constituye un verdadero título traslativo de dominio<sup>460</sup>. La misma idea encontramos en Abeliuk: "Pero la dación en pago, si se trata de dar una cosa, es título traslativo de dominio"<sup>461</sup>.

Barrios y Valls<sup>462</sup> discrepan de la conclusión anterior, por varios motivos:

- a) la dación en pago es una convención extintiva y no un contrato. La intención única de las partes es extinguir la obligación preexistente. Los ejemplos de título traslativos que coloca el 703 inciso 2º, demuestran que todos ellos generan obligaciones, son contratos. No es el caso de la dación en pago, que sólo persigue liberar al deudor;
- b) la dación en pago requiere consentimiento de las partes pero sólo se perfecciona cuando se entrega de la cosa. La situación es igual a la del pago. Así como antes de la entrega de la cosa no hay pago, tampoco habrá, en el mismo caso, dación en pago. ¿En qué momento entonces, se generaría una obligación para que pudiera hablarse de contrato?
- c) la dación en pago transfiere dominio. El artículo 703 al definir lo que es título traslativo de dominio señala que son los que por su naturaleza sirven para transferirlo. No es el

<sup>460</sup> Así lo resolvió la Corte Suprema en sentencia publicada en el T. 35, sec. 1ª, pág. 12, y posteriormente en sentencia publicada en T. 40, sec. 1ª, pág. 351. Somarriva comentando la primera de estas sentencias ("Obligaciones y Contratos ante la Jurisprudencia", sentencia 119, págs. 81-82) expresa que le parece perfectamente ajustada a derecho.

<sup>461</sup> Ob. cit., T. II, N° 713, pág. 588.

<sup>462</sup> Ob. cit., N° 32, págs. 48 a 50.

caso de la dación en pago, pues ésta no sirve para transferir el dominio, sino que derechamente lo transfiere.

Me parece más jurídica la opinión sustentada por los señores Barrios y Valls.

**511.- Naturaleza jurídica de la dación en pago.** Existen varias doctrinas para explicar la naturaleza jurídica de esta institución:

- 1.- Teoría según la cual se trataría de una compraventa seguida de una compensación;
- 2.- Teoría de la novación por cambio de objeto;
- 3.- Teoría de la modalidad del pago, y
- 4.- La dación en pago sería una figura autónoma.

**512.- La dación en pago es una compraventa.** Según los que sustentan esta tesis, el deudor está vendiendo al acreedor el objeto dado en pago. El precio de esta compraventa, que el acreedor debe pagar al deudor, se compensaría con la obligación que el deudor tenía en favor del acreedor. Por tratarse de una venta, el deudor estaría respondiendo del saneamiento de la cosa vendida, como corresponde a todo vendedor. Sigue esta tesis Pothier.

Se la critica porque es artificiosa. Jamás ha estado en la mente de las partes, celebrar un contrato de compraventa. Además, tiene el inconveniente de limitar la dación en pago únicamente a las obligaciones de pagar una suma de dinero, pues el precio de la compraventa tiene necesariamente que estipularse en dinero (artículo 1793). Se contraargumenta diciendo que en este caso puede considerarse la operación no como una venta, sino como una permuta.<sup>463</sup>

<sup>463</sup> G. MARTY: ob. cit., pág. 29.

Por otra parte, si la dación en pago es compraventa, no podría haberlas entre marido y mujer (art. 1796), lo que sería contrario a los artículos 1763 y 1792-22, en que justamente se establecen casos de daciones en pago entre cónyuges.

Esta tesis ha sido rechazada siempre por la jurisprudencia.<sup>464</sup>

**513. La dación en pago sería una novación objetiva, pues se sustituiría una obligación por otra con un objeto distinto.** Para entender lo anterior, tengamos presente que la novación, según el artículo 1628, es "la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida".

No vemos cómo puede ser novación, pues en ella se extingue una obligación pero nace otra que sustituye a la anterior. En la dación en pago no nace una nueva obligación; simplemente se extingue la única obligación existente. Además, la novación requiere del animus novandi, ánimo de novar, que no existe en la dación en pago, en que el único ánimo es extinguir la obligación con una cosa distinta de la debida.

Esta tesis ha sido defendida por Aubry et Rau, Demolombe y otros en Francia, y la siguen en Chile, Alessandri<sup>465</sup>. La rechazan Claro Solar<sup>466</sup> y Barrios y Valls.<sup>467</sup>

Para Alessandri la mayor demostración de que la dación en pago está asimilada a la novación, se encontraría en el 1645 en relación con el art. 2382. En efecto, la primera de estas disposiciones señala que "la novación liberta a los codeudores solidarios o subsidiarios, que no han accedido a ella". En seguida, el artículo 2382 no hace más que aplicar el mismo principio: "Si el acreedor acepta volun-

<sup>464</sup> *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 23, sec. 1ª, pág. 99; T. 32, sec. 2ª, pág. 39; T. 40, sec. 1ª, pág. 455, y T. 43, sec. 1ª, pág. 61.

<sup>465</sup> Ob. cit., pág. 346.

<sup>466</sup> Ob. cit., T. XII, N° 1672, págs. 366 y siguientes.

<sup>467</sup> Ob. cit., págs. 25 y siguientes.

tariamente del deudor principal en descargo de la deuda un objeto distinto del que este deudor estaba obligado a darle en pago, queda irrevocablemente extinguida la fianza, aunque después sobrevenga evicción del objeto". En resumen, si el fiador queda desligado de responsabilidad cuando el deudor principal paga con una cosa distinta de la debida, es porque la obligación que estaba garantizando se extinguió por novación. El mismo argumento se usa en Francia, con el artículo 2038 del Código de Napoleón—equivalente al 2382 de nuestro código—que inclina a la mayoría de la doctrina por esta tesis.<sup>468</sup>

**514.- La dación en pago es simplemente una modalidad del pago.** Esta es la tesis que ha sido acogida por la jurisprudencia<sup>469</sup>. La sigue Somarriva<sup>470</sup>. Un buen argumento para sustentarla se encuentra en el artículo 176 N° 2 de la Ley de Quiebras, cuando señala que "la dación en pago de efectos de comercio equivale a pago en dinero".

La consecuencia de estimarla como una modalidad del pago es que se le deben aplicar la normas de éste, salvo las del pago por consignación que definitivamente no podría tener cabida.

**515.- La dación en pago es una figura autónoma.** Es la opinión seguida por autores como Colin y Capitant y, entre nosotros, por Abeliuk<sup>471</sup> y Barrios y Valls.<sup>472</sup>

Nos parece que decir que la dación en pago es una figura autónoma, no soluciona ningún problema. Para nosotros es una

<sup>468</sup> MARTY: ob. cit., pág. 29.

<sup>469</sup> *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 35, sec. 1ª, pág. 12.

<sup>470</sup> "Las Obligaciones y los Contratos ante la Jurisprudencia", comentario a sentencia N° 119, págs. 81-82.

<sup>471</sup> Ob. cit., T. II, N° 707, pág. 584.

<sup>472</sup> Ob. cit., N° 19, pág. 36.

modalidad de pago, como lo sugiere su propio nombre y la consecuencia de ello es que se le deben aplicar las reglas del pago, en la medida que ello no sea contrario a su propia naturaleza.

Barrios y Valls afirman, según se acaba de señalar, que la dación en pago es una figura autónoma. Pero agregan que “deben aplicarse a la dación en pago las reglas y principios que rigen el pago”; “en razón de los rasgos comunes que presentan”.<sup>473</sup>

**516.- Requisitos de la dación en pago.** Los requisitos de la dación en pago son los siguientes:

- 1.- Existencia de una obligación, que es la que se va a extinguir. Esta obligación puede ser de dar, hacer o no hacer. No hay limitaciones.
- 2.- La obligación se va a extinguir con una prestación diferente a la debida;
- 3.- Consentimiento y capacidad de las partes;
- 4.- Animus solvendi;
- 5.- Solemnidades legales en ciertos casos.

Los dos primeros requisitos son demasiado obvios. No requieren de un comentario especial. Los otros sí. Veámoslos.

**517.- Consentimiento y capacidad de las partes.** En cuanto al consentimiento; se aplican las reglas generales de cualquier otra convención.

Respecto de la capacidad. Para nosotros la dación en pago es una modalidad del pago, lo que nos podría llevar a afirmar que para ella se requiere la misma capacidad que se exige para el pago, esto es, capacidad de disposición en quien hace el pago y capacidad de

administración, en quien lo recibe. Pensamos, sin embargo, que la dación en pago, por implicar para el que recibe, una verdadera renuncia a recibir la prestación debida, requiere de capacidad de disposición.

Además, y como consecuencia de aplicarle las reglas del pago, si mediante ella se da alguna cosa, el que la da debe ser su dueño (artículo 1575). En caso contrario, la dación en pago va a ser ineficaz –no nula– esto es, no va a extinguir la obligación.

**518.- Animus solvendi.** Esto quiere decir que las partes deben tener la intención compartida de extinguir de esta manera la obligación.

**519.- Solemnidades legales en ciertos casos.** Es un acto jurídico consensual, pues la ley no lo ha sometido a ninguna solemnidad especial. Sin embargo, si lo que se da en pago es un inmueble deberá hacerse por escritura pública e inscribirse, pues la inscripción es la única forma de realizar la tradición (artículo 686).

**520.- Efectos de la dación en pago.** Produce los mismos efectos del pago, esto es, extinguir la obligación con sus accesorios. Si es parcial, subsistirá en la parte no solucionada.

**521.- Evicción de la cosa recibida en pago.** Cuando la cosa que se recibe en pago es evicta, se estima por la generalidad de la doctrina que el deudor tiene la obligación de garantía. Ello no implica que le estemos dando el carácter de compraventa, pues hoy se considera que la obligación de garantía a pesar de estar reglamentada en el contrato de compraventa, es de alcance general. Con la dictación de la ley N° 19.335 art. 22, inciso 2° –en el régimen de participación en los gananciales– permite que el crédito de participación pueda extinguirse con una dación en pago y agrega que “renacerá el crédito en los términos del inciso 1° del artículo precedente, si la

<sup>473</sup> Ob. cit., N° 19, págs. 36-37.

cosa dada en pago es evicta, a menos que el cónyuge acreedor haya tomado sobre sí el riesgo de la evicción, especificándolo”.

En virtud de la obligación de garantía, el acreedor que recibió la cosa evicta podrá demandar las indemnizaciones correspondientes. El problema que se plantea es si, además, mantendría las acciones de la obligación que se había extinguido por la dación en pago. Como hemos venido sosteniendo que la dación en pago es una forma de pago, nuestra conclusión es que el acreedor mantiene las acciones de la obligación que se supuso extinguida, en razón de que ese pago fue ineficaz, de acuerdo al artículo 1575.

**522.- Paralelo entre la dación en pago, obligación facultativa y novación.** La dación en pago presenta semejanzas con la obligación facultativa y con la novación. Para una mejor comprensión, veamos ejemplos de cada una de estas situaciones:

- a) Que el deudor se obligue a entregar una cosa determinada, quedando facultado al momento de celebrar el contrato, para pagar con una cosa diferente que se indica en ese momento: Ej. se celebra un contrato de compraventa, en que el vendedor se obliga a entregar un automóvil en 30 días más, quedando facultado para poder cumplir esa obligación con un avión monoplaza que se individualiza. Estamos frente a una obligación facultativa;
- b) El mismo caso anterior, al cumplirse los 30 días, el comprador acepta que la obligación de pagar el automóvil le sea satisfecha con la entrega del avión. Se trata de una típica dación en pago (1569 inc. 2º, contrario sensu); y
- c) En el mismo contrato anterior, pero antes de los 30 días las partes acuerdan cambiar la cosa debida, obligándose el deudor a entregar un avión en vez del automóvil. Se está cambiando una obligación por otra. Hay sustitución de una

obligación a otra que queda por tanto extinguida. Esta figura constituye, como pronto lo veremos, una novación objetiva por cambio de objeto (artículo 1628).

#### *PÁRRAFO VII DE LA NOVACIÓN*

**523.- Ideas Generales.** Es otro modo de extinguir las obligaciones. Está expresamente señalado en el artículo 1567 N° 2 del Código Civil y tratado en el Título XV del Código Civil, artículos 1628 al 1651.

El artículo 1628 define la novación como “la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida”.

La voz novación viene de “novaro”, nueva obligación, lo que da una idea de la institución. Es el nacimiento de una nueva obligación lo que produce la extinción de una anterior.

**524.- La novación es una figura híbrida de contrato y convención.** Ello es así porque produce el doble efecto de generar una obligación nueva (contrato) y de extinguir una obligación anterior (convención extinguidora de derechos y obligaciones).

**525.- Requisitos de la novación.** Los requisitos de la novación son los siguientes:

- 1.- Una obligación anterior, que es la que se va a extinguir;
- 2.- Una obligación nueva que va a reemplazar a la anterior;
- 3.- Diferencia esencial entre ambas obligaciones;
- 4.- Capacidad de las partes para novar;
- 5.- Intención de novar (animus novandi).



**526.- Una obligación anterior que se extingue.** Es un requisito obvio, desde que se trata justamente de extinguir esa obligación.

Esta obligación puede ser civil o natural, pero tiene que cumplir dos requisitos:

- a) debe ser válida y
- b) no puede ser condicional suspensiva.

La primera de estas exigencias la establece el artículo 1630: "Para que sea válida la novación es necesario que tanto la obligación primitiva como el contrato de novación sean válidos a lo menos naturalmente".

Y la segunda está en el artículo 1633: "Si la antigua obligación es pura y la nueva pende de una condición suspensiva, o si por el contrario, la antigua pende de una condición suspensiva y la nueva es pura, no hay novación, mientras esté pendiente la condición, y si la condición llega a fallar, o si antes de su cumplimiento se extingue la obligación antigua, no habrá novación" (inc. 1°).

El inciso 2° agrega que "con todo, si las partes, al celebrar el segundo contrato, convienen en que el primero quede desde luego abolido, sin aguardar el cumplimiento de la condición pendiente, se estará a la voluntad de las partes".

**527.- Una obligación nueva que va a reemplazar a la anterior.** Así lo dice el artículo 1628 "es la substitución de una nueva obligación a otra anterior..."

Esta nueva obligación también puede ser civil o natural y no puede estar sujeta a una condición suspensiva (artículos 1630 y 1633). Sin embargo, respecto de la condición, pueden las partes convenir que el primer contrato quede desde luego abolido, sin aguardar el cumplimiento de la condición pendiente (1633 inc. 2°).

**528.- Diferencia esencial de ambas obligaciones.** Debe existir una diferencia esencial entre ambas obligaciones, lo que va a ocurrir en los siguientes casos: a) cambio de deudor o acreedor; b) cambio del objeto de la prestación; y c) cambio de la causa.

Este requisito aparece establecido en el artículo 1631: "La novación puede efectuarse de tres modos:

- 1° sustituyéndose una nueva obligación a otra, sin que inter venga nuevo acreedor o deudor;
- 2° contrayendo el deudor una nueva obligación respecto de un tercero, y declarándole en consecuencia libre de la obligación primitiva el primer acreedor;
- 3° sustituyéndose un nuevo deudor al antiguo, que en consecuencia queda libre..."

El mismo código se ha encargado de precisar, en los artículos 1646, 1647, primera parte, 1648, 1640 y 1650, una serie de casos en que por no haber diferencias esenciales, no hay novación. Veámoslos:

**529.- No hay novación si la nueva obligación consiste simplemente en añadir o quitar una especie, género cantidad a la primera.** Dice el artículo 1646 "Cuando la segunda obligación consiste simplemente en añadir o quitar una especie, género o cantidad a la primera, los codeudores subsidiarios y solidarios podrán ser obligados hasta concurrencia de aquello en que ambas obligaciones convienen". Con ello, esta disposición está demostrando que no hay novación, pues de haberla los codeudores subsidiarios y solidarios habrían quedado liberados, pues la obligación se encontraría extinguida.

Una aplicación de esta situación se produce cuando la nueva obligación establece intereses no contemplados en la primera o

varía la tasa. Así ha sido fallado<sup>474</sup>. Por la misma razón, tampoco hay novación si la primera obligación no era reajutable y la segunda lo es.

**530.- No hay novación si la nueva obligación se limita a imponer una pena o a establecer otra para el caso de incumplimiento.** Dice el 1647, en su primera parte, que “si la nueva obligación se limita a imponer una pena para en caso de no cumplirse la primera, y son exigibles juntamente la primera obligación y la pena, los privilegios, fianzas, prendas e hipotecas, subsistirán hasta concurrencia de la deuda principal...”. La norma agrega: “Mas sin en el caso de infracción es solamente exigible la pena, se entenderá novación desde que el acreedor exige sólo la pena, y quedarán por el mismo hecho extinguidos los privilegios, prendas e hipotecas de la obligación primitiva, y exonerados los que solidaria o subsidiariamente accedieron a la obligación primitiva, y no a la estipulación penal”.

Del mismo modo, si la primera obligación no está caucionada con prenda, hipoteca o fianza y la nueva sí, no hay novación. Y recíprocamente, si la primera obligación estaba caucionada y la segunda no, tampoco hay novación. Y por ello se ha fallado que la renuncia del acreedor a la hipoteca no constituye novación.

**531. No hay novación si sólo se cambia el lugar del pago.** El artículo 1648 establece que “la simple mutación de lugar para el pago dejará subsistentes los privilegios, prendas e hipotecas de la obligación y la responsabilidad de los codeudores solidarios y subsidiarios, pero sin nuevo gravamen”;

**532. No hay novación por la sola ampliación del plazo.** Así lo consigna el artículo 1649: “La mera ampliación del plazo de una

<sup>474</sup> Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 2, sec. 1ª, pág. 217.

deuda no constituye novación, pero pone fin a la responsabilidad de los fiadores y extingue las prendas e hipotecas constituidas sobre otros bienes que los del deudor; salvo que los fiadores o los dueños de las cosas empeñadas o hipotecadas accedan expresamente a la ampliación”. De esa forma lo ha resuelto la jurisprudencia.<sup>475</sup>

**533.- La mera reducción del plazo no constituye novación.** Así lo señala el artículo 1650: “Tampoco la mera reducción del plazo constituye novación, pero no podrá reconvenirse a los codeudores solidarios o subsidiarios sino cuando expire el plazo primitivamente estipulado”.

Fuera de estos casos que están contemplados expresamente en el código hay otros, establecidos en otros cuerpos legales o que son aceptados por la doctrina y la jurisprudencia.

**534.- No produce novación el giro, aceptación o transferencia de una letra de cambio.** Así lo establece el artículo 12 de la ley N° 18.092, inciso 1º: “el giro, aceptación o transferencia de una letra no extinguen, salvo pacto expreso, las relaciones jurídicas que les dieron origen, no producen novación”. Ya la Corte Suprema había dicho que no había novación si el acreedor acepta letras de cambio que tienen por único objeto facilitar el pago de la deuda.<sup>476</sup>

**535.- No produce novación la entrega de un cheque o documentos que no se pagan.** La ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques señala en su artículo 37 que “el cheque girado en pago de obligaciones no produce la novación de éstas cuando no es pagado”.

<sup>475</sup> Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 2, sec. 1ª, pág. 217. Véase también T. 94, sec. 2, pág. 119.

<sup>476</sup> Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 37, sec. 1ª, pág. 520.

Por su parte, el artículo 125 del Código de Comercio prescribe que "si se dieren en pago documentos al portador, se causará novación si el acreedor al recibirlos no hubiere hecho formal reserva de sus derechos para el caso de no ser pagado".

**536.- No constituye novación la circunstancia de que el acreedor acepte abonos a cuenta de su crédito.** Así lo ha establecido la jurisprudencia.<sup>477</sup>

**537.- No producen novación las facilidades dadas por el acreedor.** Las facilidades de pago dadas por el acreedor al deudor no producen novación. Así ha sido fallado.<sup>478</sup>

**538.- No hay novación en reducir a un pagaré un crédito contratado en cuenta corriente.** También ha sido resuelto de ese modo por la jurisprudencia.<sup>479</sup>

**539. No constituye novación dar en prenda un crédito.** Así ha sido resuelto.<sup>480</sup> Somarriva comentando esta sentencia expresa que si bien de acuerdo al artículo 12 del decreto ley N° 776 de 19 de diciembre de 1925, el acreedor a quien se le da en prenda un crédito puede cobrarlo, ello no quiere decir que exista un nuevo acreedor, pues como dice esa misma disposición, éste actúa como representante legal del dueño del crédito.<sup>481</sup>

**540.- Capacidad de las partes para novar.** El acreedor requiere tener capacidad de disposición, por cuanto va a extinguir su crédito; en cambio en el deudor basta la capacidad para obligarse.

<sup>477</sup> Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 21, sec. 2ª, pág. 461.

<sup>478</sup> Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 41, sec. 1ª, pág. 150.

<sup>479</sup> Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 8, sec. 1ª, pág. 288.

<sup>480</sup> Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 22, sec. 1ª, pág. 388.

<sup>481</sup> Ob. cit., comentario a sentencia 124, pág. 85.

**541.- La novación puede celebrarse mediante mandatarios. Capacidad del mandatario.** Puede la novación acordarse a través de mandatarios. En este caso, podrá novar el mandatario que tiene poder especial para ello; el mandatario que administra un negocio, respecto del cual incide la novación; y el mandatario con poder general de administración. Así lo dice el artículo 1629: "El procurador o mandatario no puede novar si no tiene facultad especial para ello, o no tiene la libre administración de los negocios del comitente o del negocio a que pertenece la deuda".

**542.- Intención de novar (animus novandi).** Está establecido este requisito en el artículo 1634: "Para que haya novación, es necesario que lo declaren las partes, o que aparezca indudablemente que su intención ha sido novar, porque la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua" (inc. 1º).

"Si no aparece la intención de novar, se mirarán las dos obligaciones como coexistentes, y valdrá la obligación primitiva en todo aquello en que la posterior no se opusiere a ella, subsistiendo en esa parte los privilegios y cauciones de la primera" (inc. 2º).

De esta disposición se desprende que no es necesario que este ánimo se manifieste en forma expresa ya que basta con que "aparezca indudablemente, que su intención ha sido novar...".

La excepción a esta regla la señala el artículo 1635, para la novación por cambio de deudor, pues según esa norma "La sustitución de un nuevo deudor a otro no produce novación si el acreedor no expresa su voluntad de dar por libre al primitivo deudor...". La forma de expresar esta voluntad no requiere de términos sacramentales, bastando con que de las declaraciones de las partes quede de manifiesto la intención del acreedor de dar por libre al primitivo deudor. En ese sentido sentencia de la Excma. Corte Suprema de 29 de abril de 1966, que acogió recurso de

casación en el fondo en contra de un fallo de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas.<sup>482</sup>

**543.- Clases de novación.** Novación objetiva y subjetiva. Del artículo 1631 se desprende que la novación puede ser de dos clases:

- A) Novación objetiva (Nº 1); y
- B) Novación subjetiva (Nºs. 2 y 3).

**544.- Novación Objetiva.** Está contemplada en el artículo 1631 Nº 1, y puede darse en dos casos: a) cuando se cambia la cosa debida; o, b) cuando se cambia la causa de la obligación. Así por ej. si debo \$ 1.000.000, y acordamos reemplazar esa obligación por la de dar mi automóvil, existe novación por cambio de objeto; en cambio, si debo \$ 1.000.000, a título de saldo de precio y reemplazamos esta obligación por la de pagar \$ 1.000.000, a título de mutuo, hay novación objetiva por cambio de causa. Justamente este último ejemplo era el que colocaba Bello.

Pudiera aparecer, en un primer análisis, que esta segunda forma de novación sería inocua, pues si ya se debía \$ 1.000.000, y se seguirá debiendo la misma suma, no se divisa la utilidad del cambio. Pero, no es así, pues al producirse la novación y extinguirse con ella la primera obligación, ya no se podrá pedir, en el ejemplo propuesto, resolución o cumplimiento del contrato de compraventa por no pago del precio, pues la obligación de pagar el precio se encuentra extinguida por la novación.

**545.- Novación Subjetiva.** La novación subjetiva puede ser de dos tipos:

<sup>482</sup> Fallos del Mes Nº 449, sent. 12, pág. 598.

- a) por cambio de acreedor (1631 Nº 2), y
- b) por cambio de deudor (1631 Nº 3).

**546.- Novación subjetiva por cambio de acreedor.** Está consagrada esta forma de novación en el artículo 1631 Nº 2: "contrayendo el deudor una nueva obligación respecto de un tercero, y declarándole en consecuencia libre de la obligación primitiva al primer deudor". Ej. A) debe a B) \$ 1.000.000; y las partes acuerdan que en vez de pagarlos a B) los pague a C).

Se requiere que las tres partes presten su consentimiento. El deudor, porque está contrayendo una nueva obligación en favor del nuevo acreedor; el primer acreedor porque tiene que dar por libre al deudor; y el nuevo acreedor, en razón de que nadie puede adquirir derechos en contra de su voluntad.

No tiene mayor utilidad esta forma de novación. Lo que con ella se persigue se puede obtener en forma más simple, mediante una cesión de créditos, o con un pago por subrogación, que no requieren de la voluntad del deudor.

**547. Novación subjetiva por cambio de deudor.** Esta forma de novación la contempla el artículo 1631 Nº 3 "Substituyéndose un nuevo deudor al antiguo, que en consecuencia queda libre". Tiene bastante utilidad práctica. Ej. una persona pide un préstamo para comprar una casa, que queda garantizado con hipoteca. Posteriormente este deudor vende la misma casa a un tercero que se hace cargo de la deuda.

Para que se perfeccione se requiere: el consentimiento del acreedor, dejando libre al primitivo deudor, pues se le va a cambiar su deudor por otro, hecho que no es intrascendente; y el consentimiento del nuevo deudor, pues él pasará a quedar obligado.

Si el acreedor no expresa su voluntad de dejar libre al primitivo deudor, "se entenderá que el tercero es solamente diputado por el

deudor para hacer el pago, o que dicho tercero se obliga con él solidaria o subsidiariamente, según aparezca deducirse del tenor o espíritu del acto" (art. 1635).

¿Es necesario que el antiguo deudor manifieste también su voluntad? El artículo 1631 nos dice que "esta tercera especie de novación puede efectuarse sin el consentimiento del primer deudor". Ello se explica porque esta forma de novación sólo favorece al deudor, pues lo libera de la obligación. Por lo demás, no se ve qué razón podría haber para exigir su consentimiento desde el momento que el código acepta que se pueda pagar sin la voluntad del deudor (artículo 1572).

Si el deudor antiguo presta su consentimiento, el segundo deudor es llamado delegado del primero (1631 inc. final).

De lo que se viene diciendo resulta que pueden darse dos modalidades en la novación por cambio de deudor:

- a) que el deudor primitivo acepte, o
- b) que no acepte.

En el primer caso, se habla de delegación (1631 inc. final); en el segundo, expromisión.

Tanto la delegación como la expromisión pueden ser o no novatorias, dependiendo ello de que quede o no libre el primitivo deudor.

En la delegación para que haya novación tiene el acreedor que consentir en dejar libre al primitivo deudor, artículo 1635 (delegación perfecta). Si el acreedor no consiente en dejar libre al primitivo deudor, se produce la delegación imperfecta o acumulativa, que no produce novación.

En el caso de la expromisión, para que produzca novación tiene también el acreedor que consentir en dejar libre al primitivo deudor (artículo 1635); en caso contrario, se produce la llamada

"ad promission" o "expromisión acumulativa", que no produce novación.

**548.- Efectos de la novación por cambio de deudor, si el nuevo deudor es insolvente.** Si se ha producido novación, y el nuevo deudor resulta insolvente, no podrá el acreedor dirigirse en contra del primitivo deudor, porque consintió en dejarlo libre.

Esta regla tiene tres excepciones:

- a) Que en el contrato de novación el acreedor se haya reservado este derecho;
- b) Que la insolvencia del nuevo deudor haya sido anterior y pública; y
- c) Que la insolvencia del nuevo deudor, aunque no sea pública, haya sido conocida del deudor primitivo (artículo 1637).

En el caso en que el acreedor se haya reservado el derecho de perseguir al primitivo deudor para el caso de insolvencia del nuevo, se ha entendido que al dejar libre al deudor, lo ha hecho en forma condicional. Es importante señalar que esta reserva sólo puede hacerse al momento de novar, no con posterioridad.

En estos casos de excepción, se plantea la duda sobre si la acción que tendría el acreedor sería la misma que tenía en contra del primer deudor o una nueva, generada por la novación. Lo que se decida es importante en el caso que la primera gozara de privilegios, hipotecas o cauciones.

Se ha entendido que en este caso la acción del acreedor es la misma que tenía contra el deudor primitivo, lo que se infiere de la frase "se haya reservado", que emplea el artículo 1637.<sup>483</sup>

<sup>483</sup> Véase ABELIUK: ob. cit., T. II, N° 1138, pág. 932.

**549.- Efectos de la novación.** El efecto propio de la novación es doble:

- a) extinguir la obligación novada; y
- b) generar una nueva obligación.

La novación extingue la deuda primitiva con sus privilegios, garantías y accesorios. Luego:

- 1.- Se extinguen los intereses de la obligación primitiva si no se expresa lo contrario. Así lo dice el artículo 1640: "De cualquier modo que se haga la novación, quedan por ella extinguidos los intereses de la primera deuda, si no se expresa lo contrario";
- 2.- La novación libera a los codeudores solidarios o subsidiarios de la obligación primitiva, a menos que accedan a la nueva obligación (artículos 1519 y 1645);
- 3.- Si el deudor estaba constituido en mora, cesa la mora y todas sus consecuencias (indemnización de perjuicios). No lo dice expresamente la ley, pero no se pueden entender las cosas de otra manera;
- 4.- Los privilegios de la deuda primitiva no pasan a la nueva. Así lo señala el artículo 1641: "Sea que la novación se opere por la sustitución de un nuevo deudor o sin ella, los privilegios de la primera deuda se extinguen por la novación". El artículo 1641 no hace ninguna referencia a una posible reserva, como lo hace respecto de las cauciones. La explicación radica en que sólo la ley crea los privilegios, no la voluntad de las partes, que sería lo que ocurriría de aceptarse la reserva en esta materia.

Cabe agregar dos cosas: primero, en esta parte que Bello se separó de su modelo francés; y segundo, que, en general, las

legislaciones extranjeras aceptan la reserva de los privilegios (Código francés, argentino, italiano);

- 5.- Las prendas e hipotecas de la obligación primitiva no pasan a la obligación nueva, a menos que el acreedor y el deudor convengan expresamente en la reserva. El artículo 1642 expresa: "Aunque la novación se opere sin la sustitución de un nuevo deudor, las prendas e hipotecas de la obligación primitiva no pasan a la obligación posterior, a menos que el acreedor y el deudor convengan expresamente en la reserva" (inc. 1°).

#### **550.- Límites a la reserva de prendas e hipotecas.**

- a) La reserva no puede afectar a las garantías constituidas por terceros, a menos que accedan expresamente a la segunda obligación. Dice el artículo 1642 inciso 2°: "Pero la reserva de las prendas e hipotecas de la obligación primitiva no vale cuando las cosas empeñadas o hipotecadas pertenecen a terceros, que no acceden expresamente a la segunda obligación";
- b) "Tampoco vale la reserva en lo que la segunda obligación tenga de más que la primera. Si, por ejemplo, la primera deuda no producía intereses, y la segunda los produjere, la hipoteca de la primera no se extenderá a los intereses" (artículo 1642 inciso final).  
Los autores llaman la atención que en razón de la reserva se mantengan las prendas e hipotecas (que son accesorias), no obstante extinguirse la obligación principal.<sup>484</sup>
- c) "Si la novación opera por la sustitución de un nuevo deudor, la reserva no puede tener efecto sobre los bienes del nuevo deudor, ni aun con su consentimiento" (art. 1643 inc. 1°);

<sup>484</sup> SOMARRIVA: *Tratado de las Cauciones*, pág. 305, CLARO SOLAR: ob. cit., T. 12, N° 1732, pág. 431.

- d) "Si la novación se opera entre el acreedor y uno de sus deudores solidarios, la reserva no puede tener efecto sino relativamente a éste. Las prendas e hipotecas constituidas por sus codeudores solidarios se extinguen, a pesar de toda estipulación contraria; salvo que éstos accedan expresamente a la segunda obligación" (1643 inc. 2º).

**551.- Las partes pueden convenir garantías para la nueva obligación.** Así lo establece el artículo 1644: "En los casos y cuantía en que no pueda tener efecto la reserva, podrán renovarse las prendas e hipotecas; pero con las mismas formalidades que si se constituyesen por primera vez, y su fecha será la que corresponda a la renovación".

Esta norma nos parece absolutamente de más, pues es evidente que las partes en virtud del principio de la autonomía de la voluntad pueden establecer estas nuevas cauciones.

#### *Párrafo VIII De la Compensación*

**552.- Ideas generales.** El artículo 1567 señala en su numerando 5º a la compensación como modo de extinguir las obligaciones. En seguida, trata de esta materia en el Título XVII del Libro IV, artículos 1655 al 1664 del Código Civil.

**553.- Definición.** No la define el código. Únicamente expresa que "cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas del modo y en los casos que van a explicarse". (art. 1655).

Se puede definir como un modo de extinguir las obligaciones que opera por el solo ministerio de la ley, cuando dos personas son

personal y recíprocamente deudoras y acreedoras de obligaciones de igual naturaleza, líquidas y actualmente exigibles, en cuya virtud se extinguen ambas hasta el monto de la de menor valor.

**554.- La compensación importa un doble pago.** De esta característica surgen algunas consecuencias importantes:

- 1.- Si el deudor solidario ha extinguido la deuda por compensación queda subrogado en la acción del acreedor con todos sus privilegios y seguridades, pero limitada respecto de cada uno de los codeudores a la parte o cuota que tenga este codeudor en la deuda;
- 2.- Si hay pluralidad de deudas, para saber cuáles se extinguen se aplican las reglas de la imputación al pago (artículo 1663);

**555.- Clases de compensación.** La compensación puede ser: a) legal; b) convencional; y c) judicial.

- a) La compensación legal la establece la ley y corresponde a la definición que acabamos de dar.
- b) la compensación voluntaria se produce por un acuerdo entre las partes. Luego, no opera de pleno derecho. Se va a realizar cuando ambas partes son recíprocamente deudoras y acreedoras, pero no se produce la compensación legal, por faltar alguno de sus requisitos. La definición que dimos de compensación se aplica exclusivamente a la compensación legal. Los efectos de esta compensación son los mismos que veremos para la compensación legal.
- c) La compensación judicial se va a producir cuando una de las partes demande a la otra, que reconviene cobrando también su crédito. El tribunal al fallar la causa acogerá la compensación si se cumplen los requisitos legales, acogiendo la

demanda y la reconvención. Luego, tampoco esta compensación opera de pleno derecho.

La pregunta que cabe formular es por qué el demandado en este caso, reconviene y no opone derechamente la excepción de compensación legal. La respuesta es que seguramente su crédito no cumplía con todos los requisitos de la compensación legal.

**556.- Funciones e importancia de la compensación. La compensación es útil porque evita un doble pago.** Tiene mucha importancia en materia mercantil. En la operatoria bancaria existe la llamada "Cámara de Compensación", destinada a liquidar diariamente, mediante la compensación legal, los créditos y obligaciones recíprocas de las instituciones bancarias, quedando cada Banco obligado únicamente a pagar los saldos en contra.

**557.- Requisitos de la compensación legal.** Para que opere la compensación legal deben cumplirse varios requisitos que iremos analizando en los números siguientes.

**558.- Que ambas deudas sean de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad (1656 N° 1).** Este requisito tiene por objeto que exista perfecta equivalencia en el objeto de ambas obligaciones. Por ello permite la compensación de cosas fungibles, es decir, de cosas que tienen el mismo poder liberatorio.

Las obligaciones de especie o cuerpo cierto no se pueden compensar, porque sólo se pueden cumplir entregando la especie o cuerpo cierto debido. No debe olvidarse que el pago debe hacerse conforme al tenor de la obligación, no pudiendo ser obligado el acreedor a recibir otra cosa que la debida (artículo 1569).

**559.- Las dos partes deben ser personal y recíprocamente deudoras y acreedoras (artículos 1655 y 1657).** Esta última disposición

establece que "para que haya lugar a la compensación es preciso que las dos partes sean recíprocamente deudoras" (inc. 1°).

No basta con que sean deudores y acreedores recíprocos. La ley es más exigente: requiere que sean deudores personales y principales. Consecuencia de ello es:

- a) Que el deudor principal no puede oponer en compensación, el crédito que su fiador tiene en contra del acreedor (1657 inc. 2°);
- b) Que el deudor no puede oponer en compensación el crédito que tiene su pupilo en contra del acreedor (1657 inc. 3°);
- c) Que demandado un codeudor solidario, no puede oponer en compensación el crédito que tenga otro de sus codeudores solidarios en contra del acreedor, a menos que se lo haya cedido (1657 inc. 4°).

El artículo 1657 no es taxativo. Obsérvese que el inciso 2° comienza con la expresión "Así", lo que está demostrando que lo que viene en seguida son ejemplos. Otro caso sería el del socio respecto de la sociedad. Demandado un deudor no puede oponer en compensación el crédito que la sociedad de que forma parte tenga en contra del acreedor. Ello porque según el artículo 2053 inc. 2°, "la sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados".

**Excepciones a esta regla.** La regla que estamos estudiando —que se trate de deudores principales y personales— tiene dos excepciones:

- a) El caso del mandatario que, según el artículo 1658, "puede oponer al acreedor del mandante no sólo los créditos de éste, sino sus propios créditos contra el mismo acreedor, prestan-



do caución de que el mandante dará por firme la compensación. Pero no puede compensar con lo que el mismo mandatario debe a un tercero lo que éste debe al mandante, sino con voluntad del mandante. La última parte de la disposición demuestra que el mandatario no se puede aprovechar de su condición de mandatario, para extinguir una obligación propia, con un crédito de su mandante en contra del mismo acreedor, a menos que su mandante lo autorice.

- b) La segunda excepción la establece el artículo 1659. Es el caso del deudor que acepta la cesión que de su crédito hizo su acreedor a un tercero. Si el cesionario lo demanda, no le puede oponer el crédito que él tenía en contra del cedente. Hasta aquí estamos dentro de la regla general. Pero la disposición agrega en seguida que si no aceptó la cesión, puede oponer al cesionario todos los créditos que antes de notificársele la cesión haya adquirido contra el cedente, aun cuando no hubieren llegado a ser exigibles sino después de la notificación.

**560.- Que las deudas sean líquidas (artículo 1656 N° 2).** La deuda va a ser líquida cuando sea cierta y determinada. No es cierta, y por ello no puede compensarse, una deuda que está en litigio.

Recordemos que según el artículo 438 inciso 2° del Código de Procedimiento Civil, "se entenderá cantidad líquida no sólo la que actualmente tenga esta calidad, sino también la que pueda liquidarse mediante simples operaciones aritméticas con solo los datos que el mismo título ejecutivo suministre".

**561.- Que ambas deudas sean actualmente exigibles (artículo 1656 N° 3).** Por no reunir este requisito, no pueden compensarse las obligaciones naturales ni las obligaciones condicionales o a plazos suspensivos.

Un fallo de 20 de octubre de 1995 acogió un recurso de protección interpuesto contra el Tesorero Regional de Santiago, por haber retenido a un exportador un reintegro simplificado por exportación no tradicional. Tesorería pretendió compensar el crédito del contribuyente con la deuda a que éste tendría con el Fisco a raíz de haberse resuelto administrativamente por el Servicio de Aduanas que dicho exportador anteriormente había percibido indebidamente otros reintegros del mismo tipo. La sentencia resolvió que "no puede entenderse que haya operado la compensación a que alude el artículo 1656 del Código Civil, concluyéndose que la acreencia que pretende hacer valer el señor Tesorero no es actualmente exigible".<sup>485</sup>

El inciso 2° del artículo 1656 agrega que "las esperas concedidas al deudor impiden la compensación, pero esta disposición no se aplica al plazo de gracia concedido por un acreedor a su deudor". El concepto "plazo de gracia", que emplea este artículo, es distinto al llamado de la misma forma por la doctrina, que consiste en una autorización dada por la justicia para que el deudor pueda postergar el cumplimiento de su obligación, situación que no puede darse en Chile, atendido lo dispuesto en el artículo 1545 del Código Civil. Luego cuando esta disposición habla de "plazo de gracia" debe entenderse que se refiere a la prórroga que unilateral y voluntariamente ha dado el acreedor.

**562.- Ambas deudas deben ser pagaderas en el mismo lugar.** Este requisito lo señala el artículo 1664: "Cuando ambas deudas no son pagaderas en un mismo lugar, ninguna de las partes puede oponer la compensación, a menos que una y otra deuda sean en dinero, y que el que opone la compensación tome en cuenta los costos de la remesa".

<sup>485</sup> Revista Fallos del Mes N° 452, sent. 5, pág. 1350, Consid. 5°.

**563.- Que ambos créditos sean embargables.** El código no lo ha dicho en términos generales, sino sólo a propósito de la obligación de alimentos. El artículo 335 señala que "el que debe alimentos no puede oponer al demandante en compensación lo que el demandante le deba a él". Y el artículo 1662 inciso 2º, parte final, repite la misma idea.

No obstante no existir una norma general, parece lógico entender que si uno de los créditos no es embargable, no cabe la compensación, atendido el hecho de que, como se ha explicado, la compensación implica un doble pago. Esta es la razón por lo que las remuneraciones de un trabajador no son compensables, pues de acuerdo al artículo 57 del Código del Trabajo, son inembargables.

**564.- Que la compensación no se haga en perjuicio de terceros.** Así lo establece el artículo 1661 inciso 1º "La compensación no puede tener lugar en perjuicio de los derechos de un tercero" (inc. 1º). Y agrega "Así embargado un crédito, no podrá el deudor compensarlo, en perjuicio del embargante, por ningún crédito suyo adquirido después del embargo" (inc. 2º).

Cabe agregar que el artículo 61 de la Ley de Quiebras prohíbe compensar los créditos adquiridos contra el fallido con posterioridad a la declaración de quiebra. Luego el acreedor del fallido debe enterar a la masa lo que él debe y verificar su crédito igual que cualquier otro acreedor.

**565.- Casos de compensación prohibida.** La ley prohíbe la compensación en varios casos:

- 1.- No puede oponerse a la demanda de restitución de una cosa de que su dueño ha sido injustamente despojado, ni a la demanda de restitución de un depósito, o de un comodato,

aun cuando, perdida la cosa, sólo subsista la obligación de pagarla en dinero (art. 1662 inc. 1º);

- 2.- No puede oponerse compensación a la demanda de indemnización por un acto de violencia o fraude (art. 1662 inc. 2º);
- 3.- No puede oponerse la compensación a una demanda de alimentos (arts. 335 y 1662 inc. final).

**566.- Efectos de la compensación legal.** Podemos señalar como sus efectos, los siguientes:

- a) la compensación legal opera de pleno derecho. Así está dicho por el artículo 1656 "La compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aun sin conocimiento de los deudores...". Ya hemos explicado que la compensación convencional y judicial no operan de pleno derecho.
- b) la compensación legal debe ser alegada. Así lo establece el artículo 1660 "sin embargo de efectuarse la compensación por el ministerio de la ley, el deudor que no la alegare, ignorando un crédito que puede oponer a la deuda, conservará junto con el crédito mismo las fianzas, privilegios e hipotecas constituidas para su seguridad".

Se explica que tenga que ser alegada, por dos razones:

- 1.- Porque el deudor demandado puede renunciarla, lo que va a ocurrir, precisamente si no la alega; y
- 2.- Además, porque junto con alegarla el que opone la compensación tendrá que probar que concurren los requisitos legales.

La compensación entonces no nace con la sentencia, que sólo se limita a declarar su existencia.

- c) la compensación extingue ambos créditos hasta el monto del de menor valor. Sin duda, este es el efecto principal. Este

efecto lo produce tanto la compensación legal como la convencional o judicial.

**567.- Renuncia a la compensación.** El deudor puede renunciar a la compensación, renuncia que puede ser expresa o tácita. Será tácita en el caso en que sea demandado por su acreedor y teniendo conocimiento de la existencia de su crédito, no alegue la compensación. Si no sabía que él tenía un crédito contra su acreedor, "conservará junto con el crédito mismo las fianzas, privilegios, prendas e hipotecas constituidas para su seguridad" (artículo 1660).

La renuncia, como toda renuncia, sólo va a afectar al renunciante. Por ello, si renunció a la compensación, y su crédito estaba garantizado con prenda, hipoteca o fianza, éstas se extinguen. Así resulta de aplicar el artículo 1660 a contrario sensu.

**568.- Compensación en el caso de pluralidad de obligaciones.** Esta materia la trata el artículo 1663: "cuando hay muchas deudas compensables, deben seguirse para la compensación las mismas reglas que para la imputación del pago". Ello, se explica, porque como lo hemos venido diciendo, en definitiva la compensación implica un doble pago.

#### *PÁRRAFO IX DE LA REMISIÓN*

**569.- Ideas generales.** El artículo 1567 en su numeral 4º señala a la Remisión como un modo de extinguir las obligaciones. El código trata de esta materia en el Título XVI del Libro IV, artículos 1652 al 1654.

**570.- Definición.** El código no la define. Claro Solar lo hace diciendo que "la remisión o condonación de una deuda es la

renuncia que el acreedor hace de sus derechos en beneficio del deudor"<sup>486</sup>. No nos satisface esta definición por cuanto —y como lo veremos más adelante— la remisión no es un acto de renuncia, sino una convención destinada a extinguir obligaciones. Preferimos por ello el concepto que da el colombiano Guillermo Ospina Fernández: "...la remisión es un modo de extinguir las obligaciones, que consiste en el perdón que de la deuda le hace el acreedor al deudor".<sup>487</sup>

**571.- Clases de remisión.** Se pueden hacer varias clasificaciones:

- a) remisión por acto entre vivos y testamentaria;
- b) remisión expresa y tácita;
- c) remisión total y parcial.

**572.- Remisión por acto entre vivos y testamentaria.** La remisión por acto entre vivos está sujeta en todo a las reglas de las donaciones entre vivos y requiere de insinuación en los casos en que ésta la necesita. La que hace una persona en su testamento importa un legado de condonación al deudor (art. 1127).

**573.- Naturaleza jurídica de la remisión por acto entre vivos.** Se ha discutido si la remisión por acto entre vivos se perfecciona por la sola voluntad del acreedor o y si también es necesaria la aceptación del deudor.

En la doctrina nacional se le considera una convención. Claro Solar, siguiendo a Pothier, sostiene que la remisión requiere necesariamente de la aceptación del deudor. Su argumento es que "el derecho personal o crédito es un vínculo jurídico que el concurso de

<sup>486</sup> Ob. cit., T. XII, N° 1770, pág. 470.

<sup>487</sup> Ob. cit., N° 703, pág. 438.

**576.- Toda remisión es gratuita.** El artículo 1653 parece dar a entender que pudiera haber remisión onerosa. Sin embargo ello no es así. Es de la esencia de la remisión su gratuidad. Si es onerosa degenera en un acto jurídico diferente, que puede ser novación, dación en pago, transacción, etc.<sup>491</sup>

**577.- Efectos de la remisión.** Debe distinguirse según la remisión sea total o parcial. Si es parcial, se extingue la obligación hasta el monto de lo remitido; si es total, se extingue íntegramente la obligación con todos sus accesorios, fianzas, prendas e hipotecas, en virtud del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Cuando hay varios codeudores solidarios, la remisión que el acreedor haga a uno de ellos no favorece a los demás. Sólo libera al deudor remitido. Sin embargo, y en virtud de lo dicho en el artículo 1518: "si el acreedor condona la deuda a cualquiera de los deudores solidarios no podrá después ejercer la acción que se le concede por el artículo 1514, sino con rebaja de la cuota que correspondía al primero en la deuda". En Francia la situación es diferente, pues remitida la deuda a un codeudor, se libera a todos los otros, salvo que el acreedor haga reserva expresa de sus derechos contra estos últimos.<sup>492</sup>

**578.- Remisión de las prendas e hipotecas.** El inciso final del artículo 1654 expresa que "la remisión de la prenda o de la hipoteca no basta para que se presuma remisión de la deuda". Esta norma es lógica pues si bien lo accesorio sigue a lo principal, la regla no juega en sentido inverso.

<sup>491</sup> CLARO SOLAR: T. XII N° 1770, pág. 470.

<sup>492</sup> CLARO SOLAR: ob. cit., N° 1780, pág. 477.

*PÁRRAFO X*  
*DE LA CONFUSIÓN*

**579.- Ideas generales.** El artículo 1567 indica entre los modos de extinguir las obligaciones a la confusión (1567 N° 6°) y posteriormente lo regula en el Título XVIII del Libro IV, artículos 1665 al 1669.

**580.- Concepto.** El artículo 1665 no la define pero señala sus elementos: "Cuando concurren en una misma persona las calidades de acreedor y deudor se verifica de derecho una confusión que extingue la deuda y produce iguales efectos que el pago". La doctrina la define como "un modo de extinguir las obligaciones que tiene lugar cuando las calidades de acreedor y deudor se reúnen en una sola persona".<sup>493</sup>

**581.- Sentido lato de la voz confusión.** En un sentido más lato, la confusión se produce si se reúnen en una misma persona calidades excluyentes, lo que puede darse no sólo en los derechos personales, sino incluso en los reales, cuando en un mismo sujeto se juntan las calidades de dueño de un bien y de titular de un derecho real sobre el mismo bien. Ello por la razón simple de que ninguna persona puede ser simultáneamente propietario de una cosa y titular de un derecho real sobre la misma cosa. Así ocurre, por ejemplo, con el fideicomiso, que se extingue al confundirse las calidades de fideicomisario y de único fiduciario (763 N° 6°); con el usufructo, que se extingue por la consolidación del usufructo con la propiedad (art. 806 inciso 4°); con el derecho de servidumbre que se extingue "por

<sup>493</sup> ABELIUK: ob. cit., N° 741, pág. 608. En similares términos lo hace OSPINA FERNÁNDEZ: "La confusión es un modo de extinguirse las obligaciones por la concurrencia en una misma persona de las calidades de acreedora y deudora", ob. cit., N° 714.

la confusión, o sea la reunión perfecta e irrevocable de ambos predios en manos de un mismo dueño" (885 N° 3).

En otro ámbito, el contrato de sociedad se extingue cuando todos los derechos sociales se juntan en un solo titular. Así lo consigna en forma expresa el artículo 103 N° 2 de la ley N° 18.046, tratándose de una sociedad anónima.

Sólo nos corresponde tratar la confusión como modo de extinguir obligaciones.

**582.- Causas que pueden generar confusión.** Hay dos razones por las cuales se puede reunir en una misma persona la calidad de acreedor y deudor: que haya operado la sucesión por causa de muerte (el heredero representa al causante, artículo 1097); o, que por un acto entre vivos, el deudor haya adquirido el crédito existente en su contra.

**583.- Confusión parcial.** El artículo 1667 se pone en el caso de la confusión parcial: "Si el concurso de las dos calidades se verifica solamente en una parte de la deuda, no hay lugar a la confusión, ni se extingue la deuda, sino en esa parte".

**584.- Obligaciones que pueden extinguirse por este modo.** Cualquier tipo de obligación, de dar, hacer o no hacer, sin que importe su fuente ni las partes. La ley no ha contemplado ninguna limitación. La Corte Suprema ha dicho que "deudor es quien está obligado a dar o hacer a otro alguna cosa. En este sentido ha empleado esa palabra el artículo 1665 del Código Civil, que define confusión. Luego dicho precepto comprende todas las obligaciones, incluso la de rendir cuentas (el recurrente alegaba que la obligación de rendir cuentas que pesa sobre el mandatario no importa propiamente la deuda que el art. 1665 supone).<sup>494</sup>

<sup>494</sup> *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 33, sec. 1ª, pág. 165.

**585.- Caso de un titular con más de un patrimonio.** Si bien de acuerdo a la teoría clásica las personas sólo pueden tener un solo patrimonio, hay casos especiales de pluralidad de patrimonios en un mismo sujeto. Ello plantea la duda de si se produce la confusión cuando un titular de varios patrimonios es acreedor en uno de ellos y deudor en el otro. La doctrina no acepta la confusión en este caso. El Código Civil no da una solución integral al problema, pero adopta el mismo criterio de la doctrina en el caso particular del heredero beneficiario. Dice al efecto en el artículo 1669: "Los créditos y deudas del heredero que aceptó con beneficio de inventario no se confunden con las deudas y créditos hereditarios". El artículo 1259 repite la regla casi en idénticos términos. Lo anterior significa que si el deudor tenía una deuda con el causante, debe pagarla a los herederos; y recíprocamente, si el causante le debía, podrá cobrar su crédito a los herederos. Claro Solar explicando esta situación expresa: "Uno de los principios del beneficio de inventario es, precisamente, que se conserve al heredero el derecho de obtener el pago de sus créditos contra la sucesión; lo que trae como necesaria contraposición que el heredero sea obligado a pagar sus deudas a favor de la sucesión. La confusión queda impedida con esto."<sup>495</sup>

Fueyo afirma que esta norma constituye un resguardo más en favor del heredero beneficiario.<sup>496</sup>

Lo que se viene diciendo es importante pues "la circunstancia de no producirse la confusión entre la calidad de heredero y la de acreedor o deudor de la herencia, implica que los créditos y las obligaciones que el heredero tenga para con la herencia, siguen sus propios plazos de prescripción".<sup>497</sup>

<sup>495</sup> Ob. cit., T. XII, N° 1873, págs. 545-546.

<sup>496</sup> *Derecho Civil*, T. IV, *De las Obligaciones*. Volumen 2, N° 593, págs. 178-179.

<sup>497</sup> Ramón DOMÍNGUEZ BENAVENTE y Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA: *Derecho Sucesorio*, T. I, Editorial Jurídica de Chile, 1990, N° 26, pág. 44.

**586.- Situación especial en el caso de existir solidaridad.** El artículo 1668 prescribe: "Si hay confusión entre uno de varios deudores solidarios y el acreedor, podrá el primero repetir contra cada uno de sus codeudores por la parte o cuota que respectivamente le corresponda en la deuda" (inc. 1º) y agrega "Si por el contrario, hay confusión entre uno de varios acreedores solidarios y el deudor, será obligado el primero a cada uno de sus coacreedores por la parte o cuota que respectivamente les corresponda en el crédito" (inc. 2º).

Como puede observarse, el artículo 1668 da por supuesto que entre el acreedor y uno de los codeudores se produjo la confusión, y sólo se limita a resolver el problema de las relaciones internas.

**587.- Efectos de la confusión.** El efecto propio de la confusión es extinguir la obligación. Dice el artículo 1665 que la confusión "extingue la deuda y produce iguales efectos que el pago". Consecuencia de lo anterior es que si la obligación principal estaba garantizada con fianza, ésta se extingue (artículo 1666). Lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Pero como este principio no juega a la inversa, la norma agrega: "pero la confusión que extingue la fianza no extingue la obligación principal".

#### PÁRRAFO XI

##### IMPOSIBILIDAD DE LA EJECUCIÓN Y PÉRDIDA DE LA COSA DEBIDA

**588.- Ideas generales.** El artículo 1567 N° 7º contempla "la pérdida de la cosa que se debe" como una de las formas de extinción de las obligaciones. Posteriormente regla esta materia en los artículos 1670 y siguientes.

**589.- Definición.** Fueyo lo define diciendo que "es un modo de extinguir las obligaciones provocado por una causa no imputable al

deudor, que sucede con posterioridad al nacimiento de la obligación y que hace imposible la prestación"<sup>498</sup>.

El fundamento de este modo de extinguir se encuentra en la regla de derecho formulada por Celsus "Impossibilium nulla, obligatio est"; no hay obligación alguna de cosas imposibles. No obstante que este principio es general tanto para las obligaciones de dar, hacer o no hacer, en los artículos 1670 y siguientes, sólo se trata de las obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto, seguramente, por ser la situación más frecuente.

El artículo 1670 prescribe que "Cuando el cuerpo cierto que se debe perece, o porque se destruye, o porque deja de estar en el comercio o porque desaparece y se ignora si existe, se extingue la obligación; salvo empero las excepciones de los artículos subsiguientes". Una situación análoga puede presentarse en las obligaciones de hacer: que el deudor se encuentre en la imposibilidad absoluta y perpetua de ejecutar el hecho debido. Si no se cumplen estos requisitos no hay imposibilidad, sólo podría haber una demora en la ejecución.

**590.- Requisitos de este modo de extinguir tratándose de las obligaciones de dar o entregar una especie o cuerpo cierto.** Los requisitos son los siguientes:

- a) imposibilidad absoluta y definitiva de poder cumplir la obligación;
- b) que la imposibilidad sea fortuita; y
- c) que la imposibilidad sea posterior al nacimiento de la obligación.

**591. Imposibilidad absoluta.** El deudor debe estar absoluta y definitivamente imposibilitado de cumplir. Tratándose de las obli-

<sup>498</sup> Ob. y tomo cit. N° 608, pág. 190.