
MATERIAL N° 2
DERECHO CIVIL III
OBLIGACIONES

ÍNDICE

1. MODALIDADES DEL PAGO
2. MODOS DE EXTINGUIR DISTINTOS AL PAGO
3. CESIÓN DE CRÉDITOS



CURSO DE OBLIGACIONES

DERECHO CIVIL III

MODALIDADES DEL PAGO*

* Este material ha sido preparado por el profesor Rodrigo Gil para su curso de Derecho Civil III. Obligaciones 2007. Este texto es material de lectura obligatoria para la preparación de las clases. Asimismo, este material se encuentra en proceso de revisión para la edición de una nueva versión, por lo que cualquier comentario o sugerencia será agradecida por el autor.



ÍNDICE

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

I. Introducción	5
II. Concepto.....	5
III. Procedimiento	6
IV. La calificación de la consignación.....	11
V. Efectos de la consignación	12
VI. Retiro de la consignación.....	13
VII. Gastos del pago por consignación	13

CAPÍTULO II

PAGO CON SUBROGACIÓN

I. Introducción	15
II. Generalidades del pago con subrogación	16
III. Concepto de pago con subrogación	16
IV. Requisitos para que el pago produzca subrogación personal.....	17
V. Clasificación del pago con subrogación.....	17
VI. Efectos del pago con subrogación	31

CAPÍTULO III

PAGO POR CESIÓN DE BIENES

I. Introducción	35
II. Concepto.....	35
III. Requisitos	35
IV. Características	36
V. Procedimiento	36
VI. Efectos	38



ÍNDICE

CAPÍTULO IV

PAGO CON BENEFICIO DE COMPETENCIA

I. Introducción	43
II. Concepto.....	43
III. Beneficiarios.....	43
IV. Características.....	44

CAPÍTULO V

DACIÓN EN PAGO

I. Introducción	45
II. Concepto.....	45
III. La dación en pago es admitida en el derecho chileno.....	45
IV. Casos de dación en pago en la legislación chilena.....	45
V. Naturaleza jurídica de la dación en pago.....	47
VI. Efecto de la dación en pago	49



CAPITULO I

PAGO POR CONSIGNACIÓN

I. INTRODUCCIÓN

¿Cuál es la naturaleza jurídica del pago?

El pago es una convención. En consecuencia, es un acto jurídico y por tanto, deben aplicarse al pago los requisitos de validez que la ley exige a los actos jurídicos.

Sin embargo, se presenta un problema con la exigencia del consentimiento. Así, la ley permite que se realice el pago sin la concurrencia de la voluntad del deudor, según lo disponen los artículos 1572, 1573 y 1574 del Código Civil.

La ley también permite que se realice el pago sin la concurrencia de la voluntad del acreedor, según se desprende de los artículos 1572, 1598 y siguientes del Código Civil. El procedimiento que la ley consagra para efectuar el pago sin la concurrencia de la voluntad del acreedor es el del “pago por consignación”.

II. CONCEPTO

Se ha sostenido que el deudor no sólo tiene la obligación de pagar, sino que también tiene el derecho a pagar. Manuel Albaladejo sostiene que el deudor más que un derecho a pagar tiene un derecho a liberarse del vínculo obligatorio, lo que se demostraría, con que el vínculo podría extinguirse por otras razones, por ejemplo, por una remisión de la deuda y en tal caso, el deudor no podría sostener su derecho a pagar ya que se habría liberado del vínculo obligatorio.

¿Qué interés puede tener el deudor en liberarse del vínculo obligatorio?

La ley reconoce que el deudor puede tener un gran interés en extinguir la obligación; por ejemplo, (1) para evitar la resolución del contrato, (2) recuperar una cosa dada en prenda, (3) no incurrir en una pena, (4) sustraerse de intereses gravosos (5) librarse de los riesgos de la cosa, etc.

Por esta razón, el artículo 1598 del Código Civil declara que:

“Para que el pago sea válido, no es menester que se haga con el consentimiento del acreedor; el pago es válido aún contra la voluntad del acreedor, mediante la consignación”

¿Por qué el acreedor puede no querer recibir el pago?



Puede ocurrir que el acreedor se niegue a recibir el pago ya sea por (1) mero capricho o porque (2) no está de acuerdo con lo que el deudor pretende pagarle, por ejemplo, porque el (a) pago no es íntegro o (b) no corresponde a lo debido.

En aquellos casos en que el acreedor se niegue a recibir el pago, el deudor no queda exento de cumplir con su obligación. El deudor siempre puede cumplir con su obligación. El mecanismo que la ley contempla para ello es el del pago por consignación.

En consecuencia; el deudor puede verse constreñido a recurrir al pago por consignación cuando:

- (a) Negativa lisa y llana del acreedor a recibir el pago. Esto puede ocurrir, generalmente, porque el acreedor no esté de acuerdo con lo que pretende pagársele, ya sea porque no (i) corresponda a lo debido o porque (ii) el pago no es íntegro.
- (b) Por la no comparecencia del acreedor a recibir el pago en el lugar y momento en que corresponda,
y
- (c) Cuando existe incertidumbre respecto de la persona del acreedor. Esta situación fue agregada por la ley 7.825. Ejemplo, cuando fallece el acreedor y no se sabe con certeza quienes son los herederos ya sea porque no se ha solicitado la posesión efectiva o bien porque no han aparecido herederos.

René Abeliuk define el pago por consignación como “el que se efectúa con las formalidades legales, ante la negativa, no comparecencia o incertidumbre del acreedor”

¿El pago por consignación se aplica sólo a las obligaciones de dinero?

Según la jurisprudencia, el pago por consignación se aplica a toda clase de obligaciones y no sólo a las obligaciones de dinero, aunque la regla generalísima de los casos es que se trate de obligaciones de dinero.

¿El pago por consignación puede efectuarlo un tercero?

Puede pagar por consignación, no solamente el deudor, sino toda persona que pretende extinguir la obligación, tanto porque (1) el artículo 1598 no distingue acerca de la persona que puede pagar por consignación como porque (2) el artículo 1572 establece expresamente que puede pagar cualquier persona por el deudor siempre que lo haga a nombre de éste.

El pago por consignación se encuentra consagrado en el párrafo 7 del título XIV, artículo 1598 a 1607 del Código Civil. Esas disposiciones fueron modificadas por la ley 7.825 de fecha 30 de agosto de 1944.

III. PROCEDIMIENTO

El procedimiento del pago por consignación consta de dos etapas: (a) la oferta, por medio de la cual el deudor manifiesta al acreedor su intención de cumplir la obligación y la (b) consignación, que se descompone a su vez de dos operaciones: (b.1) el depósito de lo debido y (b.2) la calificación de la consignación que tiene por finalidad determinar la eficacia del pago.



Tanto la oferta como la consignación propiamente tal (esto es, el depósito) se realiza extrajudicialmente en virtud de una modificación de la ley 7.825 al artículo 1601 inciso 4° del Código Civil que dispone “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”

Sólo cuando el deudor ha terminado sus diligencias y se pone en conocimiento del acreedor la consignación, éste puede entrar a la discusión sobre la validez y eficacia del pago que le ha sido hecho.

Por no ser un juicio se ha fallado que el poder para litigar no habilita al mandatario para efectuar el pago por consignación.

1. La oferta

(1) Concepto

Meza Barros define la oferta como “el acto por el cual el deudor manifiesta su intención de cumplir la obligación”.

(2) Características de la oferta

La oferta es un trámite (2.1) extrajudicial, ya que no es necesaria recurrir a los tribunales. Es, además, (2.2) un trámite formal porque debe cumplir con requisitos de forma y de fondo.

(3) Requisitos

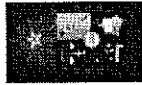
Para determinar los requisitos de la oferta, debe distinguirse entre requisitos de forma y de fondo. Así, según el artículo 1600 del Código Civil:

“La consignación debe ser precedida de la oferta, y para que la oferta sea válida, reunirá las circunstancias que siguen”

(3.1) Requisitos de fondo

- (a) Respecto de los sujetos de la oferta. (a) La oferta debe ser hecha por una persona capaz de pagar (1600 n.º1), esta norma se aplica no sólo al deudor, sino que también a los terceros interesados y a los terceros no interesados, siempre que lo hagan a nombre del deudor y (b) la oferta debe ser hecha al acreedor, siendo este capaz de recibir el pago, o a su legítimo representante” (1600 n.º2).
- (b) Respecto al momento u oportunidad del pago. La obligación debe ser exigible. Esto es, según el artículo 1600 n.º3:

“Que si la obligación es a plazo o bajo condición suspensiva, haya expirado el plazo o se haya cumplido la condición. Con todo si la obligación es a plazo, la oferta podrá también hacerse en los dos últimos días hábiles del plazo”.



Se tiene entonces que la oferta no puede hacerse pendiente el plazo, pero debe entenderse sólo aquellos casos en que el deudor no está facultado para renunciar al plazo, ya que si el deudor se ha reservado el derecho de pagar anticipadamente o bien, si el plazo está establecido en su sólo beneficio, en conformidad con el artículo 12 del Código Civil, perfectamente puede renunciar a él y por tanto, consignar si el acreedor no quiere recibir el pago.

Está disposición trata sólo de la condición suspensiva y no de la resolutoria. Ocurre que en la condición suspensiva mientras no se cumpla con la condición no hay obligación y por tanto, si se paga ese pago carece de causa y por tanto es un caso de pago de lo no debido. En el caso de la condición resolutoria mientras no se cumpla con la condición la obligación no se extingue y por tanto está vigente. En tal caso, perfectamente puede ofrecerse el pago.

La norma señala que en el caso de las obligaciones a plazo la oferta puede hacerse los dos últimos días hábiles del plazo, esta disposición está en armonía con el artículo 1605 inciso 2° según el cual la obligación se considerará cumplida en tiempo oportuno, tratándose de obligaciones a plazo y bajo condición suspensiva, siempre que la oferta se haya efectuado a más tardar al día siguiente hábil al vencimiento de la obligación.

En consecuencia, interpretando armónicamente la norma del artículo 1600 n.º3 con el 1605 inciso 2° se tiene que la oferta puede hacerse, válidamente, en los dos últimos días del plazo y al día siguiente a su vencimiento (en virtud de la reforma de la ley 7.825).

(c) Respecto al lugar del pago. “Que se ofrezca ejecutar el pago en el lugar convenido”(1600 n.º4).

(3.2) Requisitos de forma o procedimiento

Estos requisitos se encuentran establecidos en los números 5 a 7 del artículo 1600 del Código Civil.

(a) Respecto de quien debe hacer la oferta

Son funcionarios competentes para hacer la oferta: El notario, El receptor judicial y, en las comunas en que no haya notario. El oficial del registro civil del lugar donde deba hacerse el pago.

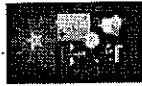
Esta es una gestión “sin previa orden del tribunal”, luego es una gestión extrajudicial en conformidad con el artículo 1600 n.º5 del Código Civil.

Este es el único caso en que un receptor puede actuar sin orden judicial.

(b) Respecto de la oferta propiamente tal

Uno de los problemas que existía antes de la ley 7.825 era determinar si era suficiente una oferta labial o era necesaria una oferta real, esto es, aquella en que se exigía una presentación material de la cosa ofrecida.

Hoy ya no existe controversia en que la oferta es labial, pues la ley agregó al artículo 1600 n.º5 la frase “para la validez de la oferta no será menester la presentación de la cosa ofrecida”. La oferta labial consiste en que se le presenta al acreedor una minuta con la descripción de la cosa vendida que dirá por ejemplo “ofrezco entregar al acreedor (...) el auto (...), marca (...), modelo (...), etc.”



Contenido de la minuta. La minuta debe señalar (1) lo que se debe con (2) los intereses vencidos, si los hay, y (3) los demás cargos líquidos, comprendiendo en ella; y (4) una descripción individual de la cosa ofrecida.

En los casos de obligaciones en moneda extranjera o expresadas en moneda extranjera, a la minuta hay que acompañar un certificado de un banco de la plaza otorgado con no más de dos días de anterioridad a aquel en que se efectúe la oferta, en el cual conste la equivalencia en moneda nacional al tipo de cambio vendedor, de la moneda extranjera adeudada a la fecha del certificado. En todo caso, el deudor podrá consignar en la moneda extranjera adeudada en conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la ley 18.010.

(c) Respecto de los demás trámites formales

El funcionario, en conformidad con el artículo 1600 n.º 6 debe extender un acta. Esta acta debe contener (1) la oferta, (2) la minuta y (3) la respuesta del acreedor o su representante. Además, debe (4) dejarse constancia en esta acta si las partes han formado o declarado no deber o no poder firmar, según lo dispone el artículo 1600 en su n.º 7.

(4) Casos en que se omite la oferta:

- (a) Cuando el acreedor demanda judicialmente al deudor el cumplimiento de la deuda. En conformidad con el inciso final del artículo 1600, que fue agregado por la ley 7.825. En este caso, se omite la oferta y se procede directamente a la consignación. La forma que generalmente se utilizará para la consignación es el depósito en la cuenta corriente del tribunal. Esta norma está en armonía con lo dispuesto en el artículo 490 del Código de Procedimiento Civil.
- (b) Cuando el acreedor ha deducido cualquier otra acción que pueda enervarse mediante el pago de la deuda. En conformidad con el inciso final del artículo 1600. El caso más frecuente es el que acreedor entable la acción resolutoria ya que la condición resolutoria tácita opera en virtud de sentencia judicial. Otro ejemplo, es el caso del pacto comisorio calificado en el contrato de compraventa, en donde existe un plazo de 24 horas subsiguientes a la notificación para enervar la resolución pagando según lo dispone el artículo 1879 del Código Civil.

En consecuencia, es indispensable que en estos juicios se persiga el cobro de la deuda, así, en los juicios de desahucio si se depositan los arriendos en la cuenta del tribunal esa consignación no es válida, justamente para remediar esa situación que se dio muy frecuentemente el artículo 4 de la ley 15.140 de 22 de enero de 1963 agregó un inciso final al artículo 14 de la ley 11.622, que permitía el retiro de lo depositado por los demandantes.

- (c) Pagos periódicos de sumas de dinero provenientes de una misma obligación. Este es el caso de (1) las pensiones alimenticias y de (2) de los pagos de rentas de arrendamiento.

En estos casos se consigna directamente sin necesidad previa de oferta. En un comienzo, el depósito se hacía en la Dirección de Industria y Comercio (Dirinco), que hoy día corresponde al Servicio Nacional del Consumidor. Con posterioridad, con la ley 18.101 de 29 de enero de 1982, el



depósito se realiza en el Servicio de Tesorerías que corresponda a la ubicación del inmueble. Según lo dispone el artículo 23 de la citada ley¹.

- (d) Letras de cambio. Para el pago de una letra de cambio basta el depósito de su valor en la tesorería comunal respectiva el día de su vencimiento, pero siempre que el documento señale la comuna correspondiente al lugar del pago. Esto se encuentra regulado en el artículo 70 de la y 18.092.

(5) Caso especial. Incertidumbre respecto de la persona del acreedor

Es este caso, son aplicables todos los requisitos de la oferta ya señalados, pero debido a que no está determinado el acreedor, la oferta deberá realizarla el ministro de fe al tesorero comunal. Así lo establece el artículo 1602 del Código Civil.

2. La consignación

(1) Concepto

Si el acreedor acepta la oferta, el procedimiento termina ahí y la obligación se extingue, sin embargo, si (1) no la acepta, o (2) él no es habido o (3) se mantiene la incertidumbre respecto de su persona se procede a la consignación.

No hay otra posibilidad porque al acreedor no se le admite otra intervención tendiente ha obstaculizar el procedimiento, según lo señala el artículo 1601 inciso 4 del Código Civil.

La consignación se encuentra definida en el artículo 1599:

“La consignación es el depósito de la cosa que se debe, hecho a virtud de la repugnancia o no comparecencia del acreedor a recibirla, o de la incertidumbre acerca de éste, y con las formalidades necesarias, en manos de una tercera persona.”

(2) El depósito de lo debido

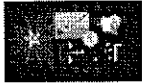
El depósito es una gestión extrajudicial.

¿Dónde debe efectuarse el depósito?

Para determinar el lugar donde debe efectuarse el depósito, el artículo 1601 señala que hay que distinguir según la naturaleza de la cosa ofrecida. Así;

1. Si la obligación es de dinero, éste puede consignarse en:

¹ El retiro del depósito por el arrendador no significa una renuncia a sus derechos ni produce los efectos previstos en el inciso 3 del artículo 1956 del Código Civil, esto es, la tática reconducción. El problema existente en esta materia en la actualidad es que este procedimiento sólo se limita, al caso de negativa del arrendador a recibir la renta. En todo caso esta norma es muy útil ya que permite al arrendatario un procedimiento expedito para evitar caer en mora.



- (1) En la cuenta corriente del tribunal competente, esto es, en el Juzgado de Letras de Mayor Cuantía del lugar donde debe efectuarse el pago.
- (2) En la tesorería comunal.
- (3) En un banco cualquiera.

2. Si la obligación no es de dinero, éste puede consignarse en:

- (1) En una feria del lugar donde debe efectuarse el pago, si trata de animales.
- (2) En un martillo, o sea, en una casa de remates, del lugar donde debe efectuarse el pago.
- (3) En un Almacén General de Depósito del lugar en que debe efectuarse el pago.
- (4) En poder de un depositario nombrado por el juez competente del lugar donde debe efectuarse el pago.

Plazo para consignar o depositar. La ley no establece plazo para consignar. Esto se debe a que el pago sólo se entenderá hecho una vez que se realice la consignación, según lo establece el artículo 1605 del Código Civil. El fundamento es que el deudor es la persona que está realmente interesada en extinguir la obligación, luego se entiende si el deudor realiza la oferta es porque efectivamente va a consignar.

IV. LA CALIFICACIÓN DE LA CONSIGNACIÓN

Por efectuarse mediante una consignación, el pago no deja de ser tal ni de exigir para su validez, los requisitos exigidos normalmente. Por eso, una vez efectuada aquella, se desarrolla un procedimiento destinado a determinar si el pago cumple o no con las exigencias legales. Este procedimiento consta de las siguientes etapas:

- (1) Notificación de la consignación al acreedor. En conformidad con el artículo 1603 del Código Civil, una vez efectuada la consignación, el deudor debe pedir al juez que ordene la notificación al acreedor para ponerlo en conocimiento del pago, esto se debe a que le pago es una convención y por tanto se requiere poner en conocimiento al acreedor. La notificación debe hacerse en conformidad con lo dispuesto en los artículos 40 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Una vez notificado el acreedor este puede tomar cuatro posturas: así, (1) Aceptar la consignación, caso en el se produce el efecto de extinguirse la obligación (2) aceptarla parcialmente, caso en el que, se extingue parcialmente la obligación y el acreedor puede demandar judicialmente el resto (3) rechazarla totalmente y (4) no decir nada.

- (2) La suficiencia del pago. Se encuentra regulado en el inciso 2 del artículo 1603 del Código Civil que señala:

“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”.

La contienda la puede iniciar el deudor o el acreedor.



La iniciará el deudor en los casos en que (1) el acreedor rechace el pago total o parcialmente y (2) cuando el acreedor calle. En esos casos el deudor presentará un escrito al tribunal solicitándole que declare la suficiencia de la consignación.

Por su parte, la contienda la iniciará el acreedor en los casos en que ejerza cualquier acción basada en el incumplimiento y en que el acreedor pueda oponer la excepción de pago, momento en el cual el juez deberá calificar la consignación. Esta última será la situación más frecuente.

El artículo 1603 inciso 3 dispone que:

“Si el acreedor no prueba, dentro del plazo de treinta días hábiles contados 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 ese juicio serán apelables en el sólo efecto devolutivo”.

El inciso siguiente señala que:

“El juez podrá prorrogar hasta por treinta días el plazo establecido en el inciso anterior si por causas ajenas a la voluntad del acreedor no ha sido posible notificar al deudor”.

Esto se debe a que durante el plazo de treinta días el acreedor debe probar la existencia de un juicio en el cual deba calificarse la suficiencia del pago y por tanto debe notificar al deudor de la existencia de esos juicios.

En conclusión el pago por consignación será suficiente en los siguientes casos:

- (1) Cuando el acreedor acepta la consignación.
- (2) Cuando el pago por consignación es declarado suficiente por sentencia judicial.

El pago por consignación es declarado suficiente por resolución judicial en los siguientes casos:

- (a) Declarado por el juez en un juicio promovido por el deudor con ese objetivo.
- (b) Declarado por el juez en un juicio promovido por el acreedor en el que se persiga el cumplimiento de la obligación u otra acción en la que el deudor pueda interponer una excepción de pago.
- (c) Si el acreedor no prueba dentro de los treinta días hábiles siguientes a la notificación de la consignación la circunstancia de existir juicio en el cual deba calificarse la suficiencia del pago.

V. EFFECTOS DE LA CONSIGNACIÓN

En conformidad con los establecido en el artículo 1605 del Código Civil se tiene que

“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”.



“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”.

En consecuencia, en estos casos, la obligación se entiende cumplida desde el día de la oferta y no desde la declaración de suficiencia.

El fundamento de esta norma es que como la oferta debe hacerse los 2 últimos días de vencido el plazo o al día siguiente hábil, la consignación será forzosamente hecha fuera de plazo y por tanto el acreedor podría rechazarla por ser un pago inoportuno ya que es la consignación la que extingue la obligación y no la oferta. En estos casos, mientras la consignación no se realice, los intereses se devengan y el cuidado de la cosa es de cargo del deudor, es por ello que el deudor se encuentra igualmente obligado a efectuar la consignación. En conclusión, si la oferta se ha hecho en tiempo oportuno, aunque la consignación sea posterior, no puede el acreedor alegar mora del deudor.

VI. RETIRO DE LA CONSIGNACIÓN

De esta materia tratan los artículos 1606 y 1607 del Código Civil. El deudor puede retirar la consignación, con diferentes consecuencia dependiendo de:

- (a) Si el acreedor no ha aceptado la consignación o ésta no ha sido declarada suficiente por sentencia ejecutoriada.

Será mirada como de ningún valor y efecto respecto del consignante y de sus codeudores y fiadores según lo dispone el artículo 1606 del Código Civil.

- (b) Si el acreedor ha aceptado la consignación o ésta ha sido declarada suficiente

En este caso, ya se extinguió la obligación. Sin embargo, la ley permite retirar la consignación, si el acreedor consiente en ello. Pero en este caso la obligación se mirará como del todo nueva; por tanto (1) los codeudores y fiadores permanecerán exentos de ella; y (2) el acreedor no conservará los (a) privilegios o (b) hipotecas de su crédito primitivo. 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 mucho a la novación pero no hay que confundirla ya que en la novación tiene que haber una obligación existente y en este caso la obligación ya se había extinguido.

VII. GASTOS DEL PAGO POR CONSIGNACIÓN

De conformidad con el artículo 1604 del Código Civil “las expensas de toda oferta y consignación válidas serán de cargo del acreedor”



CAPITULO II

PAGO CON SUBROGACIÓN

I. INTRODUCCIÓN

El pago normalmente produce como efecto la extinción de la obligación. Sin embargo, en ciertos casos el pago no produce ese efecto sino que uno diverso cual es la subrogación. El pago producirá este efecto diverso cuando así lo señalen las partes o bien, en los casos expresamente señalados por la ley. El primer caso se llama pago con subrogación convencional y el segundo pago con subrogación legal.

En consecuencia, la institución de la subrogación no se reduce al pago, sino que es más amplia.

La subrogar según el diccionario de la Real Academia Española es “Sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra”. Así, se ha dicho que subrogación es la sustitución o reemplazo de una cosa por otra, o de una persona por otra.

En consecuencia, la subrogación puede ser de dos clases: (1) subrogación real y (2) subrogación personal.

(1) Subrogación real

La subrogación real es el reemplazo de una cosa por otra. No está regulada sistemáticamente en el Código Civil.

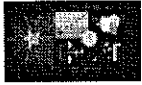
Casos de subrogación real

- (a) Sociedad conyugal. En aquellos casos en que una mujer vende un bien raíz propio y luego compra otro. A fin de evitar que ese nuevo bien raíz, comprado con el dinero proveniente de la venta de uno propio de la mujer, ingrese a la sociedad conyugal. La ley entiende que existió una subrogación real entre el segundo bien y el primero.
- (b) Pérdida de la cosa que se debe. El artículo 1672 inciso primero del Código Civil señala:
“Si el cuerpo cierto perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación del deudor subsiste, pero varía de objeto; el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor.”

En este caso el precio y la indemnización subrogan a la especie que pereció por hecho o culpa del deudor.

- (c) Artículo 555 del Código de Comercio. Esta norma señala:

“La cosa que es materia del seguro es subrogada por la cantidad asegurada para el



efecto de ejercitar sobre ésta los privilegios e hipotecas constituidos sobre aquéllos”.

En consecuencia, la cantidad asegurada subroga a la cosa materia del seguro.

(2) Subrogación personal

La subrogación personal es definida por Emilio Betti como: “El fenómeno de subingreso por virtud del cual un sujeto subentra en la posición jurídica que pertenece actual o virtualmente a otro”.

También se ha definido como la sustitución jurídica de una persona por otra, en que la persona que entra a sustituir a la otra pasa a tener las mismas calidades y las mismas condiciones jurídicas de la persona a quien sustituye.

Como ejemplos de subrogación se tiene el heredero que subroga al causante, el cesionario que subroga al cedente, y el nuevo acreedor, en el pago con subrogación, que reemplaza al primitivo acreedor.

A continuación, se analizará la figura del pago con subrogación que, es una figura posible dentro de la subrogación personal.

II. GENERALIDADES DEL PAGO CON SUBROGACIÓN

Por regla general las obligaciones son pagadas por el deudor. Sin embargo, puede ocurrir que el deudor no pueda pagar su obligación y que lo haga un tercero a su nombre.

El pago con subrogación permite que el pago realizado por el tercero a nombre del deudor no extinga la obligación. La obligación se mantiene pero ahora el deudor ya no está obligado a pagarle a su acreedor primitivo sino que al tercero que pago, quien es su nuevo acreedor.

De esta forma, al mantenerse la obligación, subsisten todas las cauciones que garantizaban el cumplimiento de la obligación para con el primitivo acreedor.

III. CONCEPTO DE PAGO CON SUBROGACIÓN

Alessandri define el pago con subrogación como “La ficción jurídica en virtud de la cual un crédito que ha sido pagado con el dinero suministrado por un tercero, y que queda por tanto extinguido respecto del acreedor, se reputa subsistir íntegramente, con todos sus accesorios, en manos de ese tercero para asegurarle el reembolso de lo que pagó”.

Como la propia definición lo dice, se trata de una “ficción jurídica”, en la que lo único que cambia es la persona del acreedor.

El Código Civil también define el pago con subrogación en el artículo 1608

“La subrogación es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero, que le paga.”

Esta definición ha sido criticada por ser incompleta, pues se limita a definirla por los efectos que ella



produce.

IV. REQUISITOS PARA QUE EL PAGO PRODUZCA SUBROGACIÓN PERSONAL

- (1) Que se efectúe un pago de una deuda ajena.
- (2) Que el pago sea voluntario, esto es, con la conciencia de que se paga una deuda ajena, de lo contrario, hay pago de lo no debido.
- (3) Que el tercero debe pagar con fondos propios. Si paga con fondos del deudor se entiende que es un diputado para el pago.
- (4) Que sea posible que el tercero quede en la misma situación jurídica que el acreedor.

V. CLASIFICACIÓN DEL PAGO CON SUBROGACIÓN

El pago con subrogación puede ser, en cuanto a su fuente, legal o convencional, según si opera por el sólo ministerio de la ley o lo hace en virtud de un acuerdo entre el acreedor y el tercero que paga.

El artículo 1609 del Código Civil establece:

“Se subroga un tercero en los derechos del acreedor, o en virtud de la ley o en virtud de una convención del acreedor”.

1. Pago con subrogación legal

(a) Introducción

El pago produce una subrogación personal legal, esto es, por el sólo ministerio de la ley, cuando una norma expresa así lo establece.

Esta subrogación legal se produce aún contra la voluntad del acreedor. Esta subrogación es de derecho estricto, ya que es una excepción al derecho común. Por ser la subrogación legal de derecho estricto, los casos deben interpretarse restrictivamente. La transferencia de los derechos del acreedor se produce *ipso iure*.

En consecuencia, la subrogación legal requiere de un texto expreso de la ley. Los casos en que el pago produce una subrogación personal legal se encuentran señalados, en forma enunciativa, en el Art. 1610 del Código Civil.

La enumeración del artículo 1610 no es taxativa o exhaustiva, así lo señala expresamente la norma al señalar:

“(…) en todos los casos señalados por las leyes, y especialmente a beneficio,”



El fundamento general de los distintos casos de subrogación legal es dar protección en favor de ciertas personas que se ven compelidas a pagar deudas ajenas.

(b) Casos contemplados en el artículo 1610 del Código Civil²

El artículo 1610 del Código Civil señala en su inciso primero

“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,”

N.º1 Del acreedor que paga a otro acreedor de mejor derecho en razón de un privilegio o hipoteca

1. Caso “El coleccionista de estampillas”

Juan Alamos es un conocido coleccionista de estampillas, su próxima meta es conseguir el sello postal más raro del mundo, el famoso sello de la Guayana Británica de emisión de 1856 del cual sólo existe un ejemplar. El día 05.07.99 fue su día de suerte, dio con el dueño don “Mr. Hind” quien le ofreció venderse en la cantidad de \$10.000.000.-

Juan acudió al Banco de Chile y solicitó un préstamo por esa cantidad. Para lo cual, constituyó una hipoteca sobre su campo de la IX región en favor de dicha institución bancaria, la que fue debidamente inscrita con fecha 16.07.99. Juan inmediatamente concreto el negocio con el filatélico Mr. Hind.

Con posterioridad, se enteró que el filatélico Belga “Willy Balasse”, puso en venta su famosa estampilla “Mauricio”, que tenía la falla de decir “Post Office” en lugar de “Post Paid”. En la cantidad de \$50.000.000. Juan asombrado por la noticia, fue apresuradamente al Banco BhiFF para conseguir el dinero, para lo cual tuvo que constituir una segunda hipoteca sobre su campo del sur, la cual fue debidamente inscrita con fecha 09.02.00.

El día 05.07.00 le venció al señor Juan su plazo para pagar la deuda contraída con el Banco de Chile. El Banco demanda a Juan y está próximo a sacar a remate la propiedad.

El campo se encuentra avaluado en \$80.000.000.-, sin embargo, la situación económica en Chile está muy deficiente por lo que se cree que no podrá conseguirse más de \$30.000.000.-

2. Análisis del caso

En el caso se tiene que Juan tiene un bien inmueble gravado con dos hipotecas, la hipoteca de primer grado está a nombre del Banco de Chile y la de segundo grado a nombre del Banco BhiFF. El problema que se plantea es que si el Banco de Chile saca a remate el campo de Juan Alamos, como se está en un momento

² Existen otros casos de subrogación legal que no están contemplados en el artículo 1610 del Código Civil. (1) El artículo 2295 en su inciso segundo del Código Civil y (2) el artículo 87 de la ley 18.092 sobre Letras de Cambio y Pagaré.



de crisis económica, el producto del remate no alcanzará para pagar la deuda hipotecaria que tiene en su favor el Banco Bhiff.

La norma del artículo 1610 n.º1 faculta al Banco Bhiff para que pague, a nombre de Juan Alamos la deuda hipotecaria al Banco de Chile. Como puede apreciarse, es un tercero que está pagando una deuda ajena.

Como consecuencia del pago realizado por el Banco Bhiff al Banco de Chile se tiene que la obligación que tiene Juan Alamos con el Banco de Chile no produce el efecto propio del pago cual es la extinción de la obligación, sino que otro diverso, cual es la subrogación. El Banco Bhiff se subroga en los derechos del Banco de Chile. Por tanto, después del pago, el Banco Bhiff tiene dos créditos hipotecarios en contra de Juan Alamos: (1) el suyo propio de segundo grado y (2) el del Banco de Chile de primer grado.

3. Fundamento de la norma

El fundamento de esta norma es proteger a los acreedores de grado inferior cuyo crédito concurre a concurso con los acreedores de grado superior, evitando la realización de los bienes del deudor en condiciones desfavorables para el acreedor de grado inferior, que produciría como consecuencia, que el producto del remate no alcance para pagar a todos los acreedores en ese momento determinado.

4. Requisitos de aplicación del artículo 1610 n.º1

- (a) Que el pago lo realice un acreedor del deudor.
- (b) Que el pago se realice a otro acreedor del deudor.
- (c) Que el acreedor que recibe el pago tenga un mejor derecho que el acreedor que paga.
- (d) Que el mejor derecho del acreedor pagado provenga, exclusivamente, en razón de un privilegio o hipoteca. Así, están excluidos los mejores derechos que se puedan tener en razón de una caución personal, como una fianza o una solidaridad pasiva.

Finalmente, no existe inconveniente para que concurren en un caso de subrogación legal dos causales. Así, en el caso analizado, si el Banco de Chile hubiese consentido en el pago realizado por el Banco Bhiff, concurrirían las causales del artículo 1610 n.º1 y 5 del Código Civil.

N.º2 Del que habiendo comprado un inmueble, es obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado

1. Caso “El regreso del Rey”

El rey de la napolitana quiere emprender un nuevo negocio “la instalación de salas cunas conectadas a Internet”. Este sería un excelente negocio ya que los padres podrían ver a sus hermosas criaturas, a cada momento, desde el computador de sus oficinas. La construcción y equipamiento de cada sala cuna tiene un costo de \$100.000.000.-

Así, el 07.08.99 pide un préstamo a al Banco de Chile por esa cantidad, para lo cual constituye una hipoteca sobre su casa a favor de dicha institución. La casa del “Rey”



está avaluada en \$400.000.000.-. La hipoteca se inscribe debidamente con fecha 15.08.99.

Con posterioridad, dado el éxito de su negocio, el “Rey” decide ampliarse para construir su segunda sala cuna, para lo cual el 05.03.00 pide un préstamo al Banco Bhiff por la cantidad de \$100.000.000.- para garantizar el cumplimiento de su obligación constituye una segunda hipoteca sobre su casa a favor de éste Banco, la que queda debidamente inscrita con fecha 09.03.00.

Finalmente, el día 19.06.00 el “Rey” decide construir su tercera sala cuna, para lo cual pide un tercer préstamo, ahora al Banco Santander por otros \$100.000.000, con tal objetivo, constituye una tercera hipoteca sobre su casa a favor de éste Banco. La hipoteca queda debidamente inscrita con fecha 24.06.00.

Hipótesis (a)

Posteriormente, con fecha 22.03.01, el “Rey” decide vender su casa a la señora “Vidalita Rodríguez”. La abuelita, compra la propiedad en la cantidad de \$100.000.000.- adquiriendo así el inmueble afecto a tres hipotecas, comprometiéndose a pagarlas en las oportunidades correspondientes.

El día 07.05.01, la abuela Vidalita paga el crédito hipotecario del Banco de Chile.

Hipótesis (b)

El rey nuevamente incumple sus obligaciones, El Banco de Chile lo demanda y saca a remate su casa. El Banco de Chile, cita debidamente para el día del remate al Banco Santander. El esperado día del remate aparece la abuela Vidalita muy interesada en adquirir la propiedad. Finalmente, logra adquirirla libre de hipotecas ya que operó la llamada “Purga de la Hipoteca”.

Con posterioridad, aparece el Banco Bhiff, alegando que no fue notificado y que por tanto su hipoteca se encuentra vigente.

2. Análisis del caso en la hipótesis (a)

En este caso el Rey gravó su casa de \$400.000.000.- con tres hipotecas. La de primer grado, por \$100.000.000.-, a favor del Banco de Chile; la de segundo grado, por \$100.000.000.-, a favor del Banco Bhiff y la de tercer grado, por \$100.000.000.-, a favor del Banco Santander.

La hipótesis (a) plantea que el “Rey” vende su casa en \$100.000.000.- a la “abuela Vidalita” la que se obliga a pagar los créditos hipotecarios que afectan la propiedad. En tal sentido, se entiende que esa obligación de pagar los créditos hipotecarios es parte del precio.

¿Por qué la abuela Vidalita tendrá interés en comprar un bien inmueble gravado con tres hipotecas?
¿Ocurren estas compras en la práctica?

Esta situación es muy común en la práctica ya que es conveniente tanto para el vendedor como para el comprador. Es conveniente también para el vendedor porque es más fácil conseguir un comprador que



tenga que desembolsar una menor cantidad de dinero en el momento de la compra, ya que los créditos hipotecarios aún no están vencidos, y así el vendedor obtiene dinero en forma rápida. Es conveniente para el comprador, por las mismas razones, obtener un bien inmueble con un menor desembolso de dinero en el momento de la compra.

En la hipótesis (a) se tiene que la Abuela Vidalita pagó la deuda hipotecaria del Banco de Chile. El efecto que produce ese pago no es el normal, esto es, extinguir la obligación que tenía el “Rey” con el Banco de Chile y, por tanto, extinguir también la hipoteca de primer grado que garantizaba esa obligación. El efecto que produce este pago es una subrogación personal en conformidad con el artículo 1610 n.º2 del Código Civil. La Abuela Vidalita subroga al Banco de Chile. Ésta subrogación no permite a la Abuela Vidalita demandar al Rey el pago de la deuda que tenía con el Banco de Chile ya que es ella la que se obligó a pagarla en el contrato en el que compró la casa del “Rey”. Ocurre que ese contrato, en el que la Abuela Vidalita se obligaba a pagar las deudas hipotecarias, le es inoponible a los acreedores hipotecarios ya que ellos no prestaron su consentimiento. Entonces, perfectamente pueden dirigirse contra el “Rey” y si este no paga se dirigen contra el bien, que en este caso, se encontraba en poder de la Abuela Vidalita. Surge entonces la pregunta ¿En que se subroga la abuela Vidalita?

La importancia de esta norma radica en que si con posterioridad, el Banco Bhiff y el Banco Santander, quieren sacar a remate la propiedad y la Abuela Vidalita no está en condición de poder pagar esos créditos hipotecarios, la propiedad saldrá finalmente a remate pero la Abuela Vidalita, como se subrogó en los derechos del Banco de Chile, puede concurrir al remate a pagarse primero que los demás bancos porque la hipoteca del Banco de Chile era de primer grado. De esta forma la Abuela Vidalita recuperará lo pagado al Banco de Chile.

Luego, el fundamento de la norma es proteger al comprador de un inmueble hipotecado si con posterioridad la propiedad es sacada a remate por otro acreedor hipotecario.

3. Análisis del caso en la hipótesis (b)

En este caso el Rey gravó su casa de \$400.000.000.- con tres hipotecas. La de primer grado, por \$100.000.000.-, a favor del Banco de Chile; la de segundo grado, por \$100.000.000.-, a favor del Banco Bhiff y la de tercer grado, por \$100.000.000.-, a favor del Banco Santander.

La hipótesis (b) plantea la situación en que se sacó a remate la casa del “Rey” y no fue citado uno de los acreedores hipotecarios, el Banco Bhiff. En consecuencia, su hipoteca no fue purgada. Cuando la Abuela Vidalita compró la casa del “Rey” se encontraban canceladas válidamente las hipotecas a favor del Banco de Chile y del Banco Santander, por tanto, respecto de éstos bancos, el pago produjo su efecto normal, cual es extinguir las obligaciones. Sin embargo, puede ocurrir que aparezca el Banco Bhiff y saque a remate la propiedad. El artículo 1610 n.º2 del Código Civil permite que en la persona de la Abuela Vidalita, en palabras de Alessandri, revivan las hipotecas.

Luego, por medio de esta ficción, la abuela se subroga en los derechos del Banco de Chile y del Banco Santander para el sólo efecto de recuperar parte del dinero pagado por el bien inmueble. Así, si la propiedad se saca a remate, se paga primero a la Abuela por tener en su favor una hipoteca de primer grado, luego se paga al Banco Bhiff por tener una hipoteca de segundo grado, con posterioridad, se paga a la Abuela en su calidad de acreedora hipotecaria de tercer grado por subrogarse en los derechos del Banco Santander y finalmente el remanente queda para la Abuela Vidalita en su calidad de propietaria.

4. Caso evicción



Juan compró a Pedro un inmueble gravado con una hipoteca a favor del Banco de Chile. Juan pagó la deuda hipotecaria. Un tercer, Diego, demanda a Juan la reivindicación del inmueble logrando probar que el es el legítimo dueño. La hipoteca fue constituida válidamente,

5. Análisis del caso

Juan tiene dos acciones:

- (a) Acción de evicción contra Pedro por el precio pagado y los perjuicios en conformidad con el artículo 1847 del Código Civil.
- (b) Acción subrogatoria en los derechos del Banco de Chile contra Diego en virtud del artículo 1610 n.º2 del Código Civil.

6. Requisitos de aplicación del artículo 1610 n.º2

Según Alessandri, los requisitos son

- (a) La propiedad debe ser adquirida por compra y no por otros títulos translativos de dominio. Esto se debe a que la subrogación legal es de derecho estricto.
- (b) El precio de la compra se debe haber invertido en la cancelación de las hipotecas que gravan al inmueble.³

N.º3 Del que paga una deuda a que se haya obligado solidaria o subsidiariamente

A continuación se analizarán distintos casos que caen dentro de la aplicación del artículo 1610 n.º3 del Código Civil.

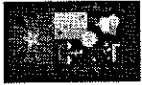
1. Caso codeudores solidarios

Pedro, Juan y Diego solicitan un préstamo al Banco de Chile, para lo cual se obligan solidariamente. Con posterioridad, el Banco demanda a Diego el total de la deuda y éste paga.

2. Análisis del caso

Es este caso se tiene que el pago realizado por Diego produce como efecto que éste, se subroge en los derechos del Banco de Chile. En consecuencia, se tiene que Diego se coloca en la misma posición jurídica que el Banco de Chile y por tanto, podría demandar tanto a Pedro como a Juan por el total de la obligación. Este es el efecto que se produciría con la estricta aplicación del artículo 1610 n.3 del Código Civil.

³ Este último requisito es controvertido por Meza Barros, quien señala que la ley sólo exige que el título sea la compraventa, apartándose del Código Civil francés, que sí contempla la segunda exigencia señalada por Alessandri en su artículo 1251.



Sin embargo, existe otra norma en el Código Civil que limita el efecto del artículo 1610 n.º 3 en el caso en que un codeudor solidario pague al acreedor. Esta limitación consiste en que el codeudor solidario que pague al acreedor sólo podrá demandar a los demás codeudores por su cuota. Esa norma esta contenida en el artículo 1522 inciso primero del Código Civil.

“El deudor solidario que ha pagado la deuda, o la ha extinguido por alguno de los medios equivalentes al pago, 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 éste codeudor en la deuda.”

3. Caso fiador de obligados simplemente conjuntos

Pedro, Juan y Diego solicitan un préstamo al Banco de Chile. Ellos se obligación en forma simplemente conjunta. La señora “Vidalita” afianza el total de la deuda. El Banco se dirige primero con Pedro, Juan y Diego y éstos no pagan. Luego, el Banco se dirige contra la señora “Vidalita” y ésta paga.

4. Análisis del caso

En este caso tenemos que la Abuela Vidalita pagó al Banco de Chile en su calidad de fiadora. La Abuela tiene dos acciones:

- (a) La acción subrogatoria del artículo 1610 n.º 3 que faculta a la Abuela para demandar a Pedro, Juan y Diego a cada uno por su cuota.
- (b) La acción de reembolso propia de la fianza. Esta acción está contemplada en el artículo 2370 del Código Civil.

5. Caso fiador de un obligado simplemente conjunto

Pedro, Juan y Diego solicitan un préstamo al Banco de Chile. Ellos se obligación en forma simplemente conjunta. La señora “Vidalita” afianza la obligación de Pedro. El Banco se dirige primero con Pedro, Juan y Diego y éstos no pagan. Luego, el Banco se dirige contra la señora “Vidalita” y ésta paga la porción correspondiente a Pedro.

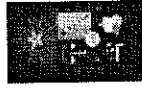
6. Análisis del caso

En este caso tenemos que la Abuela Vidalita era fiadora sólo de Pedro, al pagarle al Banco de Chile, se subroga en su derecho respecto de Pedro y, en consecuencia, tiene dos acciones:

- (a) La acción subrogatoria del artículo 1610 n.º 3 que la faculta para demandar a Pedro por su cuota.
- (b) La acción de reembolso propia de la fianza. Esta acción está contemplada en el artículo 2370 del Código Civil.

7. Caso fiador de codeudores solidarios

Pedro, Juan y Diego solicitan un préstamo al Banco de Chile, para lo cual se obligan solidariamente y, además, para darle seguridad al crédito, la señora “Vidalita”



afianza la totalidad de la deuda. El Banco se dirige primero con Pedro, Juan y Diego y éstos no pagan. Luego, el Banco se dirige contra la señora “Vidalita” y ésta paga.

8. Análisis del caso

En este caso la Abuela Vidalita es fiadora de todos los codeudores solidarios, si ella paga al Banco de Chile tiene dos acciones:

- (a) La acción subrogatoria del artículo 1610 n.º3 que la faculta para demandar a cualquiera de los codeudores solidarios por el total de la deuda.
- (b) La acción de reembolso propia de la fianza que también le permite dirigirse contra cualquiera de los deudores por el total de la deuda. Esta acción está contemplada en el artículo 2372 en remisión al artículo 2370 del Código Civil.

9. Caso fiador de un codeudor solidario

Pedro, Juan y Diego solicitan un préstamo al Banco de Chile, para lo cual se obligan solidariamente. La señora “Vidalita” es fiadora de Pedro. El Banco se dirige primero con Pedro, Juan y Diego y éstos no pagan. Luego, el Banco se dirige contra la señora “Vidalita” y ésta paga.

10. Análisis del caso

En este caso se tiene que la Abuela Vidalita es fiadora de Pedro, si ésta le paga al Banco de Chile, se subroga en los mismos derechos de éste y por tanto, puede dirigirse contra Pedro por el total de la deuda. En consecuencia tiene dos acciones:

- (a) La acción subrogatoria del artículo 1610 n.º3 que la faculta para demandar a Pedro por el total de la deuda.
- (b) La acción de reembolso propia de la fianza que también le permite dirigirse sólo contra Pedro por el total de lo pagado. Esta acción está contemplada en el artículo 2370 del Código Civil.

Sin embargo, puede ocurrir que Pedro no pague. Esta hipótesis es la más frecuente ya que la Abuela Vidalita tuvo que pagarle al Banco porque Pedro no pagó. La Abuela es fiadora y por tanto, es un deudor subsidiario ya que goza del beneficio de excusión.

Si Pedro no paga nos encontramos en una nueva hipótesis de subrogación personal legal que permite a la Abuela subrogarse en los derechos de Pedro para demandar a Juan y Diego por sus respectivas cuotas. Esta segunda subrogación está consagrada en el artículo 2372 del Código Civil en su segunda parte.

“Si hubiere muchos deudores principales y solidarios, el que los ha afianzado a todos podrá demandar a cada uno por el total de la deuda, en los términos del artículo 2370; pero el fiador particular de uno de ellos sólo contra él podrá repetir por el todo; y no tendrá contra los otros sino las acciones que le correspondan como subrogado en las del deudor a quien ha afianzado.”

11. Caso fiador solidario de codeudores solidarios



Pedro, Juan y Diego solicitan un préstamo al Banco de Chile, para lo cual se obligan solidariamente y, además, para darle seguridad al crédito, la señora “Vidalita” afianza solidariamente la totalidad de la deuda. El banco se dirige contra la señora “Vidalita” y ésta paga.

12. Análisis del caso

En este caso se tiene que la Abuela Vidalita es fiadora solidaria y por tanto no goza del beneficio de excusión. La Abuela goza de dos acciones:

- (a) La acción subrogatoria del artículo 1610 n.º 3 que la faculta para demandar a cualquiera de los codeudores solidarios por el total de la deuda.
- (b) La acción de reembolso propia de la fianza que le permite dirigirse también por el total de la deuda contra cualquiera de los codeudores solidarios. Esta acción está contemplada en la primera parte del artículo 2372 del Código Civil en remisión al artículo 2370.

13. Caso varios fiadores

Diego solicita un préstamo al Banco de Chile, para garantizar el cumplimiento de su obligación, Pedro, Juan y la señora “Vidalita”, afianzan la obligación. El Banco se dirige contra Diego y éste no paga, con posterioridad se dirige contra la señora “Vidalita” la que paga el total de la deuda.

14. Análisis del caso

En este caso tenemos que hay tres fiadores; Pedro, Juan y la Abuela Vidalita. La abuela fue la que pagó al Banco de Chile. Tenemos que en conformidad con el artículo 1610 n.º 3 del Código Civil la Abuela se subroga en los derechos del Banco de Chile y por tanto puede dirigirse contra Diego por el total de la deuda. Sin embargo, Diego no tiene dinero para pagar ya que por algo no le pagó al Banco de Chile. Luego, existe una norma que permite dirigirse directamente contra los demás fiadores por su respectiva cuota. Así, la Abuela demandará directamente a Pedro y Juan por el monto de $\frac{1}{3}$ de la deuda. Esa norma es el artículo 2378 del Código Civil:

“El fiador que paga más de lo que proporcionalmente le corresponde, es subrogado por el exceso en los derechos del acreedor contra los cofiadores.”

15. Caso dación en pago de inmueble hipotecado

Antonio debía una gran cantidad de dinero a Paula, para disminuir su deuda dio en dación en pago un inmueble gravado con una hipoteca en favor del Banco de Chile. Con posterioridad, el Banco demanda a Paula y ésta paga.

16. Análisis del caso

Esta situación es distinta a la planteada a propósito del artículo 1610 n.º 2 del Código Civil ya que no hay “compra” y no hubo una “obligación de pagar la deuda”. Como los casos de subrogación legal son de derecho estricto, no puede aplicarse esa norma.



El artículo 2429 inciso segundo resuelve este caso.

“El tercer poseedor reconvenido para el pago de la hipoteca constituida sobre la finca que después pasó a sus manos con este gravamen, no tendrá derecho para que se persiga primero a los deudores personalmente obligados.
Haciendo el pago se subroga en los derechos del acreedor en los mismos términos que el fiador.”

En consecuencia, esta norma se remite al artículo 1610 n.º3 ya que ella contempla el caso de subrogación personal para los “deudores subsidiarios” y el fiador es un deudor subsidiario.

17. Caso hipoteca de inmueble propio para garantizar una deuda ajena.

Lucía quiere emprender un nuevo negocio para lo cual pide un préstamo al Banco de Chile. Julia, amiga de Lucía constituye una hipoteca sobre su casa para garantizar el cumplimiento de la obligación de su amiga. El Banco demanda a Julia el cumplimiento del crédito hipotecario y ésta paga.

18. Análisis del caso

Esta situación esta regulada en el artículo 2430 del Código Civil en sus incisos primero y segundo.

“El que hipoteca un inmueble suyo por una deuda ajena, no se entenderá obligado personalmente, si no se hubiere estipulado.
Sea que se haya obligado personalmente o no, se le aplicará la disposición del artículo precedente”

El artículo precedente es el artículo 2429 que consagra la remisión al artículo 1610 n.º3.

19. Consideraciones finales sobre el artículo 1610 n.º3

La norma del artículo 1610 n.º3 sólo es aplicable a los casos de los codeudores solidarios y fiadores y no al codeudor de una obligación indivisible, ya que la indivisibilidad no es solidaridad y quien es deudor de una obligación indivisible no es deudor subsidiario sino codeudor principal.

En los casos planteados teníamos que el fiador gozaba de dos acciones (1) la acción subrogatoria y (2) la acción de reembolso propia de la fianza. Demás está decir que no puede interponer ambas acciones, el tercero que pagó tiene que optar por ejercer una sola de ellas. Surge entonces la pregunta: ¿Qué acción le conviene al fiador? Esta pregunta no tiene una respuesta definitiva ya que para determinar la conveniencia de una u otra acción es necesario analizar el caso concreto.

La acción de reembolso es muy diferente a la subrogatoria, principalmente, porque en la subrogatoria se cobra la misma deuda anterior ya que el que paga se pone en la misma posición jurídica del acreedor. Luego, se mantiene los privilegios y garantías de la obligación. En cambio, la acción de reembolso no goza de ninguna de las ventajas y prerrogativas de la obligación. Así, será necesario analizar si la obligación estaba garantizada o no, en tal caso, pareciera ser que fuese más conveniente la acción subrogatoria. También es necesario analizar otros aspectos como si la obligación producía o no intereses, los plazos de prescripción, etc.



N.º 4 Del heredero beneficiario que paga con su propio dinero las deudas de la herencia

1. Caso heredero beneficiario que paga más de su cuota

La abuela “Vidalita” el día 03.05.01 murió de un ataque al corazón. La sucedieron, con beneficio de inventario, sus hijos Andrés, Lorena y Juanita. El Banco de Chile, demanda a la sucesión el pago de una deuda de la señora “Vidalita” por \$100.000.000.- Juanita, con su propio dinero paga el total de la deuda. El monto de la herencia asciende a \$150.000.000.-

Por heredero beneficiario se entiende quien acepta la herencia con beneficio de inventario. El beneficio de inventario es aquel que permite pagar las deudas hereditarias y testamentarias sólo con el monto de los bienes que se reciben a título de herencia.

2. Análisis del caso

En este caso se tiene que Juanita pagó a los acreedores del causante. Ese pago produce como efecto que Juanita se subroga en los derechos de los acreedores del causante y, en consecuencia, ella va a concurrir en la sucesión como (1) heredero y (2) acreedora subrogada por el exceso que pagó contra los demás herederos. De esta forma, ella recibirá \$116.666.666.-

3. Fundamento de la norma

¿Qué interés puede tener el heredero en pagar más allá de su cuota hereditaria?

Alessandri señala que el heredero puede querer evitar una liquidación precipitada de los bienes de la herencia que pueda redundar en malos resultados. Por ejemplo, Juanita puede vivir en la casa heredada o no querer que se venda la casa en ese momento y aguardar un mejor momento económico.

N.º 5 Del que paga una deuda ajena, consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor

Caso pago de deuda ajena con consentimiento del deudor

Juan debe al Banco de Chile la cantidad de \$100, sin embargo, su precaria situación económica le impide pagar la deuda. José, amigo de Juan, con el consentimiento de éste, paga la deuda de su amigo para evitar que le embarguen los bienes.

Análisis del caso

En conformidad con las reglas generales del pago, perfectamente puede un tercero, ajeno a la obligación, pagar con o sin el consentimiento del deudor.

En este caso tenemos que entre José y Juan existe un contrato de mandato, Juan es el mandante y José el mandatario. Luego, como consecuencia del pago realizado al Banco de Chile, José tendrá dos acciones:

- (a) La acción subrogatoria del artículo 1610 n.º 5 que permite a José subrogarse en los derechos del Banco de Chile y por tanto, dirigirse contra Juan.



(b) La acción de reembolso propia del mandato contemplada en el artículo 2158 N.º 4 del Código Civil.

¿Qué acción es más conveniente para José?

Al igual que en el caso de la acción subrogatoria versus la acción de reembolso de la fianza, es necesario analizar el caso concreto. Sin embargo, la acción de reembolso del mandato tiene a su favor que genera “intereses corrientes” lo que podría hacerla, en principio, una acción más atractiva para el José.

Caso pago de deuda ajena sin conocimiento del deudor

Juan debe al Banco de Chile la cantidad de \$100, sin embargo, su precaria situación económica le impide pagar la deuda. José, amigo de Juan, sin el conocimiento del éste, paga la deuda de su amigo para evitar que le embarguen los bienes.

Análisis del caso

En este caso se tiene que José pagó sin el consentimiento de Juan y, en consecuencia, no hay entre ellos una relación de mandato, José actuó como agente oficioso de Juan. En consecuencia, la norma del artículo 1610 n.º 3 no es aplicable y por tanto, no hay subrogación. La única acción de que dispone José para poder recuperar lo pagado es la acción de repetición propia de la agencia.

¿Por qué la ley no concede subrogación en este caso?

Según Alessandri, la ley no permite la subrogación personal ya que si se permitiera, se habría establecido una industria dedicada al pago de deudas ajenas y se daría cabida a la existencia de colusiones entre terceros y acreedores para pagar menos y luego subrogarse para exigir el pago del total de la deuda.

Se ha señalado también que subrogación no opera, si el tercero paga con dineros del deudor. En tal caso se entiende que el tercero es un diputado para el pago.

N.º 6 Del que ha prestado dinero al deudor para el pago; constando así en escritura pública del préstamo, y constando además en escritura pública del pago haberse satisfecho la deuda con el mismo dinero

Caso préstamo

Juan debe al Banco de Chile la cantidad de \$100.000.-, sin embargo, su precaria situación económica le impide pagar la deuda. José, amigo de Juan le presta los \$100.000.- para que pague la deuda. Se cumplen todos los requisitos formales exigidos por la ley.

Análisis del caso

En este caso tenemos que José prestó dinero a Juan para el pago de una deuda, como efecto del pago realizado por Juan no se extingue la obligación que tenía con el Banco, sino que un tercero, José, se subroga en los derechos del Banco de Chile para que en el evento en que Juan no le devuelva el dinero prestado, pueda ejercer la acción subrogatoria.

En consecuencia, José tiene dos acciones contra Juan para obtener el reembolso de lo prestado:



- (a) La acción subrogatoria que contempla el artículo 1610 n.º 6 del Código Civil, en virtud de la cual, se coloca en la misma posición jurídica del Banco de Chile y por tanto puede demandar a Juan por la cantidad debida al Banco.
- (b) La acción propia del mutuo para exigir el cumplimiento del contrato.

Este caso se diferencia de los planteados a propósito de los demás números del artículo 1610 del Código Civil en dos aspectos (1) No es un tercero el que paga al acreedor sino que es el propio deudor con dinero proporcionado por un tercero y (2) deben cumplirse con ciertas formalidades exigidas por la propia norma del artículo 1610 n.º 6.

Formalidades para que opere la subrogación personal en caso de préstamo

La formalidades que exige la ley para que se produzca la subrogación personal son las siguientes:

- (a) Que un tercero preste dinero al deudor.
- (b) Que el préstamo sea haga con la condición de que ese dinero sea utilizado para el pago de una deuda.
- (c) Que el deudor pague la deuda con el dinero prestado por el tercero.
- (d) Que conste en escritura pública:

1. El préstamo realizado por el tercero al deudor.
2. La condición de que el préstamo es exclusivamente para el pago de la deuda.
3. El pago de la deuda.
4. La constancia de que el pago se hizo con el dinero proveniente del préstamo realizado por el tercero.

En consecuencia, en aquellos casos en que el préstamo y el pago de la deuda se realicen en distintos tiempos es necesario que hayan dos escrituras públicas. Si tanto el préstamo como el pago de la deuda se realizan en un solo acto, basta una sola escritura pública.

En conclusión, se tiene que esta norma sólo es aplicable a las obligaciones de dinero.

Fundamento de la norma

Esta norma tiene mucha utilidad porque permite al deudor conseguir con mayor rapidez un préstamo para el pago de una deuda. El tercero se encontrará más protegido porque además de la acción del mutuo, tiene la acción subrogatoria y, además, como su derecho consta en escritura pública tendrá un título ejecutivo en conformidad con el artículo 434 n.º 2 del Código de Procedimiento Civil.

Algunas consideraciones sobre la norma del artículo 1610 N.º 6

En Francia, este caso se regula como una hipótesis de “subrogación voluntaria consentida por el acreedor”. Esto es, es una hipótesis de subrogación convencional y no legal como en Chile.

Esta norma está relacionada con el artículo 1613 del Código Civil que señala:



“Si varias personas han prestado dinero al deudor para el pago de una deuda, no habrá preferencia entre ellas, cualesquiera que hayan sido las fechas de los diferentes préstamos o subrogaciones”.

2. Pago con subrogación convencional

(1) Concepto

La subrogación convencional se encuentra definida en el artículo 1611 del Código Civil:

“Se efectúa la subrogación en virtud de una convención del acreedor; cuando éste, recibiendo de un tercero el pago de la deuda, le subroga voluntariamente en todos los derechos y acciones que le corresponden como tal acreedor (...)”

En consecuencia, esta subrogación se produce cuando el acreedor subroga voluntariamente al tercero que le paga. En tal evento, el tercero se subroga en todos los derechos del acreedor pagado, colocándose en su misma situación jurídica.

La subrogación convencional tiene importancia en aquellos casos en que no opera la subrogación legal. Por ejemplo; cuando un tercero paga una deuda ajena sin el consentimiento del deudor. En tal hipótesis, no opera la subrogación legal del artículo 1610 N.º 5, ya que no hubo consentimiento del deudor. Este caso de agencia oficiosa está reconocido, expresamente, en el artículo 1575 del Código Civil.

“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”.

(2) Requisitos

1. Que un tercero pague una deuda ajena

Este pago debe ser con fondos propios del tercero, sino se entiende que es un diputado para el pago.

Se ha fallado que el acreedor no puede subrogar a un tercero que no le ha pagado.

2. Que el acreedor pagado subroque voluntariamente en sus derechos al tercero que le paga

Esta voluntad del acreedor debe ser expresada en términos formales y explícitos.

Se ha planteado un problema tratándose del mandato. ¿El mandato que confiere un poder al mandatario para recibir un pago incluye o no el poder de subrogar al tercero en los derechos del mandante?

Luis Claro Solar responde a esta pregunta efectuando una distinción:

- (i) Si es un poder general de administración se entiende que el poder de recibir el pago envuelve el



de subrogar al tercero en los derechos del mandante;

- (ii) Si es un poder especial para recibir un único pago, no se entiende que ese poder incluya la facultad de subrogar al tercero en los derechos del mandante.

3. La subrogación convencional debe cumplir con ciertas formalidades

- (i) El acreedor debe subrogar voluntariamente al tercero en el momento del pago, esto es, al momento de extenderse la carta de pago o recibo, según lo dispone el artículo 1611 del Código Civil en su última parte.

La subrogación no puede hacerse antes, debido a que con anterioridad no hay pago y, por tanto, no puede producirse la subrogación ya que esta es un efecto del pago.⁴

La subrogación tampoco puede producirse después debido a que, como ya se efectuó el pago, este extinguió la obligación y, por tanto, el acreedor ya no tendría ningún derecho en el cual subrogar al tercero.

- (ii) La subrogación convencional debe constar por escrito

La subrogación convencional debe constar por escrito, ya sea en escritura pública o privada. Esta exigencia se desprende del mismo artículo 1611 del Código Civil que emplea la expresión “carta de pago”.

- (iii) La subrogación convencional debe cumplir con las mismas formalidades que las establecidas para la cesión de créditos. Esto es, (1) entrega del título del subrogado al subrogante en conformidad con el artículo 1901 del Código Civil y (2) el tercero subrogante (cesionario) debe notificar al deudor, o bien, éste debe aceptar en conformidad con el artículo 1902 del Código Civil.

VI. EFFECTOS DEL PAGO CON SUBROGACIÓN

Los efectos de la subrogación, tanto legal como convencional, están señalados en el artículo 1612 inciso 1° del Código Civil.

“La subrogación, tanto legal como convencional, traspassa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal, como contra cualesquiera terceros, obligados solidaria o subsidiariamente a la deuda.”

En consecuencia, se tiene que el tercero se coloca en la misma posición jurídica del acreedor primitivo y, por lo tanto, la obligación se conserva con las mismas características, por ejemplo, si la obligación era mercantil continua siéndolo; se conservan las cauciones; se mantienen los títulos ejecutivos; los intereses; las medidas precautorias; si la obligación era plazo éste sigue corriendo; etc.

⁴ Con anterioridad al pago podría realizarse una cesión de créditos.



Sin embargo, es necesario hacer una mención más detallada respecto de los siguientes puntos:

1. Traspaso de los privilegios

Los privilegios se traspasan porque son inherentes al crédito. En la práctica ocurre un caso muy frecuente de traspaso de los privilegios,⁵ tratándose de los despachadores de aduanas. Estos funcionarios, en algunas oportunidades pagan los derechos de aduanas con fondos propios a nombre de algún importador de mercadería, en tal caso, subrogan al Fisco (ya que éste tiene un privilegio de primera clase en conformidad con el artículo 2472 n.º 9 del Código Civil) y así demandan a los importadores en caso de que no les reembolsen lo pagado.

2. Traspaso de las cauciones reales y personales

El traspaso de las cauciones opera de pleno derecho y, en consecuencia, no es necesario efectuar una nueva inscripción de la hipoteca. Sin embargo, siempre es conveniente realizar una anotación al margen de la inscripción.

3. Derechos del acreedor primitivo en atención a su persona

Como ejemplos de estos derechos son la suspensión de la prescripción, el fuero, la facultad del Fisco de cobrar en caso de mora intereses superiores a los legales respecto de ciertos créditos, etc.

Luis Claro Solar sostiene que sí se traspasan estos derechos debido a que el artículo 1612 del Código Civil no distingue. También así Meza Barros, quien señala que las normas de la prelación de créditos permiten el traspaso de los derechos inherentes a la persona, ya que los créditos de cuarta clase están establecidos en atención a la persona y se pueden traspasar.

Alessandri sostiene que esos derechos no pueden traspasarse porque son “prerrogativas intraspasables” y además, porque se podría llegar a conclusiones absurdas, como por ejemplo, que continúe la suspensión de la prescripción a favor del subrogado.

Abeliuk señala que es necesario hacer una distinción.

- (i) Prerrogativas personalísimas que han sido otorgadas al crédito en consideración a la calidad de la persona del acreedor, como por ejemplo, los intereses y los privilegios. Estas si se traspasarían al tercero que se subroga.
- (ii) Prerrogativas personalísimas que han sido otorgadas a la persona en consideración a su calidad, como por ejemplo, la suspensión de la prescripción y el fuero. Estas no se traspasarían.

4. Acciones propias del tercero que pagó

Al analizar los casos de subrogación legal, se pudo apreciar, que en muchas situaciones el tercero que paga

⁵ Este caso es señalado por Abeliuk.



tiene, además de la acción subrogatoria, otra acción que deriva de la relación que tiene éste con el deudor. Así por ejemplo, si hubo un préstamo del tercero al deudor, éste tiene la acción propia del mutuo; si el pago se realizó con el consentimiento del deudor, el tercero tiene la acción del mandato; si el pago lo realizó un fiador, éste tiene la acción de reembolso propia de la fianza.

En todos esos casos el tercero tiene que optar por el ejercicio de una de las dos acciones. Él determinará, en el caso concreto, que acción es más conveniente. Tendrá que considerar para su opción diversos factores, por ejemplo, (1) cuál de ellas está prescrita; (2) cuál tiene mejores garantías; (3) cuáles devengan intereses; etc.

5. Derecho o acción para reclamar el título

Al analizar la subrogación convencional, se vio que en cuanto a las formalidades, se sujetaba a las mismas reglas de la cesión de créditos y, por tanto, en conformidad con el artículo 1901 del Código Civil el acreedor (cedente) debía entregar al tercero que paga (cesionario) el título en que consta el crédito.

Sin embargo, en los casos de pago con subrogación legal, no existe una norma que obligue al acreedor a entregar el título al tercero que se subroga. La entrega de éste título tiene importancia ya que será indispensable a la hora de que el tercero entable una acción en contra del deudor para que este cumpla con su obligación.

La jurisprudencia ha señalado que el subrogado tiene una acción contra el acreedor para que le entregue el título.

6. Limitaciones de los efectos y renuncia

La norma del artículo 1612 del Código Civil, que establece los efectos del pago con subrogación, no es una norma de orden público y, por tanto, las partes pueden limitar sus efectos e incluso renunciar a ellos. Estas limitaciones y renuncia son aplicables tanto a los casos de subrogación legal como convencional.

Si se trata de un caso de subrogación legal es necesario que consientan tanto el acreedor primitivo como el tercero que se subroga. Si se trata de una subrogación convencional sólo se requiere de la voluntad del acreedor primitivo.

7. Efectos en caso de subrogación parcial

La subrogación puede ser total o parcial, será total cuando el tercero pague el total de la obligación del deudor, será parcial cuando el tercero pague sólo una parte de la deuda.

Los efectos en caso de subrogación parcial están señalados en el artículo 1612 inciso segundo del Código Civil.

“Si el acreedor ha sido solamente pagado en parte, podrá ejercer sus derechos,



relativamente a lo que se le reste debiendo, con preferencia al que sólo ha pagado una parte del crédito.”

De esta norma pueden extraerse dos conclusiones:

- (1) Tiene preferencia para el pago el acreedor primitivo con respecto al tercero que sólo pagó parcialmente.
- (2) El tercero que paga sólo una parte de la deuda, sólo puede dirigirse por ese monto contra el deudor. En otras palabras, se subroga sólo en el monto de lo pagado. Esta es una gran diferencia con la cesión de créditos, ya que en ésta última el cesionario se puede dirigir por el total contra el deudor cedido. Esto se debe a que la cesión es un negocio especulativo y perfectamente el adquirente del crédito puede pagar por él un precio menor que el que corresponda a su valor y, en consecuencia, ganar dinero en el evento en que logre que el deudor le pague la totalidad del crédito.

Diferencias entre el pago con subrogación y la cesión de créditos

CESIÓN DE CRÉDITOS		PAGO CON SUBROGACIÓN
1. Fuente	Nace de un acuerdo de voluntades, un contrato; ya sea compraventa, permuta o donación.	La subrogación legal no nace de un acuerdo de voluntades sino de la ley, salvo, la subrogación convencional.
2. Derechos	El cesionario sólo tiene los derechos que el cedente le haya cedido en virtud de la cesión.	En el pago con subrogación, además de los derechos del acreedor (1612), el que paga tiene los derechos y acciones que emanan de la relación jurídica que lo une con el deudor (Ej. mandato, agencia oficiosa, mutuo).
3. Evicción	En la cesión a título oneroso el cedente se hace responsable de la evicción.	En el pago con subrogación, el acreedor no se hace responsable de la evicción.
4. Crédito	El cesionario puede exigir la totalidad del crédito al deudor, ya que la cesión de créditos es un acto especulativo.	En el pago con subrogación, el tercero que paga sólo puede cobrar al deudor el monto de lo pagado (puede ocurrir que el tercero pague una cantidad menor que el monto del crédito).
5. Solemnidades	Es un acto solemne, por lo que se perfecciona por el cumplimiento de las formalidades prescritas por la ley. (1901 y 1902).	El pago con subrogación no requiere de formalidad alguna, salvo: (1) 1610 n.º 6 y (2) subrogación convencional.
6. Efecto (cuando son parciales)	Si la cesión de créditos es parcial, el cedente y el cesionario quedan en igualdad de condiciones para pagarse en la parte del crédito que les corresponda.	Si la subrogación es parcial, el acreedor primitivo que ha sido pagado en parte puede ejercer sus derechos sobre el deudor con preferencia al tercero que pago parcialmente. (1612)
7. Acciones personales	En la cesión de créditos sólo se traspasa al cesionario los derechos, acciones, privilegios, prendas o hipotecas, del acreedor cedente, pero no las acciones personales de éste.	En el pago con subrogación el tercero que paga se subroga en el crédito con todos su privilegios y garantías incluso, con las acciones personales.



CAPITULO III

PAGO POR CESIÓN DE BIENES

I. INTRODUCCIÓN

El pago por cesión de bienes se encuentra regulado en los artículos 1614 y siguientes del Código Civil y en los artículos 241 y siguientes de la Ley de Quiebras.⁶

Este pago tiene aplicación cuando el deudor es insolvente y por tanto no puede pagar íntegramente su obligación. Es un beneficio que le da la Ley permitiéndole hacer una cesión de sus bienes al acreedor para que su obligación se extinga hasta el monto del valor de los bienes dados en cesión. Aquello que no se alcance a cubrir con la cesión, permanece debiéndolo el deudor con beneficio de competencia.

II. CONCEPTO

El pago por cesión de bienes se encuentra definido en el artículo 1614 del Código Civil:

“La cesión de bienes es el abandono voluntario que el deudor hace de todos los suyos a su acreedor o acreedores, cuando, a consecuencia de accidentes inevitables, no se halla en estado de pagar sus deudas”.

III. REQUISITOS

- (1) El deudor debe estar en insolvencia.
- (2) El deudor debe haber caído en insolvencia, debido a accidentes inevitables que no le son imputables, es decir, por causales fortuitas se encuentra imposibilitado de pagar sus deudas.
- (3) Al deudor no le debe ser aplicable la Ley de Quiebras. Por tanto,
 - (a) No debe ser un deudor que ejerza una actividad comercial, industrial, minera o agrícola, debido a que, en conformidad con el artículo 41 de la Ley de Quiebras, está obligado a declarar su propia quiebra, y
 - (b) El deudor no debe encontrarse en las hipótesis del artículo 43 n.º 2 y 3 de la Ley de Quiebra.

⁶ La Ley de Quiebras se encuentra en el apéndice las Código de Comercio.



IV. CARACTERÍSTICAS

- (1) Es un privilegio personalísimo. Por tanto, no aprovecha a (a) codeudores subsidiarios o (b) solidarios ni (c) al que aceptó la herencia del deudor sin beneficio de inventario.

Así se desprende del artículo 1623 del Código Civil:

“La cesión de bienes no aprovecha a los codeudores solidarios o subsidiarios, ni al que aceptó la herencia del deudor sin beneficio de inventario”

- (2) Es un privilegio irrenunciable. De lo contrario, todos los acreedores exigirían su renuncia con un evidente perjuicio para los deudores.

Así se desprende del artículo 1615 del Código Civil:

“Esta cesión de bienes será admitida por el juez con conocimiento de causa, y el deudor podrá implorarla no obstante cualquier estipulación en contrario”

- (3) Es universal. Comprende todos los bienes, derechos y acciones del deudor, excepto los inembargables que se encuentran enumerados en el artículo 1618 del Código Civil.⁷

V. PROCEDIMIENTO

El procedimiento del pago por cesión de bienes es diferente si la cesión se realiza a un acreedor o si se realiza a varios acreedores.⁸

(1) Procedimiento de cesión de bienes a un sólo acreedor

Es necesario distinguir si ya se ha iniciado o no un juicio ejecutivo en contra del deudor.

(a) Ya se ha iniciado un juicio ejecutivo en contra del deudor

El deudor sólo puede hacer la solicitud de cesión de bienes dentro del plazo de 6 días contados desde el requerimiento de pago. Se pondrá en conocimiento al acreedor para que éste en el plazo de 6 días exprese si acepta o no la cesión. Si existe oposición, ésta se tramitará conforme a las reglas del juicio sumario.

(b) No se ha iniciado un juicio ejecutivo en contra del deudor

⁷ Entre esos bienes se destacan: (1) Las dos terceras partes del salario de los empleados en servicio público, de los montepíos, pensiones remuneratorias del Estado y pensiones alimenticias forzosas, hasta un tope legal; (2) la cama del deudor, su cónyuge e hijos que vivan con él y la ropa necesaria para el abrigo de éstas personas; (3) los libros del deudor relativos a su profesión, hasta un tope; (4) los artículos de alimento y combustible que existan en poder del deudor que permitan la subsistencia de él y su familia por un mes; (5) la propiedad de los objetos que posee fiduciariamente; (6) los derechos cuyo ejercicio es enteramente personal, como los de uso y habitación. (7) los bienes raíces donados o legados con la expresión de no embargables, siempre que se haya hecho constar su valor al tiempo de la entrega por tasación aprobada judicialmente; pero podrán embargarse por el valor adicional que después adquirieran.

⁸ Esta materia se encuentra regulada en los artículos 242 a 250 de la Ley de Quiebras.



El deudor debe presentar una solicitud al tribunal para efectuar el pago con cesión de bienes. Esta solicitud se pone en conocimiento del acreedor para que en el plazo de 6 días exprese si acepta o no la cesión. Si existe oposición, ésta se tramitará conforme a las reglas del juicio sumario.

Aceptada la cesión por anuencia del acreedor o por resolución del tribunal, podrá el acreedor dejar al deudor la administración de los bienes y hacer con él los arreglos que estime convenientes. A falta de este acuerdo, se procederá a la realización de los bienes cedidos en conformidad a las reglas del procedimiento de apremio del juicio ejecutivo.

El acreedor desempeñará las funciones de depositario, y tendrá además la representación judicial y extrajudicial de los derechos del deudor en todos los asuntos que afecten a los bienes cedidos; pero no podrá celebrar transacciones ni compromisos voluntarios sin la anuencia del deudor.

Los fondos que se obtengan de la realización de los bienes se aplicarán al pago del crédito, a medida que se perciban, sin más trámite. El acreedor rendirá cuenta de su administración como en el caso del depositario de los bienes embargados en el juicio ejecutivo.

Si el deudor tuviere la libre administración de los bienes, podrá entregar desde luego al acreedor, en pago de su obligación, los que comprendan la cesión, apreciados de común acuerdo. Si entre los bienes cedidos hubiere alguno de la clase que se menciona en el inciso segundo del artículo 1801 del Código Civil,⁹ el acuerdo deberá reducirse a escritura pública.

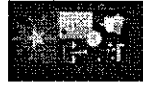
(2) Procedimiento de cesión de bienes a varios acreedores

En este caso, al darse curso a la solicitud en que se haga la cesión de bienes, el tribunal dispondrá:

1. La designación, en calidad de depositario, de un síndico de la nómina nacional, para que se reciba de los bienes y documentos del deudor, bajo inventario confeccionado ante el secretario del tribunal o el ministro de fe que el juez designare;
2. Que todos los acreedores residentes en el territorio de la República se presenten, dentro del plazo de treinta días, con los documentos justificativos de sus créditos, bajo apercibimiento de proseguirse la tramitación sin volver a citar a ningún ausente;
3. Que se despachen las correspondientes cartas aéreas certificadas para hacer saber la cesión a los acreedores que se hallen fuera de la República, ordenándoles que en el término de emplazamiento, que se expresará en cada carta, comparezcan con los documentos justificativos de sus créditos, bajo el apercibimiento de proseguirse la tramitación sin volver a citar a ningún ausente.
4. Que se notifique la cesión de bienes al síndico y a los acreedores. El síndico tendrá un plazo de 15 días contados desde la notificación de la cesión para informar al tribunal sobre las causas del mal estado de los negocios del deudor. Éste informe se notificará a los acreedores por avisos.

El artículo 1616 del Código Civil impone al deudor la obligación de probar su inculpabilidad. Esto es, el tiene la carga de la prueba. Ese artículo establece lo siguiente:

⁹ Se refiere a la venta de bienes raíces, servidumbres, censos y la de una sucesión hereditaria.



“Para obtener la cesión, incumbe al deudor probar su inculpabilidad en el mal estado de sus negocios, siempre que alguno de los acreedores lo exija.”

En consecuencia, los acreedores podrán exigir, dentro de un plazo,¹⁰ al deudor que pruebe su inculpabilidad en el mal estado de los negocios, o bien, rechazar la cesión en alguno de los casos que se señalan en el artículo 1617 del Código Civil. Si vencido el plazo los acreedores no han ejercido su derecho, el tribunal declarará aceptada la cesión de bienes y esa resolución se notificará por aviso.

La oposición de los acreedores a la cesión de bienes se sustanciará con audiencia del síndico y del deudor, con arreglo al procedimiento del juicio sumario.

Por regla general los acreedores están obligados a aceptar la cesión de bienes que le haga el deudor. Los únicos casos en que el deudor no está obligado y, por tanto, el acreedor puede rechazar la cesión de bienes, son los enumerados en el artículo 1617 del Código Civil.

El artículo 1617 del Código Civil señala lo siguiente:

“Los acreedores serán obligados a aceptar la cesión, excepto en los casos siguientes:

- 1.º Si el deudor ha enajenado, empeñado o hipotecado, como propios, bienes ajenos a sabiendas;
- 2.º Si ha sido condenado por hurto o robo, falsificación o quiebra fraudulenta;
- 3.º Si ha obtenido quitas¹¹ o esperas¹² de sus acreedores;
- 4.º Si ha dilapidado sus bienes;
- 5.º Si no ha hecho una exposición circunstanciada y verídica del estado de sus negocios, o se ha valido de cualquier otro medio fraudulento para perjudicar a sus acreedores.”

VI. EFECTOS

Para los efectos es necesario efectuar un distingo: (1) Efectos que produce la sentencia favorable al pago con cesión de bienes; (2) Efectos que produce la sentencia que rechaza el pago con cesión de bienes.

(a) Efectos que produce la sentencia favorable al pago con cesión de bienes.

El artículo 1619 del Código Civil consagra los efectos del pago por cesión de bienes, sin embargo, existen otros que se desarrollarán a continuación.

¹⁰ El plazo que tiene el acreedor para exigirle al deudor que pruebe su inculpabilidad en el mal estado de los negocios, o bien, rechazar la cesión está señalado en el artículo 248 de la Ley de Quiebras en relación con el 246 n.º 3 y 4 de la misma Ley. En consecuencia, el plazo es de 36 días contados desde la notificación de la cesión para los acreedores que residan en el territorio de la República y para los acreedores que residan en el extranjero el plazo variará según la tabla de emplazamiento, el que será en todo caso aumentado en 6 días.

¹¹ Por “quitas” se entiende una rebaja de deuda.

¹² Por “esperas” se entiende una prórroga del plazo.



(1) El deudor queda libre de todo apremio personal

Este efecto lo establece el artículo 1629 en su número 1. Sin embargo, si se toma en consideración que la prisión por deudas en nuestro ordenamiento jurídico ya no existe, este efecto ha dejado de tener importancia. En realidad, la institución del pago por cesión de bienes, con anterioridad se caracterizaba por este efecto, luego, la cesión ha dejado de tener la importancia que antes tenía.

(2) Las deudas se extinguen hasta la cantidad en que sean satisfechas con los bienes cedidos

Este efecto lo establece el artículo 1619 en su número 2.

(3) Subsiste la obligación de pagar la diferencia

Este efecto lo establece el artículo 1619 en su número 3.

“Si los bienes cedidos no hubieren bastado para la completa solución de las deudas, y el deudor adquiere después otros bienes, es obligado a completar el pago con éstos.”

Por su parte, la Ley de Quiebras señala en su artículo 254 lo siguiente:

“La obligación que el número 3.º del artículo 1619 del Código Civil impone al deudor prescribirá en el plazo cinco años contados desde que se haya aceptado la cesión.”

(4) El deudor goza del beneficio de competencia para el pago de la cantidad no comprendida en la cesión

Este efecto lo establece el artículo 1626 n.º 6

“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.”

(5) La cesión no transfiere la propiedad

Este efecto se desprende del artículo 1619 inciso final, en su primera parte:

“La cesión no transfiere la propiedad de los bienes del deudor a los acreedores (...)”.

En consecuencia, el deudor pierde el derecho de dominio sobre los bienes dados en cesión sólo cuando los bienes son adquiridos por un tercero en el remate que se produce a consecuencia de la cesión de bienes.

Debido a que el deudor no pierde el derecho de dominio, se desprenden las siguientes consecuencias:

- (a) Si el producto de los bienes obtenido en el remate es superior al monto de la deuda, el excedente pertenece al deudor.



- (b) El deudor puede arrepentirse de la cesión.

Así lo establece el artículo 1620 del Código Civil:

“Podrá el deudor arrepentirse de la cesión antes de la venta de los bienes o de cualquiera parte de ellos y recobrar los que existan, pagando a sus acreedores”.

Se entiende que el deudor deberá pagar lo adeudado, más los intereses y las costas.

(6) El deudor pierde la facultad de disposición

En conformidad con lo establecido en el artículo 1619 inciso final, en su segunda parte, el deudor pierde la facultad de disposición sobre sus bienes.

“La cesión no transfiere la propiedad de los bienes del deudor a los acreedores, sino sólo la facultad de disponer de ellos y de sus frutos hasta pagarse de sus créditos.”

Como consecuencia de lo anterior, se tiene que son nulos todos los actos ejecutados por el deudor sobre sus bienes. Así lo dispone el artículo 2467 del Código Civil.

“Son nulos todos los actos ejecutados por el deudor relativamente a los bienes de que ha hecho cesión, o de que se ha abierto concurso a los acreedores.”

(7) El deudor pierde la facultad de administración

Del artículo 1619 inciso final también se desprende que el deudor pierde la facultad de administración.

(8) Procede la acción pauliana o revocatoria

En conformidad con el artículo 2468 del Código Civil es procedente la acción pauliana o revocatoria en aquellos casos en que el deudor haya enajenado bienes con anterioridad a la cesión, provocándole un perjuicio a los acreedores.

Por su parte, el artículo 243 del la Ley de Quiebras señala lo siguiente:

“Con respecto a los actos o contratos ejecutados o celebrados por el deudor que ha hecho cesión de bienes, se aplicará lo dispuesto en los artículos 2467 y 2468 del Código Civil.”

(9) Se produce la caducidad del plazo

Así lo establece el artículo 1496 n.º 1

“El pago de la obligación no puede exigirse antes de expirar el plazo, si no es:
1.º Al deudor constituido en quiebra o que se halla en notoria insolvencia.”

(10) Se produce la nulidad del pago realizado al deudor en fraude a los acreedores

Este efecto lo establece el artículo 1578 n.º 3 del Código Civil.



“El pago hecho al acreedor es nulo en los casos siguientes:

3.º Si se paga al deudor insolvente en fraude de los acreedores a cuyo favor se ha abierto concurso.”

Por tanto, para que se produzca este efecto, se requiere que el pago se haya realizado en fraude a los acreedores.

(11) Se produce la acumulación de autos

En conformidad con las reglas generales, se produce la acumulación de autos respecto de las causas conocidas por todos los tribunales chilenos respecto del fallido.

(b) Efectos que produce la sentencia que rechaza el pago con cesión de bienes.

En conformidad con el artículo 251 inciso primero de la Ley de Quiebras, el tribunal declarará la quiebra de oficio.

“La sentencia que rechace la cesión de bienes declarará, a la vez, la quiebra del deudor.”

El artículo 252 de la Ley de Quiebras señala:

“La sentencia que rechace la cesión y declare la quiebra no será susceptible del recurso especial de reposición, pero podrá interponerse en su contra el recurso se apelación.”

En conclusión, si se rechaza la cesión de bienes, se declara la quiebra, lo que tiene importancia ya que las causales por las cuales se puede rechazar la cesión pueden producir una quiebra culpable.



CAPITULO IV

PAGO CON BENEFICIO DE COMPETENCIA

I. INTRODUCCIÓN

El pago con beneficio de competencia se encuentra regulado en los artículos 1625 a 1627 del Código Civil. Es un beneficio personalísimo que se concede a ciertas personas para que paguen sólo lo que realmente puedan.

II. CONCEPTO

El pago con beneficio de competencia se encuentra definido en el artículo 1625 del Código Civil.

"*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".

La norma al referirse a lo indispensable, se refiere a lo competente. De ahí el nombre del beneficio de competencia.

III. BENEFICIARIOS

Los beneficiarios están enumerados en el artículo 1626 del Código Civil.

"El acreedor es obligado a conceder este beneficio a:

- 1.º A sus descendientes o ascendientes; no habiendo éstos irrogado al acreedor ofensa alguna de las clasificadas entre las causas de desheredación;
- 2.º A su cónyuge; no estando divorciado por su culpa;
- 3.º 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;
- 4.º A sus consocios en el mismo caso; pero sólo en las acciones recíprocas que nazcan del contrato de sociedad;



5.º Al donante; pero sólo en cuanto se trata de hacerle cumplir la donación prometida;

6.º 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”.

De éste último número del artículo 1619 se puede concluir que el deudor de buena fe que haya hecho cesión de bienes podrá oponer el beneficio de competencia cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- (1) Se persigan bienes adquiridos por el deudor con posterioridad a la cesión de bienes.
- (2) Las deudas deben haber sido contraídas con anterioridad a la cesión de bienes.
- (3) Las deudas deben haber sido comprendidas en la cesión de bienes.
- (4) Los acreedores que reclaman el pago deben haberlo sido al tiempo de la cesión de bienes. Sin importar si concurrieron o no al concurso.

IV. CARACTERÍSTICAS

- (1) Es una limitación o restricción del derecho del acreedor para exigir un pago íntegro al deudor.
- (2) Tiene un carácter alimenticio ya que tiene por finalidad proteger la subsistencia del deudor. Es por esta razón que el artículo 1627 no permite solicitar al mismo tiempo el beneficio de competencia junto con el derecho de alimentos.

“No se pueden pedir alimentos y beneficio de competencia a un mismo tiempo. El deudor elegirá”.

- (3) Es irrenunciable. De lo contrario siempre se exigiría su renuncia.
- (4) Tiene un carácter personalísimo. Así, sólo corresponde al deudor en cuyo beneficio la ley lo ha establecido. En consecuencia, no puede cederse ni transmitirse.
- (5) Puede oponerse como excepción al juicio ejecutivo sin necesidad de declaración previa de su existencia en juicio de lato conocimiento.¹³

¹³ Así lo señala el artículo 464 N.º7 Código de Procedimiento Civil.



CAPITULO V

DACIÓN EN PAGO

I. INTRODUCCIÓN

La dación en pago no esta incluida en la enumeración del artículo 1567 del Código Civil, ni tampoco ha sido regulado por la ley. Hoy ya no se discute si es o no un modo de extinguir las obligaciones, sin embargo, aún permanece la disputa acerca de cuál es su naturaleza jurídica.

II. CONCEPTO

La dación en pago se puede definir como un modo de extinguir las obligaciones que consiste en la entrega consentida por el acreedor de una cosa distinta de la debida. En otras palabras se podría decir que es un cumplimiento por equivalencia consentido por las partes.

III. LA DACIÓN EN PAGO ES ADMITIDA EN EL DERECHO CHILENO

La dación en pago es admitida en el ordenamiento jurídico chileno. Existen dos fundamentos:

- (a) Interpretación a contrario sensu del artículo 1569 inciso segundo del Código Civil.

“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.”

- (b) La autonomía de la voluntad. Esto es, si libremente consienten tanto el acreedor como el deudor en que se cambie el objeto de la prestación, no hay razón alguna para no permitirla.

IV. CASOS DE DACIÓN EN PAGO EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

A continuación se enunciarán los casos que generalmente la doctrina ha relacionado con la dación en pago. En todo caso, no existe total acuerdo sobre todos ellos.

1. **Artículo 2382 del Código Civil. Fianza.**

“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.”

2. **Artículo 2397 del Código Civil. Prenda.**



“El acreedor prendario tendrá derecho de pedir que la prenda del deudor moroso se venda en pública subasta para que con el producido se le pague; o que, a falta de postura admisible, sea apreciada por peritos y se le adjudique en pago, hasta concurrencia de su crédito; sin que valga estipulación alguna en contrario, y sin perjuicio de su derecho para perseguir la obligación principal por otros medios.”

3. Artículo 2424 del Código Civil. Hipoteca.

“El acreedor hipotecario tiene para hacerse pagar sobre las cosas hipotecadas los mismos derechos que el acreedor sobre la prenda.”

4. Artículo 1773 del Código Civil. Sociedad conyugal.

“La mujer hará antes de que el marido las deducciones de que hablan los artículos precedentes; y las que consistan en dinero, sea que pertenezcan a la mujer o al marido, se ejecutarán sobre el dinero y muebles de la sociedad, y subsidiariamente sobre los inmuebles de la misma.

La mujer, no siendo suficientes los bienes de la sociedad, podrá hacer las deducciones que le correspondan, sobre los bienes propios del marido, elegidos de común acuerdo. No acordándose elegirá el juez.”

5. Artículo 1792-2 del Código Civil. Participación en los gananciales.

“En el régimen de participación en los gananciales los patrimonios del marido y de la mujer se mantienen separados y cada uno de los cónyuges administra, goza y dispone libremente de lo suyo. Al finalizar la vigencia del régimen de bienes, se compensa el valor de los gananciales obtenidos por los cónyuges y éstos tiene derecho a participar por mitad en el excedente.”

6. Artículo 1913 n.º 2 del Código Civil. Cesión de derechos litigiosos.

“El deudor no será obligado a pagar al cesionario sino el valor de lo que éste haya dado por el derecho cedido, con los intereses desde la fecha en que se haya notificado la cesión al deudor. (...)

Exceptúanse asimismo las cesiones hechas:

2.º A un acreedor en pago de lo que le debe el cedente.”

7. Artículo 125 del Código de Comercio. Entrega de documentos al portador.

“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 pagados.”

8. Artículo 12 de la ley de Letras de Cambio y Pagarés.

“El giro, aceptación o transferencia de una letra no extinguen, salvo pacto expreso, las relaciones jurídicas que les dieron origen, no producen novación.

El pago de una letra emitida, aceptada o endosada para facilitar el cobro de una obligación o para garantizarla, la extingue hasta la concurrencia de lo pagado.”



9. Artículo 76 n.º 2 de la Ley de Quiebras.

“Son inoponibles a la masa los siguientes actos o contratos ejecutados o celebrados por el deudor desde los 10 días anteriores a la fecha de la cesación de pagos y hasta el día de la declaración de quiebra:

2. Todo pago de deuda vencida que no sea ejecutado en la forma estipulada en la convención. La dación en pago de efectos e comercio equivale a pago en dinero, y (...).”

10. Artículo 245 de la Ley de Quiebras.

“Si el deudor tuviere la libre administración de sus bienes, podrá entregar desde luego al acreedor, en pago de su obligación, los que comprenda la cesión, apreciados de común acuerdo.”

11. Artículo 499 y 500 del Código de Procedimiento Civil.

Artículo 499 del Código de Procedimiento Civil.

“Si no se presentan postores en el día señalado, podrá el acreedor solicitar cualesquiera de estas dos cosas, a su elección:

- 1ª Que le adjudiquen por los dos tercios de la tasación los bienes embargados; y
- 2ª Que se reduzca prudencialmente por el tribunal el avalúo aprobado. La reducción no podrá exceder de una tercera parte de éste avalúo.”

Artículo 500 del Código de Procedimiento Civil.

“Si puestos a remate los bienes embargados por los dos tercios del nuevo avalúo, hecho de conformidad al número 2.º del artículo anterior, tampoco se presentan postores, podrá el acreedor pedir cualesquiera de estas tres cosas, a su elección:

- 1ª Que se le adjudiquen los bienes por los dichos dos tercios;
- 2ª Que se pongan por tercera vez a remate, por el precio que el tribunal designe; y
- 3ª Que se le entreguen en prenda pretoria.”

V. NATURALEZA JURÍDICA DE LA DACIÓN EN PAGO

Se ha discutido sobre este punto intensamente en la doctrina. Se han postulado diferentes teorías para precisar cual es la naturaleza jurídica de la dación en pago. Determinar su naturaleza jurídica tiene importancia, principalmente, para poder saber cual es la normativa aplicable.

Estas teorías se analizarán a continuación.

(a) Compraventa

Pothier sostuvo que la dación en pago era una compraventa. La principal finalidad por la que se sostuvo que la dación en pago era una compraventa era poder hacer responsable al deudor por la entrega del bien al acreedor. De ésta forma, tras su asimilación a la compraventa, se permitía que el deudor respondiera de la evicción.



De ésta forma se tiene que el modo de extinguir las obligaciones que operaría sería la compensación. Entonces, la obligación del deudor se compensa con el precio debido por el acreedor en el contrato de compraventa

La jurisprudencia rechaza esta calificación de la dación en pago.

(b) Novación por cambio de objeto

Alessandri sostuvo que la dación en pago es una novación por cambio de objeto. Es más, señala que el ejemplo típico de la novación por cambio de objeto es la dación en pago.

Se han formulado dos críticas a esta teoría.

- (1) No nace una nueva obligación. En la novación es indispensable el nacimiento de una nueva obligación lo que no ocurre en la dación en pago.
- (2) No hay *animus novandi*.

Alessandri responde a éstas críticas señalando que si existe una nueva obligación, pero que sólo duraría un instante desde el momento de la convención hasta el momento del pago.

(c) Modalidad del pago

Somariva sostiene que es una modalidad del pago. Tiene importancia, porque de ser así, se aplicarían las normas del pago.

Esta teoría tiene como argumento a su favor el tenor literal del artículo 76 n.2 De la Ley de Quiebras.

- “Son inoponibles a la masa los siguientes actos o contratos ejecutados o celebrados por el deudor desde los 10 días anteriores a la fecha de la cesación de pagos y hasta el día de la declaración de quiebra:
2. Todo pago de deuda vencida que no sea ejecutado en la forma estipulada en la convención. La dación en pago de efectos e comercio equivale a pago en dinero, y (...)”

Este teoría ha sido acogida por la jurisprudencia y también la comparte Ramos Pazos.

Se ha formulado como crítica que la dación en pago es un cumplimiento por equivalencia y por tanto, al asimilarlo al pago se está asimilando al cumplimiento forzado con el cumplimiento por equivalencia.

(d) Figura autónoma

Hasta ahora se ha sostenido que la dación en pago no es un modo autónomo de extinguir las obligaciones. Se ha dicho que cuando ella ocurre el modo de extinguir las obligaciones es otro, ya sea la compensación, novación o pago, según la teoría de que se trate.

Abeljuk sostiene que la dación en pago es un modo de extinguir las obligaciones. Lo define como “una convención que establece un cumplimiento por equivalencia libremente convenido por acreedor y deudor.”

I. Requisitos



- (1) Debe existir una obligación entre el acreedor y deudor
- (2) El deudor debe cumplir con su obligación entregando una prestación diferente a la acordada
- (3) Consentimiento y capacidad de las partes

Consentimiento. En esta materia tiene mucha importancia determinar cual es la naturaleza jurídica de la dación en pago. Así ¿puede pagar por dación en pago un tercero extraño sin el consentimiento del deudor? Si se determina que la dación en pago es una modalidad del pago, las normas de éste le son aplicables y, en consecuencia, sería válido ese pago. Se ha señalado que en la dación en pago se requiere del consentimiento del deudor ya que es una convención.

Capacidad. Es necesaria capacidad para poder transferir el dominio.

- (4) *Animus solvendi.*

Esta intención consiste en el ánimo de extinguir una obligación anterior.

- (5) Solemnidades especiales.

En principio la dación en pago no está sujeta a ninguna formalidad. Es un acto jurídico consensual. Sin embargo, como es un título traslativo de dominio, cuando la dación en pago incluya un bien raíz, es necesario efectuar la correspondiente inscripción en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes raíces que corresponda.

VI. EFFECTO DE LA DACIÓN EN PAGO

El efecto natural de la dación en pago en extinguir la obligación.

El deudor siempre deberá responder de la evicción por el bien dado en dación en pago, con independencia de la naturaleza jurídica que se le atribuya. Esto se debe a que las normas sobre evicción en materia de compraventa se aplican por analogía a todo traspaso oneroso.



CURSO DE OBLIGACIONES

DERECHO CIVIL III

MODOS DE EXTINGUIR LAS OBLIGACIONES*

-
- * Este material ha sido preparado por el profesor Rodrigo Gil para su curso de Derecho Civil III. Obligaciones 2007. Este texto es material de lectura obligatoria para la preparación de las clases. Asimismo, este material se encuentra en proceso de revisión para la edición de una nueva versión, por lo que cualquier comentario o sugerencia será agradecida por el autor. Adicionalmente se incluye como material de lectura obligatoria unas secciones de la última edición del texto de Alessandri, Somarriva y Vodanovic.



NOVACIÓN

I. CONCEPTO

La novación se encuentra definida en el artículo 1628 del Código Civil.

“La novación es la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida.”

En consecuencia, la novación supone necesariamente dos obligaciones, una que se extingue y una nueva que nace en reemplazo de la anterior.

Estas dos obligaciones están íntimamente relacionadas. Se puede decir que ellas forman parte de un sólo todo. Ya que la obligación que nace lo hace porque la otra se extingue y ésta se extingue a causa del nacimiento de aquella.

En la novación el acreedor acepta el no pago de la obligación porque mediante ella obtendrá un nuevo crédito.

Etímológicamente, la palabra novación viene de la voz latina “*novare*” que significa “cambiar, hacer algo nuevo”.

II. NATURALEZA JURÍDICA

La novación tiene una naturaleza jurídica híbrida ya que produce un doble efecto: por un lado extingue la obligación primitiva y por otro da nacimiento a una nueva obligación. Así, se ha dicho que es una convención y un contrato.

III. CARACTERÍSTICAS

- (1) Carácter extintivo
- (2) Carácter sustitutivo
- (3) La novación es convención y contrato



(1) Carácter extintivo

La novación tiene un carácter extintivo ya que extingue la obligación anterior. En tal sentido, es un modo de extinguir las obligaciones, de los llamados modos equivalentes al pago o satisfactorios al acreedor.

(2) Carácter sustitutivo

En la novación es igualmente indispensable la existencia de una nueva obligación que reemplace a la anterior, si ello no ocurre no habrá novación sino que algún otro modo de extinguir, tal como el pago, la compensación, etc.

(3) La novación es convención y contrato

Ya se vio en la naturaleza jurídica de la novación que esta tiene una naturaleza híbrida y que, en tal sentido, Es una convención que extingue obligaciones, y al mismo tiempo es una convención que crea obligaciones, a saber, un contrato.

El artículo 1630 del Código Civil habla del “contrato de novación.”

En los casos en que la novación versa sobre una obligación de dar, es además, un título traslativo de dominio respecto de la nueva obligación.

IV. REQUISITOS DE LA NOVACIÓN

- (1) Sustitución de una obligación por otra
- (2) Diferencias sustanciales entre ambas obligaciones
- (3) Capacidad de las partes
- (4) Intención de novar
- (5) Formalidades

(1) Sustitución de una obligación por otra

En razón del carácter extintivo y sustitutivo de la novación es indispensable que exista una nueva obligación que sustituya o reemplace a la anterior.

Al ser un modo de extinguir obligaciones, es imprescindible que exista una obligación destinada a extinguirse. Asimismo, por las características propias de la novación debe crearse una nueva obligación que reemplace la anterior.

Sin embargo, es necesario analizar dos puntos relevantes sobre estas obligaciones: **(i)** ambas obligaciones deben ser válidas y **(ii)** las obligaciones no deben estar bajo condición suspensiva.



1. Ambas obligaciones deben ser válidas

Así lo dispone expresamente el artículo 1630 del Código Civil.

“Para que sea válida la novación es necesario que tanto la obligación primitiva como el contrato de novación sean válidos, a lo menos naturalmente.”

Esta norma se justifica debido a que si la obligación primitiva es nula, la nueva que la reemplaza va a carecer de causa. A su vez, si la nueva obligación es la que adolece de un vicio de nulidad, se borraría la extinción de la obligación primitiva, debido al efecto retroactivo de la nulidad.

Según Abeliuk, en el caso de un vicio que cause la nulidad relativa de la primitiva obligación, como esta puede confirmarse, la novación vendría a equivaler a un saneamiento de la nulidad relativa. Siempre que las partes hubieren sabido de la existencia del vicio.

2. Las obligaciones no deben estar bajo condición suspensiva

Esta exigencia la establece el artículo 1633 del Código Civil.

“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 este pendiente la condición.”

En consecuencia, ni la obligación primitiva ni la nueva obligación deben estar sujetas a una condición suspensiva, ya que si no se verifica la condición en la primera obligación esta nunca existirá y por tanto, la nueva obligación carecería de causa. A su vez, si no se verifica la condición en la nueva obligación esta tampoco existirá y por tanto, no se producirá el efecto de crear una nueva obligación.

Sin embargo, se tiene que esta norma puede ser suplida por la voluntad de la partes, acordando la resciliación de la primitiva obligación condicional y conviniendo nueva pura y simple o viceversa, casos en los cuales el resultado no es una novación.

El artículo 1633, en su inciso 2, establece esta posibilidad.

“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.”

(2) Diferencias sustanciales entre ambas obligaciones



Se entiende que existen diferencias sustanciales entre la obligación primitiva y la nueva obligación cuando varie uno de los elementos esenciales de la obligación y no uno meramente accidental.¹

Los elementos esenciales, sin los cuales, no hay novación son: (a) el objeto de la obligación; (b) el acreedor y (c) el deudor.

Se dice que la novación es objetiva, cuando lo que cambia, es la materia de la obligación (objeto), o sea, la prestación². En cambio, la novación es subjetiva cuando el elemento que varía es el acreedor o el deudor, o sea, los sujetos de la obligación.

Estas son, justamente, las clases de novación que pueden existir, que se analizarán más adelante.

En consecuencia, para que exista novación es indispensable, según la doctrina y jurisprudencia nacional, que cambie uno de los elementos de la esencia, no importando así la modificación de elementos accidentales.

(3) Capacidad de las partes

Este requisito, consiste básicamente en que el acreedor debe tener capacidad de disposición ya que va a extinguir un crédito y el deudor, en cambio, requiere sólo de la capacidad para obligarse.

Capacidad del mandatario: Puede la novación acordarse a través de mandatarios, pero en tal caso, es necesario analizar si éste tiene o no poder suficiente para novar. En conformidad con el artículo 1629 del Código Civil, el mandatario necesita alguno de los siguientes poderes:

- (i) Poder especial para novar; o,
- (ii) Poder de libre administración respecto de un determinado negocio del mandante en el cual incide la novación; o,
- (iii) Poder general de administración sobre todos los negocios del mandante. En tal caso, el mandatario sólo podrá novar las obligaciones que queden comprendidas en el giro ordinario de los negocios encomendados y por tanto, para todos los negocios que salgan de ese giro, se requerirá de un poder especial.³

(4) Intención de novar

¹ Sobre este punto Giorgi sostiene que "(...) es inútil distinguir entre variaciones introducidas en los elementos esenciales o accidentales de la primitiva obligación, para negar la novación en estas y admitirla en las primeras, porque hay modificaciones accidentales como el añadir o suprimir una condición, que indiscutiblemente produce novación(...)". Por otro lado, Pedro Jesús de Azurza, sostiene que también habría novación en la transformación de una obligación simple en alternativa y viceversa, ya que, en el fondo se estaría modificando el objeto de la obligación que es un elemento esencial.

² Como se verá más adelante, la novación objetiva también puede ser por cambio de causa.

³ Ver artículo 2132 del Código Civil.



El requisito de la intención de novar o *animus novandi* está consagrado expresamente en el Código Civil en su 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.”⁴

En consecuencia, no es necesario que se declare expresamente el ánimo de novar, pero sí es indispensable, que la intención de las partes sea indudable. En razón de esto se ha fallado que la intención de las partes puede ser expresa o tácita, pero no presunta.

La novación tácita⁵ que consagra este artículo se infiere de la norma puesto que subentiende la intención en aquellos casos en que “(...) la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua.”

En consecuencia, la novación tácita se entiende como la incompatibilidad entre la obligación posterior y la primitiva.⁶

El fundamento de esta norma, según Alessandri, es que “(...) en el derecho las renunciaciones no se presumen y la novación importa una renuncia del derecho del acreedor”.

Sin embargo, existe un caso de excepción en el que la intención de novar debe ser expresa y por tanto no se admite la voluntad tácita. Es el caso de la novación por cambio de deudor. Así lo establece el artículo 1635 del Código Civil.

“La substitución de un nuevo deudor a otro no produce novación, si el acreedor no expresa su voluntad de dar por libre al primitivo deudor. A falta de esta expresión, 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 parezca deducirse del tenor o espíritu del acto.”⁷

⁴ Este artículo recoge por un lado la tradición del derecho romano clásico al exigir que la intención de novar sea expresa y por otro la tradición del derecho romano post clásico al permitir la novación tácita. Así, consta en una nota manuscrita por Gabriel Ocampo, en su ejemplar personal del proyecto de Código Civil del año 1855. La nota dice así: “Este artículo adopta un sistema compuesto del antiguo derecho romano i del establecido por Justiniano. Exige como éste expresión del ánimo de novar, pero acepta la presunción indubitada como aquel.”

⁵ El Código Civil español también consagra la novación tácita. El artículo 1204 señala “Para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles”.

⁶ No cabe duda que nuestro código consagra la novación tácita debido a que en una nota al proyecto del Código Civil de 1853, Andrés Bello escribió sobre el artículo 1634 inciso primero lo siguiente: “¿Cómo pudiera dejar de haber novación si la antigua i la nueva obligación son incompatibles? Por ejemplo: Pedro debe a Juan el precio de una cosa que le ha comprado. Contratan luego que Pedro retenga el precio a título de mutuo. Queda consumado el contrato de venta, i pasa a la acción ex vendito la acción ex mutuo: las dos no pueden existir a un tiempo.” Este es un caso de novación objetiva tácita por cambio de causa que se utiliza para ejemplificar el artículo 1631 n.º 1. Este ejemplo fue tomado por Andrés Bello del teólogo jurista español Luis de Molina (1536-1600) que lo escribió en su *Tractatus de Iustitia et Iure*. A su vez, Molina tomó este ejemplo de la Ley 15, título 2º, Partida Quinta. Según la glosa efectuada por Gregorio López a esa Ley, se tiene que el fue tomado del Código de Justiniano.

⁷ El origen de esta disposición se encuentra en una Ley de las Partidas.



La Corte Suprema ha declarado que la determinación del ánimo de novar es una cuestión de hecho⁸ y que en caso de duda el juez deberá inclinarse en el sentido de que no hay ánimo de novar.

¿Qué ocurre en aquellos casos en que se determina que no existe intención de novar?

El inciso 2° del artículo 1634 señala que ocurre en estos casos.

“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.”

(5) Formalidades

La novación, en principio, no está sujeta a ninguna formalidad. Sólo lo estará en aquellos casos en que así lo exija la obligación que se contraiga. Por ejemplo, cuando la nueva obligación consiste en la entrega de un bien raíz, debe efectuarse la tradición por medio de la inscripción de la novación en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces correspondiente.

V. CLASIFICACIÓN DE LA NOVACIÓN

(1) Introducción

La novación puede ser objetiva o subjetiva. Es objetiva cuando cambia el objeto o la causa de la obligación. Es subjetiva cuando cambia la persona del deudor o del acreedor.⁹

Novación objetiva	Por cambio de objeto Por cambio de causa
Novación subjetiva	Pasiva: por cambio de deudor Activa: por cambio de acreedor

⁸ Esto tiene impo

⁹ La novación p
novación subjeti



(2) Evolución histórica

En el derecho romano, la novación, era la única manera en que podían producirse transformaciones o cambios en la obligación, ya que desde el momento en que se alteraba uno de los elementos, la obligación dejaba de existir para transformarse en otra de distinta naturaleza.

Sin embargo, hoy en día, se considera que el efecto extintivo de la novación, produce muchos inconvenientes ya que extingue todas las garantías de la obligación primitiva, lo que no es conveniente para el acreedor. Por lo tanto, se ha ido produciendo un desplazamiento de la figura de la novación hacia la aplicación práctica de otras que son más convenientes en razón de las mayores ventajas y facilidades que ofrecen.

Así se tiene que la novación objetiva se ha ido reemplazando por la figura de la dación en pago. La novación subjetiva por cambio de acreedor por la cesión de créditos y el pago con subrogación y, finalmente, la novación por cambio de deudor por la cesión o traspaso de deudas.¹⁰

Novación objetiva	Dación en pago
Novación subjetiva por cambio de acreedor	(a) Cesión de créditos (b) Pago con subrogación
Novación subjetiva por cambio de deudor	Asunción de deudas

En este sentido, se tiene que el Código Civil alemán eliminó de su reglamentación la institución, y el suizo lo siguió muy de cerca.

En opinión de Abeliuk, esta posición extrema del Código Civil alemán no se justifica y es por eso que los códigos posteriores como el polaco, brasileño, peruano e italiano conservan la figura de la novación pero en forma mucho más reducida que la existente en el Código Civil chileno.

¹⁰ En este último caso, el desplazamiento no es tan radical. La novación por cambio de deudor en la actualidad conserva su importancia práctica ya que es una manera eficiente de extinguir varias obligaciones de una sola vez.



Según Abeliuk, se justificaría mantener la novación, aunque más limitada, por dos razones:

- (a) Porque en virtud de la autonomía de la voluntad, las partes pueden desear que la obligación anterior se extinga, para liberar a la nueva de las cargas que ella tenía; por ejemplo, se debe un saldo de precio de una compraventa, y se extingue novatoriamente la deuda para que la compraventa no quede afecta a resolución.
- (b) Porque la cesión de deudas, que vendría a reemplazar a la novación subjetiva pasiva, tiene ciertas limitaciones que producen igualmente la extinción de la obligación primitiva. Es decir, en el fondo, igualmente se produciría una novación¹¹.

(3) Novación objetiva

1. Concepto

El artículo 1631 en su n.º 1 consagra la novación objetiva;

“La novación puede efectuarse de tres modos:

1.º Substituyéndose una nueva obligación a otra, sin que intervenga nuevo acreedor o deudor.”

Este artículo contempla dos hipótesis de novación objetiva (i) novación por cambio de objeto y (ii) novación por cambio de causa.

Se sostiene que este artículo contempla la hipótesis de novación por cambio de causa en razón del ejemplo que puso Andrés Bello para explicar el *animus novandi* del artículo 1634, que es un caso típico de cambio de causa en el que en vez de deberse una determinada suma de dinero como saldo de una compraventa se adeuda a título de mutuo.¹²

¿Por qué existe novación por cambio de causa? ¿Cuál es la importancia?

La importancia de la existencia de una novación por cambio de causa radica, justamente, en los efectos que produce la novación. Así, en el ejemplo planteado por Andrés Bello, como quedó extinguida la compraventa no puede ejercerse posteriormente la acción resolutoria ni interponerse la excepción de contrato no cumplido.

¹¹ Se ha señalado también que la novación presenta utilidad en situaciones de crisis económicas (novación de deudas bancarias). Y que además presenta utilidad para ceder un contrato, ya que, como en Chile no existe una figura que regule la cesión de contratos, se hace una cesión de derechos en cuanto al aspecto activo de la obligación, y en lo tocante al pasivo, una novación por cambio de deudor, ya que tampoco existe en Chile la cesión de deudas.

¹² El fundamento de porque un cambio en la causa produce la extinción de la obligación anterior se debe a que la causa debe entenderse como la fuente de las obligaciones y, por tanto, si desaparece la fuente desaparece también el efecto, esto es, las obligaciones.



2. Casos de modificación de la obligación que no importan novación.¹³

Los casos que producen sólo una modificación de la obligación y no importan novación están consagrados expresamente en el Código Civil y responden a modificaciones de elementos accesorios o secundarios de las obligaciones y, por tanto, no modifican su estructura jurídica.

Pueden clasificarse, según Abeliuk de la siguiente forma:

- 2.1. Aumentos o disminuciones en la prestación
- 2.2. Agregaciones o disminuciones de garantías
- 2.3. Modificaciones en las modalidades de la obligación
- 2.4. Sentencia judicial, transacción, reconocimiento de deuda
- 2.5. Otras modificaciones de la obligación

2.1. Aumentos o disminuciones en la prestación

Este caso lo consagra expresamente el artículo 1646 del Código Civil.

“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.”

Esta norma 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 cuando varía de tasa o si la primera no era reajutable y la segunda sí.

2.2. Agregaciones o disminuciones de garantías

No hay novación si se agrega una caución a una obligación o si se disminuyen las garantías de una obligación. Así, por ejemplo, si el acreedor renuncia a la hipoteca y la cancela, no hay novación¹⁴.

El artículo 1647 se refiere expresamente a cláusula penal.

¹³ Estos casos, en el derecho español son conocidos como casos de novación modificativa. Allá se reconoce, jurisprudencial y doctrinariamente, dos tipos de novación, una que produce un efecto extintivo y otra que sólo produce un efecto modificativo de la obligación. En cambio, en el ordenamiento jurídico chileno, sólo se aceptan la novación extintiva y, en consecuencia, los casos de modificación de una obligación no producen novación.

¹⁴ Cabe recordar que si la extinción o disminución del valor de las cauciones se ha producido por un hecho o culpa del deudor, se produce la caducidad del plazo en conformidad con el artículo 1496 del Código Civil.



“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 sin la pena. Mas si 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.”

En consecuencia, en el caso de la cláusula penal, para determinar si existe o no novación es necesario efectuar una distinción:

- (i) Si son exigibles, en caso de infracción conjuntamente la obligación principal y la pena, no hay novación.
- (ii) Si es exigible, en caso de infracción, solamente la pena, se entenderá que hay novación desde el momento en que el acreedor exige la pena.

Se ha fallado que 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 ya que la renuncia del acreedor a la hipoteca no constituye novación.

2.3 Modificaciones en las modalidades de la obligación

Se entiende que una modificación a una modalidad de una obligación no produce novación debido a que las modalidades son elementos accidentales.

El legislador precisó dos casos relativos al plazo.

(a) Ampliación del plazo

Este caso, lo consagra expresamente el Código Civil en su artículo 1649.

“La mera ampliación del plazo de una 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.”



Abeliuk advierte que en los casos de un aumento del plazo otorgado por el acreedor a un codeudor solidario afecta también a los demás codeudores solidarios, ello se debe a que cada codeudor solidario tiene la representación tácita de los otros.¹⁵

(b) Reducción del plazo

Este caso, lo consagra expresamente el Código Civil en su artículo 1650.

“Tampoco la mera reducción del plazo constituye novación; pero no podrá reconvenerse a los codeudores solidarios o subsidiarios sino cuando expire el plazo primitivamente estipulado.”^{16 y 17}

2.4 Sentencia judicial, transacción, reconocimiento de deuda

Estos casos, no producen novación, sino que implican, en la práctica, una modificación de la obligación y un fortalecimiento de ella en cuanto a su certidumbre, exigibilidad y ejecutabilidad.

(a) Sentencia judicial

Con la sentencia judicial no existe una nueva obligación, sino sólo un fallo que ordena cumplir con la obligación ya existente.

Se suele hablar, para este caso, de la existencia de una “novación acumulativa” ya que el acreedor uniría a los efectos propios de su obligación, los efectos que provienen de la sentencia judicial, en especial la cosa juzgada. Sin embargo, esto no es así, pues como se ha señalado, se trata de la misma obligación que se fortalece.

(b) Transacción

La transacción es un contrato en el que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual.¹⁸

Aquí también estamos en presencia de un fortalecimiento de la obligación y no de una novación, ya que es la misma obligación, sólo que se le agrega también el efecto de la cosa juzgada.

Sin embargo, como la transacción puede llevar envuelta ciertas concesiones recíprocas, perfectamente puede establecerse en la transacción una remisión parcial de la deuda (renuncia del

¹⁵ La situación recién descrita se debe a la aplicación de la “representación tácita y recíproca de los codeudores solidarios”.

¹⁶ Esta norma se refiere a los casos en que las partes voluntariamente convienen en disminuir un plazo pero no cuando se produce la caducidad del plazo.

¹⁷ En este caso, señala Abeliuk, no opera la representación tácita y recíproca de los codeudores solidarios por disposición expresa de la ley.

¹⁸ La transacción se encuentra definida en el artículo 2446 del Código Civil.



acreedor a una porción de sus derechos) e incluso una novación. Así lo señala expresamente el artículo 2461 inciso 2° del Código Civil.

“La transacción no surte efecto sino entre los contratantes.

Si son muchos los principales interesados en el negocio sobre el cual se transige, la transacción consentida por el uno de ellos no perjudica ni aprovecha a los otros; salvos, empero, los efectos de la novación en el caso de solidaridad.”

(c) Reconocimiento de deuda

En aquellos casos en que existía una obligación contraída en forma verbal y luego se pone por escrito, o si constaba en instrumento privado y luego se reduce a instrumento público, se produce un fortalecimiento de la obligación y no una novación. En estos casos se modifica el medio de prueba de la obligación.

2.5 Otras modificaciones de la obligación

(a) Circunstancias del pago

Este caso, lo establece expresamente el Código Civil en su artículo 1648 a propósito del cambio en el lugar del pago.

“La simple mutación de lugar para el pago dejará subsistente los privilegios, prendas e hipotecas de la obligación, y la responsabilidad de los codeudores solidarios y subsidiarios, pero sin nuevo gravamen.”

(b) Prenda de un crédito¹⁹

Abeliuk, por su parte sostiene que, a primera vista este caso puede confundirse con una novación por cambio de acreedor, pero esto no es así, sino que la persona que recibe el crédito en prenda no cobra como nuevo acreedor sino que como un representante ya que es diputado para el cobro del acreedor que es su deudor y para el sólo efecto de cobrar su crédito y pagarse del suyo propio.²⁰

Por otro lado, René Ramos Pazos agrega otros casos en que sólo se modifica una obligación y que por tanto no hay novación. Éstos están consagrados en leyes especiales o bien han sido reconocidos por la jurisprudencia.

1. No produce novación el giro, aceptación o transferencia de una letra de cambio

¹⁹ Así lo ha establecido la jurisprudencia. En RDIJ, t. 22 sec. 1, p. 388.

²⁰ En palabras de Somarriva, quien recibe en prenda un crédito, actúa como representante legal del dueño del crédito.



Este caso lo establece la ley 18.092, en su artículo 12, inciso primero:

“El giro, aceptación o transferencia de una letra no extinguen, salvo pacto expreso, las relaciones jurídicas que les dieron origen, no producen novación.”

2. No produce novación la entrega de un cheque o documentos que no se pagan

Así lo establece, respecto del cheque, la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques (DFL N° 707), en su artículo 37.

“El cheque girado en pago de obligaciones no produce novación de éstas cuando no es pagado.”

A su vez, el artículo 125 del Código de Comercio establece el mismo caso para el caso de los demás documentos al portador.

“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 pagados.”

3. No constituye novación la circunstancia de que el acreedor acepte abonos a cuenta de su crédito²¹
4. No constituye novación las facilidades de pago dadas por el acreedor²²
5. No hay novación en reducir a un pagaré un crédito contratado en cuenta corriente²³
6. Subsistencia de ambas obligaciones

El gran inconveniente de la novación es que implica la extinción de los accesorios de la obligación anterior. Abeliuk sostiene que puede superarse esa situación por medio de lo que él denomina “subsistencia de ambas obligaciones”.

La subsistencia de ambas obligaciones consistiría en que las partes acuerdan que la obligación primitiva se cumpla de una manera distinta a la convenida pero que hasta el momento del cumplimiento, subsista también la obligación primitiva. De esta forma la obligación se ha transformado en una obligación alternativa y, en consecuencia, el acreedor puede elegir entre el cumplimiento de la obligación primitiva con todas sus garantías o bien elegir el cumplimiento de la obligación posterior.

²¹ Así lo ha establecido la jurisprudencia. En RDJ, t. 21, sec. 2°, p. 461.

²² Así lo ha establecido la jurisprudencia. En RDJ, t. 21, sec. 2°, p. 461.

²³ Así lo ha establecido la jurisprudencia. En RDJ, t. 8, sec. 1°, p. 288.



Abeliuk, en apoyo a su tesis, argumenta que (i) el artículo 1634 inciso segundo señala que si no hay intención de novar se mirarán ambas obligaciones como coexistentes y (ii) coincide con la solución que da el artículo 1647 al tratar de la cláusula penal.

Finalmente, según el autor ya citado, este sería un caso de “modificación acumulativa de la obligación”.

7. Novación objetiva y dación en pago

La vinculación entre la novación objetiva y la dación en pago son innegables, ya que en ambas cambia el objeto de la prestación. Es por eso que Alessandri concibe a la dación en pago como el caso paradigmático de la novación objetiva. Sin embargo, esto se debe a que Alessandri entiende la naturaleza jurídica de la dación en pago como una novación, sin embargo, existen otras teorías que entienden la naturaleza jurídica de la dación en pago de una manera deferente, por ejemplo, hay quienes la asimilan a la compraventa y otros que le dan una naturaleza autónoma. En consecuencia, es necesario adoptar una postura sobre la naturaleza jurídica de la dación en pago.

Sin embargo, aunque se identifique a la dación en pago con la novación, se tiene que se tropieza con un gran obstáculo, cual es que en la dación en pago no hay *animus novandi* y además no nace una nueva obligación. Alessandri responde a este último punto señalando que si existiría una nueva obligación pero que sólo viviría un instante, el transcurso entre la convención y el pago.

Abeliuk señala que en un cambio en el objeto de la obligación nos podemos encontrar frente a una dación en pago o frente a una novación objetiva. Se estará frente a una dación en pago si se produce una alteración del objeto debido en el cumplimiento mismo de la obligación. En cambio, se estará frente a novación si se realiza una convención en la que se varíe el objeto debido sin que se realice de inmediato el cumplimiento y se acuerde en dar por extinguida la obligación anterior. En este último caso sino se acuerda en dar por extinguida la obligación anterior se estaría frente al caso de la subsistencia de obligaciones.²⁴

(4) Novación subjetiva

La novación subjetiva puede ser por cambio de acreedor o por cambio de deudor. En el primer caso se llama novación subjetiva activa y en el segundo novación subjetiva pasiva²⁵.

²⁴ De esta forma Abeliuk argumenta que la figura rectora en esta materia sería la dación en pago. La *dación en pago clásica* sería la que se produce cuando hay una alteración del objeto debido en el cumplimiento mismo de la obligación, la *dación en pago novatoria* cuando se realice una convención en la que se varíe el objeto debido sin que se realice de inmediato el cumplimiento y, además, se acuerde en dar por extinguida la obligación anterior. Finalmente, estaríamos en caso de una *dación en pago acumulativa* en el caso de la subsistencia de obligaciones.

²⁵ Para que estemos en presencia de una novación subjetiva se exige que cambie la persona del acreedor o del deudor. Esta institución no ha sido siempre así, en el derecho romano, bastaba con que variara cualquier persona que intervenía en la obligación para que se produjera una novación.



1. Novación por cambio de acreedor o novación activa

En este caso no varía ni la persona del deudor, ni la cosa debida. Lo único que varía es la persona del acreedor. Así el deudor en vez de deberle a su primitivo acreedor, le deberá a un tercero, con el cual va a contraer una nueva obligación, quedando en consecuencia, libre de la obligación que se extingue por novación.

La novación por cambio de acreedor está consagrada en el artículo 1631 del Código Civil en su N° 2:

“La novación puede efectuarse de tres modos:

2° Contrayendo el deudor una nueva obligación respecto de un tercero, y declarándole en consecuencia libre de la obligación primitiva el primer acreedor.”

Alessandri sostiene que la novación por cambio de acreedor tiene lugar “ordinariamente”, esto es, en la práctica, cuando el primer acreedor es a su vez deudor del segundo acreedor.

De esta forma se permite extinguir dos obligaciones a la vez. Así, Pedro le debe a Juan la cantidad de \$120.000.- Juan le debe a María también la cantidad de \$120.000.- Por medio de la novación por cambio de acreedor resulta que se acuerda que Pedro le pague directamente a María. De esta forma se extingue la obligación entre Pedro y Juan y entre Juan y María.

Esta novación exige un triple consentimiento: el del deudor²⁶, el del acreedor primitivo y el del nuevo acreedor.

Esta novación tiene muy poca aplicación en la práctica y ha sido reemplazada por la figura de la cesión de créditos²⁷ y el pago con subrogación.

2. Novación por cambio de deudor o novación pasiva²⁸

2.1 Concepto

La novación subjetiva pasiva, esto es, aquella en que existe un cambio en la persona del deudor se consagra en el artículo 1631 N° 3 del Código Civil.

²⁶ Esta es una diferencia fundamental entre la novación por cambio de acreedor y la cesión de créditos y el pago con subrogación, en donde no es necesario el consentimiento del deudor.

²⁷ Para la cesión de crédito ver el anexo N° 1 que se agrega al final de este material.

²⁸ Advertencia: La novación por cambio de deudor está muy relacionada con la figura de la “asunción de deudas”, también llamada “cesión de deudas”. En la doctrina nacional no existe acuerdo sobre la existencia en el ordenamiento jurídico chileno de la asunción de deudas. La asunción de deudas se desarrollará en el anexo n.º 2 que se agrega al final de este material. En todo caso, en el desarrollo de este capítulo, se citará cuando corresponda, las variaciones que se produzcan en el sistema en el evento de aceptarse la existencia de la asunción de deudas en el ordenamiento jurídico chileno.



“La novación puede efectuarse de tres modos:

3.º Substituyéndose un nuevo deudor al antiguo, que en consecuencia queda libre.”

Para Alessandri esta novación por cambio de deudor es frecuente en la práctica y sirve para extinguir diversas obligaciones, sin que haya desembolso de dinero. Así, al igual que en la novación por cambio de acreedor, presenta utilidad cuando las personas que intervienen en la obligación, son deudoras y creedoras unas de otras; de manera que con una sola operación se pueden extinguir varias obligaciones.

Por ejemplo, Pedro es deudor de Juan y éste último es deudor de Felipe. Aquí, por medio de la novación se extinguen dos obligaciones. Así, opera una novación por cambio de deudor en la medida en que a Felipe no le paga Juan sino que Pedro. Por otro lado, opera también una novación por cambio de acreedor. Pedro ya no le debe a Juan sino que a Felipe.

Para la novación por cambio de deudor se requiere del consentimiento del acreedor y del nuevo deudor, no así del deudor primitivo.²⁹

A continuación se desarrollarán y analizarán las tres voluntades recién enunciadas.

2.2 Consentimiento del acreedor

En relación con el consentimiento del acreedor pueden darse dos hipótesis. La primera que consista en dar por libre al primitivo deudor, caso en el cual se produce novación. La segunda, que el acreedor no consienta en dar por libre al primitivo deudor. En ese evento, no se produce novación sino que ad - promisión.

Estas dos hipótesis se desarrollarán a continuación.

(a) Que el acreedor consienta en dar por libre al primitivo deudor

Sólo en este supuesto se produce novación por cambio de deudor.³⁰

El Código Civil exige que el consentimiento dado por al acreedor debe ser expreso. Luego, no se acepta una intención de novar tácita y por tanto se hace excepción al artículo 1634 del Código Civil.³¹

²⁹ La no exigencia de la voluntad del deudor en materia de novación es conteste con la posibilidad de efectuar el pago incluso en contra de la voluntad del deudor. Para este punto ver artículo 1572 del Código Civil.

³⁰ Para aquella parte de la doctrina que sustenta la existencia de la asunción de deudas en el ordenamiento jurídico chileno, no siempre que el acreedor consienta en dar por libre al primitivo deudor se produce novación ya que las partes pueden acordar en que se mantenga entre el nuevo deudor y el acreedor el mismo vínculo jurídico que unía al primitivo deudor con el acreedor. Esa es justamente la hipótesis de la asunción de deudas, en donde cambia la persona del deudor pero se mantiene la misma obligación.

³¹ Este es un caso de excepción, ya que se exige que el *animus novandi* sea expreso.



Así lo señala expresamente el artículo 1635 del Código Civil:

“La substitución de un nuevo deudor a otro no produce novación, si el acreedor no expresa su voluntad de dar por libre al primitivo deudor. A falta de esta expresión 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 parezca deducirse del tenor o espíritu del acto.”

(b) Que el acreedor no consienta en dar por libre al primitivo deudor

Es indispensable el consentimiento del acreedor en dar por libre al primitivo deudor ya que es de la esencia de la novación que se extinga la obligación primitiva y nazca una nueva. Si el acreedor no consiente en dar por libre al primitivo deudor hay un caso de ad - promisión y no de novación. La ad - promisión se analizará en el número siguiente.

(c) Análisis de la figura de la ad - promisión

Alessandri señala que es muy frecuente que se produzca ad - promisión en la compra de propiedades hipotecadas. Así, cuando una persona compra una propiedad hipotecada y toma sobre sí la obligación de pagar la deuda hipotecaria que afecta a la propiedad habrá novación si el acreedor hipotecario (por ejemplo el Banco de Chile) consiente en dar por libre al primitivo deudor y acepta como nuevo deudor al comprador del inmueble hipotecado. La regla general, en la práctica es que los acreedores hipotecarios no acepten y por tanto, no habrá novación sino sólo ad - promisión.

En los casos de ad - promisión, se tiene que, como no hay novación, el primitivo deudor continúa obligado con el acreedor y el nuevo deudor (el tercero) ingresa a la relación jurídica ya existe asumiendo sobre sí también la obligación que recae sobre el primitivo deudor. En consecuencia, si el acreedor no consiente en la liberación del primitivo deudor (ad promisión) tendrá dos deudores contra los cuales dirigirse.

Para comprender de que forma se obliga el tercero para con el acreedor habrá que examinar el título correspondiente. En todo caso, el artículo 1635 en su segunda parte señala de que forma se entenderá obligado el tercero que ingresa a la relación como nuevo deudor:

1. El tercero puede ser un diputado por el deudor para hacer el pago.
2. El tercero puede ser un tener la calidad de deudor solidario o subsidiario del primitivo deudor.



3. Las partes pueden convenir de otra forma la responsabilidad que adquiere el nuevo deudor agregado a la obligación.³² Por ejemplo, el primitivo deudor puede tener la calidad de deudor subsidiario del nuevo deudor.

Como puede apreciarse, al acreedor le convendrá en no dar por libre al primitivo deudor ya que de esta forma mejora su situación por medio de una modificación acumulativa de la obligación en su aspecto pasivo fortaleciendo así la obligación primitiva.³³

La Corte Suprema ha resuelto que la determinación de si el acreedor dio libre o no al primitivo deudor es una cuestión de hecho.³⁴

2.3 Consentimiento del primitivo deudor

Para que haya novación por cambio de deudor no es indispensable que el primitivo deudor consienta. Por tanto, consienta o no consienta el primitivo deudor igual hay novación.

Así lo dispone expresamente el mismo artículo 1631 en su inciso final.

“Esta tercera especie de novación puede efectuarse sin el consentimiento del primer deudor. Cuando se efectúa con su consentimiento, el segundo deudor se llama delegado del primero.”

La novación recibe el nombre de delegación si el primitivo deudor consiente y de expromisión si el primitivo deudor no consiente.

A continuación se desarrollarán las distintas situaciones que pueden darse en la concurrencia del consentimiento del primer deudor y el acreedor para así determinar sus consecuencias.

(a) Relaciones consentimiento acreedor y primitivo deudor

1. Consienten tanto el acreedor como el deudor primitivo

En aquellos casos en que consiente el deudor primitivo y el acreedor, se produce novación.³⁵ La novación en este caso recibe el nombre de delegación novatoria o delegación perfecta.

2. Consienten el acreedor pero no el deudor primitivo

³² Esta hipótesis es agregada por Abeliuk.

³³ En este punto, es necesario precisar que el consentimiento del acreedor sólo es necesario para liberar al primitivo deudor de su obligación, pero no tiene relación alguna con el problema de la carga de la deuda entre los dos deudores, en el cual es suficiente el acuerdo entre ellos.

³⁴ Esta calificación tiene importancia procesal para la determinación de la procedencia del Recurso de Casación en el Fondo.

³⁵ Siempre que se cumplen los demás requisitos para que haya novación.



Si el acreedor consiente en dar por libre al primitivo deudor pero éste a su vez no consiente, igualmente se produce novación³⁶ pero recibe el nombre de expromisión y no de delegación. Este sería un caso de expromisión novatoria o expromisión perfecta.

3. No consienten el acreedor pero si el deudor primitivo

Si el deudor primitivo consiente en la novación y no consiente el acreedor, aunque se cumplan los demás requisitos no se produce novación. Este sería un caso de delegación no novatoria o delegación imperfecta³⁷.

4. No consiente el acreedor ni el deudor primitivo

Si no consiente ni el acreedor ni el deudor primitivo, no hay novación ni tampoco delegación.³⁸ En tal evento, nos encontramos ante una expromisión no novatoria o expromisión imperfecta.

En conclusión, se tiene que produce novación sólo la delegación perfecta y la expromisión perfecta. La diferenciación entre delegación y expromisión tiene relevancia tanto para el acreedor como para la relación interna entre los dos deudores. Estas dos instituciones se analizarán a continuación.

(b) Análisis de las figuras de la delegación y expromisión

1. Delegación

(i) Concepto

El Código Civil reglamentó la institución de la delegación conjuntamente con la novación. Las razones son (1) porque la delegación puede ser novatoria y (2) porque Pothier dio esa ubicación a la delegación y posteriormente el Código Civil francés, siguió esta tendencia.

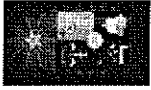
El Código Civil no definió la delegación sino que se limitó a decir que si la novación por cambio de deudor se efectúa con el consentimiento del deudor primitivo, el nuevo deudor se llama *delegado* del primero. Así lo señala el artículo 1631 del Código Civil en su inciso final.

La delegación es definida por Alessandri como “la sustitución de un nuevo deudor al antiguo con el consentimiento de éste.”

³⁶ Siempre que se cumplen los demás requisitos para que haya novación.

³⁷ Abelink da el nombre a esta delegación de acumulativa ya que como es un caso de ad promisión, el acreedor, en virtud del artículo 1635 del Código Civil, acumula dos deudores.

³⁸ En consecuencia, siempre que hay consentimiento del primitivo deudor hay delegación y siempre que hay consentimiento del acreedor hay novación, a menos que se acepte la existencia de la asunción de deudas en el ordenamiento jurídico chileno.



En esta situación se tiene que es el primitivo deudor quien toma la iniciativa de la operación y por tanto se dirige contra otra persona para que tome la calidad de deudor y pague al acreedor. En cierto modo hay una especie de mandato³⁹ y es por eso que se le llama delegación.⁴⁰

En la delegación intervienen tres personas. A saber, el delegante que es el primitivo deudor; el delegado que es el nuevo deudor y; el delegatario que es el acreedor.

Así, Juan debe mil pesos a Pedro y le propone que en reemplazo suyo pague la deuda Diego. Juan es el delegante, Diego es el delegado y Pedro es el delegatario.

La delegación por regla general se produce entre personas anteriormente obligadas entre sí. El delegante es deudor del delegatario y el delegado es deudor del delegante. Así, la delegación permite realizar un pago abreviado evitando inútiles desplazamientos de dinero. En consecuencia, cuando el delegado haya pagado al delegatario, se extinguirán dos obligaciones.

Por ejemplo, Juan es deudor de Pedro y éste a su vez es deudor de María. Pedro es el delegante, Juan el delegado y María es el delegatario. En este caso se tiene que con la delegación perfecta se extinguen dos obligaciones. Así, la de Juan con Pedro y la de Pedro con María.

La delegación, como ya se dijo, puede ser perfecta o imperfecta, según el acreedor consienta o no en dar por libre al primitivo deudor. La delegación es perfecta cuando el acreedor consiente expresamente en dar por libre al primitivo deudor y a su vez es imperfecta cuando el acreedor no consiente.

La delegación perfecta⁴¹ siempre produce novación, en cambio la imperfecta nunca produce novación.⁴²

En conclusión, los requisitos para que haya delegación perfecta son (1) consentimiento del acreedor ya que de lo contrario hay ad - promisión; (2) consentimiento del deudor primitivo ya que de lo contrario hay expromisión y (3) consentimiento del nuevo deudor ya que de lo contrario hay cesión de acciones.

³⁹ La similitud es tal que incluso el Código Civil, en el artículo 1635, dice que en el caso de la delegación imperfecta el delegado se mirará como un diputado para el pago. Para Abeliuk, la diferencia fundamental entre la delegación y el mandato radica en que en el contrato de mandato, el mandatario actúa en representación del mandante y, en cambio, el delegado se obliga personalmente. Abeliuk no se pronuncia sobre la diferencia entre la delegación y el mandato a nombre propio.

⁴⁰ Para Abeliuk, la delegación tiene también una gran semejanza con la estipulación a favor de otro. La diferencia radica en que en la estipulación a favor de otro, el derecho existe, no desde que el tercero acepta, sino desde el acuerdo entre estipulante y promitente. También se asemeja esta figura a la cesión de un crédito como dación en pago. Señala como ejemplo "A debe a B \$10.000.- y en pago de esta deuda le cede un crédito suyo contra C por igual suma; la cesión de créditos ha producido un cambio de acreedor, ya que B pasa a serlo de C, pero también a cambiado el deudor, porque dejó de serlo A y pasa a serlo C en su reemplazo. Igual cosa ocurre en la delegación, cuando el delegado era deudor del delegante".

⁴¹ En la delegación perfecta se dice que existen dos actos jurídicos independientes pero conexos: la delegación y la novación.
⁴² Para aquella parte de la doctrina que sustenta la existencia de la asunción de deudas en el ordenamiento jurídico chileno no siempre la delegación perfecta produce novación ya que se puede dar, justamente, la hipótesis de la asunción de deudas. Luego, este sector de la doctrina sostiene que la delegación perfecta siempre produce el efecto de liberar al deudor primitivo y puede o no producir novación según las partes acuerden en mantener el mismo vínculo obligatorio o bien en su extinción.



(ii) Excepciones del delegado al delegatario

Si la delegación es perfecta, esto es, ha habido novación, la obligación del delegante se ha extinguido y ha nacido una nueva obligación entre el delegado y el delegatario. En consecuencia, el delegado sólo puede oponer al delegatario las excepciones que emanen de esta nueva obligación.

Si la delegación es imperfecta, esto es, no produce novación, tampoco puede el delegado oponer las excepciones que emanen de la obligación entre el primitivo deudor y el acreedor, al delegatario. El delegado, en estos casos, es sólo un agregado a la obligación en conformidad con el artículo 1635 del Código Civil.

(iii) Artículos 1638 y 1639 del Código Civil⁴³

El Código Civil en los artículos 1638 y 1639 establece una regulación específica para el caso de la delegación.

El artículo 1638 establece un caso de error del delegado que creía equivocadamente que el delegante era su acreedor.

“El que delegado por alguien de quien creía ser deudor y no lo era, promete al acreedor de éste pagarle para libertarse de la falsa deuda, es obligado al cumplimiento de su promesa; pero le quedará a salvo su derecho contra el delegante para que pague por él, o le reembolse lo pagado.”⁴⁴

El artículo 1639 establece un caso de error del delegante que se creía, equivocadamente, deudor del delegatario.

“El que fue delegado por alguien que se creía deudor y no lo era, no es obligado al acreedor, y si paga en el concepto de ser verdadera la deuda, se halla para con el delegante en el mismo caso que si la deuda hubiera sido verdadera, quedando a salvo su derecho al delegante para la restitución de lo indebidamente pagado.”⁴⁵

2. Expromisión

El artículo 1631 del Código Civil permite que la novación se realice sin el consentimiento del primitivo deudor. En este caso la novación recibe el nombre de expromisión. En esta hipótesis, la ley presume que la operación es distinta a la existente en la delegación. Cuando hay expromisión la iniciativa de la novación surge del nuevo deudor y no del primitivo deudor. Así, es el nuevo deudor el que va donde el acreedor y le propone que de por libre al primitivo deudor.

⁴³ Estas normas son aplicables tanto a la delegación perfecta como a la imperfecta. No así a la expromisión.

⁴⁴ En la fianza ocurre una situación similar ya que el error en la persona que comete el fiador no lo exime de pagar al acreedor.

⁴⁵ Para Abelink, si el delegado paga un verdadero pago de lo no debido, con la particularidad de que lo efectúa un tercero.



La expromisión consiste según Messineo “en el hecho que un tercero –sin intervención o delegación del deudor (o sea, espontáneamente) – se ofrezca a asumir frente al acreedor (que acepte) la deuda de otro”.

La expromisión, al igual que la delegación puede ser perfecta o imperfecta. La expromisión perfecta es cuando el acreedor consintió en dar por libre al primitivo deudor y por tanto, esta expromisión es novatoria⁴⁶. A su vez, la expromisión es imperfecta cuando el acreedor no consiente en dar por libre al primitivo deudor y, en tal evento, no hay novación.

La expromisión perfecta es una aplicación del principio de que cualquier persona puede pagar por el deudor sin el consentimiento de éste e incluso en contra de su voluntad.

3. Importancia de distinguir entre delegación y expromisión

La distinción entre delegación y expromisión tiene importancia tanto respecto de la relación entre deudores como de la relación de éstos con el acreedor.

Tiene importancia respecto de la relación entre los deudores, ya que será distinta la relación que exista si hubo una delegación o expromisión. Generalmente la figura de la delegación se da cuando existe entre los deudores relaciones previas.

Sin embargo, la principal importancia de esta diferenciación radica en la norma del artículo 1637 del Código Civil que regula la situación de insolvencia del nuevo deudor. Esta norma es aplicable sólo a la delegación y no a la expromisión.⁴⁷

En principio, se tiene que la novación produce la extinción de la obligación primitiva y por tanto, el acreedor no tiene acción contra el primitivo deudor.

Sin embargo, se presenta el problema de que ocurre si el nuevo deudor es insolvente. Por la aplicación de las reglas generales se tiene que el acreedor no tiene acción contra el primitivo deudor y por tanto está perjudicado.

El artículo 1637 soluciona este problema y permite al acreedor interponer una acción contra primitivo deudor.

⁴⁶ Para aquella parte de la doctrina que sustenta la existencia de la asunción de deudas en el ordenamiento jurídico chileno, no siempre la expromisión perfecta es novatoria, ya que puede dar, justamente, la hipótesis de la asunción de deudas. Luego, se tiene que la asunción de deudas se produce tanto en el evento de la delegación perfecta como en la expromisión perfecta. No puede producirse en el caso de delegación o expromisión imperfecta porque en esos casos de ad promisión no hay sustitución de deudor.

⁴⁷ En este sentido, Abeliuk y Ramos Pazos incurrir en un error al señalar que el artículo 1637 del Código Civil es un efecto respecto de la novación por cambio de deudor sin distinguir si esa novación se produce por delegación o por expromisión. El artículo 1637 es sólo aplicable a la delegación, así, Luis Claro Solar, Arturo Alessandri Rodríguez, Fernando Fuyo Laneri. La norma no puede ser aplicable a la expromisión porque es esos casos el deudor primitivo no consintió en el nuevo acreedor, luego no existe ninguna posibilidad de mala fe del primitivo deudor o alguna vulneración a la confianza depositada por el acreedor en el deudor primitivo.



“El acreedor que ha dado por libre al deudor primitivo, no tiene después acción contra él, aunque el nuevo deudor caiga en insolvencia; a menos que en el contrato de novación se haya reservado este caso expresamente, o que la insolvencia haya sido anterior, y pública y conocida del deudor primitivo.”

En consecuencia, existen tres casos en los que el acreedor puede dirigirse contra el primitivo deudor en aquellos casos en que el nuevo deudor resulta insolvente. En consecuencia, el acreedor tendrá acción contra el deudor primitivo, pese haber existido novación, en caso en que el nuevo deudor sea insolvente cuando:

- (a) El acreedor se halla reservado expresamente su acción contra el primitivo deudor.⁴⁸
- (b) La insolvencia haya sido anterior a la novación y pública.⁴⁹
- (c) La insolvencia haya sido anterior a la novación y conocida por el primitivo deudor.⁵⁰

Ahora bien, se discute cual es la naturaleza jurídica de esta acción que tiene el acreedor contra el deudor primitivo. Unos dicen que se trataría de una acción nueva. Así sería una *actio in rem verso* o una acción de indemnización de perjuicios. La mayoría de la doctrina, en cambio, sostiene que esta acción sería la misma que el acreedor tenía contra el deudor primitivo con anterioridad a la novación.

La determinación de si esa acción es nueva o corresponde a la anterior es de mucha importancia ya que si se determina que es la misma que la que tenía el acreedor con anterioridad a la novación se conservan los privilegios, preferencias y demás cauciones que accedían a la primitiva obligación.

En apoyo de la opinión sustentada por la mayoría se tiene el tenor del artículo 1637 que dice “a menos que en el contrato de novación se haya reservado (...)”.

Se ha dicho que este sería un caso de una novación condicional, esto es, sujeta a la condición de que el nuevo deudor sea solvente.⁵¹

En conclusión, en la delegación perfecta el acreedor puede dirigirse, en los casos señalados en el artículo 1637, contra el primitivo deudor cuando el nuevo deudor resulta insolvente. En consecuencia, se tiene que al deudor primitivo no le consentir en la novación ya que se puede hacer responsable de la insolvencia del nuevo deudor. Es por esta razón que Alessandri señala lo siguiente “Por eso es que la delegación es una institución perjudicial en la práctica; y por eso es que

⁴⁸ Esta excepción legal tiene su fundamento en la autonomía de la voluntad y en el artículo 1545 del Código Civil.

⁴⁹ Para Alessandri, en este caso, la ley presume que el acreedor ha tenido conocimiento del estado de insolvencia del primitivo deudor y por tanto, se entiende que ha aceptado la novación bajo la condición de conservar la acción contra el primitivo deudor.

⁵⁰ Para Alessandri, el fundamento de esta norma radica en un castigo a la mala fe, ya que habría un engaño por parte del primer deudor.

⁵¹ Para Abeliuk, este también podría ser un caso de reviviscencia de la obligación.



no se recurre a ella con frecuencia, por que el mismo resultado se puede obtener, con mayores ventajas, con la cesión de créditos o con la novación⁵²,

Ejemplo frecuente de novación doble: por cambio de deudor y por cambio de acreedor: Compra de inmuebles con deuda hipotecaria

Juan vende su casa a Pedro en \$300.000.- Pedro paga el precio con \$200.000.- al contado y se hace cargo de una deuda hipotecaria que le debe Juan al Banco de Chile por \$100.000.- El banco acepta a Pedro como su nuevo deudor.

En este caso habría una novación por cambio de deudor al aceptar el Banco de Chile que Pedro sea su nuevo deudor. Habría además una novación por cambio de acreedor porque esos \$100.000 que debía Pedro a Juan ahora se los debe al Banco de Chile.

2.4 Consentimiento del nuevo deudor

Si el nuevo deudor no manifiesta su consentimiento, no hay novación ya que nadie puede contraer obligaciones en contra de su voluntad.

El artículo 1636 señala que ocurre en el evento en que el nuevo deudor no manifieste su consentimiento.

“Si el delegado es sustituido contra su voluntad al delegante, no hay novación sino solamente cesión de acciones del delegante a su acreedor, y los efectos de este acto se sujetan a las reglas de la cesión de acciones.”

La hipótesis planteada en la norma recién transcrita sólo es aplicable en el evento en que el primitivo deudor sea a su vez acreedor del segundo deudor. Pues de lo contrario la norma no puede entenderse ya que no hay otra forma por medio de la cual el primer deudor pudiera compeler a su deudor a obligarse con un tercero.

Por ejemplo, Pedro es deudor de Juan y éste es a su vez de Diego. Si Pedro no consiente en ser el nuevo deudor de Diego, entonces no se produce novación y por tanto no se extingue la obligación primitiva, lo que ocurriría en este caso es que Juan cede sus acciones o derechos a Diego para que este se pueda dirigir contra Pedro.

Luego, para Alessandri, esta norma del artículo 1636 del Código Civil sería “trunca” ya que no sería aplicable a los casos en que el primer deudor no sea a su vez acreedor del segundo deudor.

¿Cuál es el título para efectuar la cesión de créditos ente el deudor primitivo y el acreedor?

⁵² Entiéndase expromisión.



El profesor Enrique Barros sostiene que es la renuncia del acreedor a su acción contra el deudor cedente.

3. Cuadros resumen de la novación por cambio de deudor

Cuadro N° 1 Novación por cambio de deudor sin la figura de la asunción de deudas.

	Consentimiento del primitivo deudor		Nombre de la figura jurídica
	<u>Consiente</u>	<u>No consiente</u>	
Consentimiento del acreedor	Consiente	perfecta Delegación novatoria	Novación por cambio de deudor
	No consiente	Delegación imperfecta o no novatoria	Ad promisión
Nombre de la figura jurídica	Delegación	Expromisión	

Lo mismo se puede apreciar en el siguiente esquema:

(a)	El acreedor da por libre al primitivo deudor
Se produce novación	{ <u>Delegación perfecta</u> (con consentimiento del primitivo deudor) <u>Expromisión perfecta</u> (sin consentimiento del primitivo deudor)
	(b) El acreedor no da por libre al primitivo deudor
Se produce ad-promisión	{ <u>Delegación imperfecta</u> (con consentimiento del primitivo deudor) <u>Expromisión imperfecta</u> (sin consentimiento del primitivo deudor)



Cuadro N° 2 Novación por cambio de deudor con la figura de la asunción de deudas.

	Consentimiento del primitivo deudor		Nombre de la figura jurídica
	Consiente	No consiente	
Consentimiento del acreedor	<u>Hipótesis a</u> ⁵³ Delegación perfecta novatoria	<u>Hipótesis a</u> Expromisión perfecta novatoria	Novación por cambio de deudor
	<u>Hipótesis b</u> Delegación perfecta no novatoria	<u>Hipótesis b</u> Expromisión perfecta no novatoria	Asunción de deudas
	No consiente	Delegación imperfecta o no novatoria	Ad promisión
		Delegación	
Nombre de la figura jurídica		Expromisión	

VI. EFECTOS

(1) Efecto respecto de las obligaciones principales

El efecto propio de la novación es doble, por un lado extingue la obligación primitiva y por otro da nacimiento a una nueva obligación.

La extinción de la obligación primitiva produce también la extinción de sus accesorios. Es ésta una aplicación del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Por otro lado, las partes pueden, en virtud de la autonomía de la voluntad, convenir en dejar vigentes los accesorios de la obligación primitiva. Esto se conoce con el nombre de “*reserva de accesorios*”.

(2) Efectos respecto de los accesorios de la deuda primitiva

⁵³ Estas hipótesis dependerán de si la voluntad de las partes es mantener o no la existencia de la misma obligación.



Determinar si existe novación es muy importante debido, principalmente, a que si existe novación se produce la extinción de los derechos, acciones, garantías, privilegios, prendas, hipotecas, etc. que acompañaban a la deuda primitiva.

1. Se extinguen los intereses

Este efecto esta contenido en el artículo 1640 del Código Civil.

“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. Se extinguen los privilegios

Este efecto esta contenido en el artículo 1641 del Código Civil.

“Sea que la novación se opere por la substitución de un nuevo deudor o sin ella, los privilegios de la primera deuda se extinguen por la novación.”

3. Se extinguen las cauciones reales

Este efecto esta contenido en el artículo 1642 inciso primero del Código Civil.

“Aunque la novación se opere sin la substitución 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.”

4. Se extinguen las cauciones personales

Este efecto esta contenido en el artículo 1645 del Código Civil.

“La novación liberta a los codeudores solidarios o subsidiarios, que no han accedido a ella.”

Esta disposición está en armonía con el artículo 1519 del Código Civil que trata sobre las obligaciones solidarias.

“La novación entre el acreedor y uno cualquiera de los deudores solidarios, liberta a los otros, a menos que éstos accedan a la obligación nuevamente constituida.”

Abeliuk señala que si la obligación primitiva tenía cláusula penal, ésta también se extingue.



En relación con las cauciones personales, el artículo 1651 dispone lo siguiente:

“Si el acreedor ha consentido en la nueva obligación bajo condición de que accediesen a ella los codeudores solidarios o subsidiarios, y si los codeudores solidarios o subsidiarios no accedieren, la novación se tendrá por no hecha.”

5. Cesa la mora

Si el deudor de la obligación primitiva había sido colocado en mora, ella cesa desde que opera la novación.

6. Se extinguen las modalidades

La novación pone término a los plazos condiciones y modos a que estuviere sujeta la obligación anterior.

En los casos de contratos bilaterales, la novación implica la extinción de la acción resolutoria y de la excepción de contrato no cumplido.

7. Se extingue la obligación de conservación

Si la deuda primitiva era de especie o cuerpo cierto, cesa la obligación de conservación desde que opera la novación.

(3) Reserva de los accesorios

En razón de la autonomía de la voluntad, las partes perfectamente pueden acordar que los accesorios de la obligación anterior no se extingan con ella, sino que subsistan a la nueva deuda.

El Código Civil ha señalado en la mayoría de los efectos particulares de la novación, la posibilidad de la reserva. Así;

1. Respecto de los intereses

El artículo 1640 lo señala expresamente en su parte final

“De cualquier modo que se haga la novación, quedan por ella extinguidos los intereses de la primera deuda, si no se expresa lo contrario.”

En consecuencia, las partes perfectamente pueden convenir que los intereses continúen devengándose.



2. Respecto de las cauciones personales

El artículo 1645 lo señala expresamente en su parte final.

“La novación liberta a los codeudores solidarios o subsidiarios, que no han accedido a ella.”

Por su parte, el artículo 1519 señala lo mismo.

“La novación entre el acreedor y uno cualquiera de los deudores solidarios, liberta a los otros, a menos que éstos accedan a la obligación nuevamente constituida.”

3. Respecto de las cauciones reales

El artículo 1642 permite expresamente en su parte final, la reserva de las prendas e hipotecas.

“Aunque la novación se opere sin la substitución 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.”⁵⁴

La reserva debe efectuarse en el mismo momento en que se haga la novación, ya que si dicha reserva es posterior a la novación se trataría de una nueva prenda o hipoteca, ya que las partes no pueden hacer revivir lo que la ley ha declarado muerto.

Para efectuar la reserva, el legislador no ha exigido practicar una nueva inscripción, pero, para Abeliuk, es recomendable anotar al margen de la inscripción hipotecaria primitiva tanto la novación como la reserva.

Como puede advertirse, la reserva de la hipoteca, puede provocar un perjuicio para los acreedores hipotecarios de la nueva obligación ya que, como se hizo la reserva de la hipoteca constituida sobre la obligación primitiva, esa hipoteca, necesariamente, estará inscrita con anterioridad a las nuevas hipotecas que puedan constituirse sobre el mismo bien inmueble para garantizar el cumplimiento de la nueva obligación y, por tanto, la hipoteca reservada se pagará primero que las restantes hipotecas constituidas posteriormente a favor de otros acreedores hipotecarios.

⁵⁴ En el derecho romano, en los casos en que la novación era objetiva, se presumía la reserva de las prendas e hipotecas. Nuestro código no presume esta reserva en ninguna de las tres especies de novación que consagra, por lo que se requiere de una estipulación expresa para que las cauciones reales subsistan.



Debido a este perjuicio que puede provocarle la reserva a los acreedores hipotecarios de la obligación posterior es que la ley ha establecido ciertas limitaciones a la reserva de las cauciones reales. Estas limitaciones se analizarán en el siguiente punto.

Limitaciones:

(a) Primera limitación: la reserva requiere del consentimiento de quien constituyó la hipoteca o la prenda

Esta limitación la consagra expresamente el artículo 1642 en su 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.”

Esta norma se aplica a dos casos; (i) cuando el bien hipotecado haya sido enajenado por el deudor y (ii) cuando fue un tercero quien constituyó una hipoteca sobre un bien inmueble de su propiedad para garantizar el cumplimiento de una obligación ajena.

El fundamento de esta disposición, para Abeliuk es que la reserva perjudica al tercero, ya que constituyó el gravamen para garantizar una determinada obligación y no otra distinta. A su vez, para Alessandri, el fundamento es la aplicación del principio de que “nadie puede obligarse sin su voluntad”.

En aquellos casos en que quien haya constituido la hipoteca sea uno de los codeudores solidarios y quien pacta la novación sea otro de los codeudores solidarios, se debe aplicar el inciso 2° del artículo 1643;

“Y si la novación se opera entre el acreedor y uno de los 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 estos accedan expresamente a la segunda obligación.”

En otras palabras, si la novación se pacta entre el acreedor y un codeudor solidario, la reserva de las prendas e hipotecas sólo puede tener valor con respecto a las cosas que pertenecen a ese codeudor; pero no pueden tener valor con respecto a las prendas e hipotecas que pertenecen a los demás codeudores solidarios, no obstante cualquier estipulación en contrario, a menos que el deudor que constituyó la hipoteca o la prenda acceda a la reserva.



Así, por ejemplo⁵⁵, Pedro, Juan y Diego adeudan solidariamente a María la cantidad de \$30.000.- Pedro ha constituido una hipoteca para garantizar la obligación sobre un inmueble de su propiedad. Juan y Diego pactan una novación en virtud de la cual en vez de los 30.000.- le adeudan una cantidad determinada de cierta mercadería. Esta novación extingue la solidaridad y por tanto también la hipoteca constituida por Pedro. En virtud del artículo 1643 inciso segundo se tiene que Juan y Diego no pueden acordar la reserva de la hipoteca de Pedro sin su consentimiento.

El fundamento de esta norma, es el mismo que el de los casos analizados anteriormente ya que el codeudor que constituyó el gravamen es ajeno a la novación.

(b) Segunda limitación: la reserva debe afectar al mismo bien hipotecado o dado en prenda

En palabras de Alessandri, esta limitación significa que las hipotecas no saltan de una propiedad a otra.

Esta limitación está consagrada en el artículo 1643 en su inciso 1°;

“Si la novación se 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.”

En conclusión, debe necesariamente, la reserva recaer sobre el mismo bien que garantizaba el cumplimiento de la obligación primitiva. El fundamento de esta norma es que de lo contrario se produciría un perjuicio a los acreedores hipotecarios de la nueva obligación.

Alessandri precisa que no hay que confundir la reserva de las hipotecas con la renovación de las hipotecas. Cuando hay reserva se trata de la misma hipoteca y que por tanto conserva su grado en atención a la fecha de la inscripción. En cambio, en la renovación de las hipotecas, se trata de otra hipoteca, distinta de la anterior y que tendrá su grado según la fecha de su inscripción correspondiente.

(c) Tercera limitación: la reserva no cubre la parte en que la nueva deuda excede a la anterior

Este límite está consagrado en el inciso final del artículo 1642 del Código Civil.

“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.”

⁵⁵ Ejemplo tomado de Abeliuk.



El fundamento de esta norma es que la reserva perjudica principalmente a los demás acreedores hipotecarios y también, a los restantes acreedores debido a que la prenda y la hipoteca tiene privilegio y preferencia, respectivamente, para su pago.

4. Respecto de los privilegios

El Código Civil no permite la reserva de los privilegios.⁵⁶ Esta afirmación se desprende de los siguientes argumentos⁵⁷:

- (a) El Código Civil no se pronuncia sobre la reserva de los privilegios, en cambio, si lo hizo en el caso de los intereses y cauciones reales y personales.
- (b) No se podría hacer una reserva de los privilegios ya que estos los crea la ley y no la voluntad de las partes. Las partes no pueden dar el carácter de privilegiados a derechos que no los son.
- (c) Porque esta conclusión sería armónica con otras soluciones que ha dado el legislador en casos semejantes. Así, en el pago por consignación, cuando la consignación es retirada, en conformidad con el artículo 1607 del Código Civil, con el consentimiento del acreedor; el precepto declara que en tal caso se extinguen los privilegios y cauciones, pudiendo renovarse las cauciones, sin que nada se diga respecto de los privilegios.

(4) Constitución de nuevas garantías

En virtud de la autonomía de la voluntad las partes pueden convenir garantías para la nueva obligación, que incluso pueden ser las mismas anteriores, pero en todo caso, se considerarán como nuevas las prendas e hipotecas.

Así lo dispone el artículo 1644 del Código Civil;

“En los casos y cuantía en que no puede 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.”

⁵⁶ En esta materia Andrés Bello se apartó del Código Civil francés que permitía la reserva de los privilegios. Según Ramos Pazos, otras legislaciones extranjeras aceptan la reserva de los privilegios. Así, el Código Civil argentino e italiano.

⁵⁷ Estos argumentos son dados por Abeluk.



COMPENSACIÓN

I. INTRODUCCIÓN

La compensación es un modo de extinguir las obligaciones que está enumerado en el artículo 1567 N° 5 del Código Civil y desarrollado entre los artículos 1655 a 1664.

La compensación tiene una gran conveniencia en la práctica, ya que evita un doble pago y así hace innecesario el envío de dinero y bienes entre los deudores recíprocos. Por tanto, implica una disminución de los costos y riesgos propios de la realización de un pago.

II. CONCEPTO

El Código Civil no define la compensación, sólo señala en su artículo 1655 lo siguiente:

"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".

Alessandri define la compensación como "la extinción de dos obligaciones recíprocas, entre unas mismas personas, hasta la concurrencia de la de menor valor, de manera que hace inútil el pago efectivo que de otro modo tendría que hacerle una a la otra".

III. CLASIFICACIÓN DE LA COMPENSACIÓN

La compensación puede ser de tres clases: (a) legal; (b) convencional y (c) judicial. Estas tres clases de compensaciones se analizarán a continuación.

(a) Compensación legal

(1) Concepto

La compensación legal es un modo de extinguir las obligaciones que opera por el sólo ministerio de la ley, en los casos en que las obligaciones cumplen los requisitos exigidos por la ley.



Así el artículo 1656 inciso primero del Código Civil señala lo siguiente:

“La compensación se opera por el sólo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores, desde el momento que una y otra reúnen las calidades siguientes:”

(2) Requisitos que deben cumplir las obligaciones para que haya compensación legal

Los requisitos que debe cumplir las obligaciones para que opere la compensación legal son 6 el primero está contemplado en el artículo 1657, otros tres están enumerados en el artículo 1656, el quinto está en el artículo 1664 y, finalmente, el último está en el artículo 335 y 1662 inciso 2 del Código Civil.

1. Ambas personas deben ser personal y recíprocamente deudoras y acreedoras

Esta exigencia se desprende de los artículos 1655 y 1657 del Código Civil.

Este requisito se puede dividir en dos:

a. Las personas deben ser recíprocamente deudoras

Así, el artículo 1657 inciso primero del Código Civil establece:

“Para que haya lugar a la compensación es preciso que las dos partes sean recíprocamente deudoras.”

b. Las personas deben ser deudores personales y principales

Como consecuencia de esta exigencia la ley señala que:

- (i) El deudor principal no puede oponer en compensación el crédito que su fiador tiene en contra del acreedor.

El artículo 1657 inciso segundo del Código Civil establece lo siguiente:

“Así el deudor principal no puede oponer a su acreedor por vía de compensación lo que el acreedor deba al fiador.”

- (ii) No opera compensación entre el deudor de un pupilo y el tutor de éste.

El artículo 1657 inciso tercero del Código Civil establece lo siguiente:



“Ni requerido el deudor de un pupilo por el tutor o curador, puede oponerle por vía de compensación lo que el tutor o acreedor le deba a él.”

- (iii) Un codeudor solidario no puede compensar su deuda con los créditos de sus codeudores contra el mismo acreedor. A menos que los codeudores le hayan cedido sus créditos.

El artículo 1657 inciso cuarto del Código Civil establece lo siguiente:

“Ni requerido uno de varios deudores solidarios pueden compensar su deuda con los créditos de sus codeudores contra el mismo acreedor, salvo que éstos se los hayan cedido.”

Excepciones a la exigencia que sea un deudor personal

Este requisito de que las personas involucradas en la compensación sean deudores personales tiene dos excepciones:

- (i) El mandatario puede alegar compensación al acreedor del mandante, siempre y cuando esa compensación sea en beneficio del mandante.

El artículo 1658 del Código Civil establece lo siguiente:

“El mandatario puede oponer al acreedor del mandante no sólo los créditos de éste, sino sus propios créditos contra el mismo acreedor, prestando 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.”

- (ii) Excepción relativa la cesión de créditos.⁵⁸

Esta excepción está establecida en el artículo 1659 de Código Civil. Señala que el deudor cedido no podrá compensar contra el cesionario los créditos que tenía contra el cedente en aquellos casos en que haya aceptado sin reservas la cesión.

El artículo 1659 del Código Civil establece lo siguiente:

“El deudor que acepta sin reserva alguna la cesión que el acreedor haya hecho de sus derechos a un tercero, no podrá oponer en compensación al cesionario los créditos que antes de la aceptación hubiera podido oponer al cedente.

Si la cesión no ha sido aceptada, podrá el deudor oponer al cesionario

⁵⁸ Sobre éste punto ver anexo n.º 1 sobre cesión de créditos.



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”.

En consecuencia, el deudor cedido podrá compensar contra el cesionario los créditos que tenía contra el cedente cuando le hayan notificado de la cesión (y no se haya producido la aceptación) o bien haya aceptado con reserva.

2. Ambas deudas deben ser análogas

Este requisito está contenido en el artículo 1656 N° 1 del Código Civil que establece:

“Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad.”

Este requisito tiene por finalidad que exista perfecta equivalencia en el objeto de ambas obligaciones. Por tanto, las obligaciones de especie o cuerpo cierto no se pueden compensar.

3. Ambas obligaciones deben ser líquidas

Este requisito está contenido en el artículo 1656 n.º 2 del Código Civil que establece:

“Que ambas deudas sean líquidas”

¿Cuándo una obligación es líquida?

Una obligación es líquida cuando es cierta y determinada y por tanto se conoce con exactitud el monto de lo debido.

El artículo 438 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil agrega otro caso en el cual la obligación se entiende líquida.

“Se entenderá cantidad líquida, no sólo la que actualmente tenga esta calidad, sino también la que pueda liquidarse mediante simples operaciones aritméticas con sólo los datos que el mismo título ejecutivo suministre.”

4. Ambas deudas deben ser actualmente exigibles

Este requisito está contenido en el artículo 1656 N° 3 del Código Civil que establece:

“Que ambas sean actualmente exigibles.”



Por tanto, no pueden compensarse las obligaciones naturales, ni las obligaciones condicionales o a plazos suspensivos, cuando dichas condiciones o plazos se encuentren pendientes.

5. Los créditos deben ser embargables

Este requisito está contenido en el artículo 335 del Código Civil y en el 1662 inciso 2°, en su parte final.

El artículo 335 del Código Civil establece lo siguiente:

“El que debe alimentos no puede oponer al demandante en compensación lo que el demandante le deba a él.”

El artículo 1662 inciso segundo establece lo siguiente:

“Tampoco podrá oponerse compensación a la demanda de indemnización por un acto de violencia o fraude, ni a la demanda de alimentos no embargables.”

No obstante no existir una norma general sobre esta materia, si uno de los créditos no es embargable no hay compensación, debido a que ésta implica un doble pago. Así, por ejemplo, la compensación tampoco opera respecto de las remuneraciones de un trabajador ya que en conformidad con el artículo 57 del Código del Trabajo ellas son inembargables.

6. Ambas deudas deben ser pagaderas en el mismo lugar

Este requisito está contenido en el artículo 1664 del Código Civil que establece:

“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 de dinero, y que el que opone la compensación tome en cuenta los costos de la remesa.”

Por tanto, sólo podrá operar la compensación respecto de las obligaciones que deban pagarse en lugares distintos cuando: (1) ambas obligaciones sean de dinero y (2) quien ofrezca la compensación asuma los costos de las remesas o transporte.

(3) Casos en que no se admite la compensación legal⁵⁹

Existen ciertos casos en los que, pese a que las obligaciones cumplen con los requisitos necesarios para que opere la compensación, ésta no es admitida.

⁵⁹ Estos casos también se conocen con el nombre de casos de compensación legal prohibida.



Así, el artículo 1662 del Código Civil establece esos casos:

1. No puede oponerse compensación a la demanda de restitución de una cosa de la que su dueño ha sido injustamente despojado. El fundamento de ésta norma es una sanción a la autotutela.
2. No puede oponerse compensación a la demanda de restitución de un depósito aun cuando, pérdida la cosa, sólo subsista la obligación de pagarla en dinero.
3. No puede oponerse compensación a la demanda de restitución de un comodato aun cuando, pérdida la cosa, sólo subsista la obligación de pagarla en dinero.
4. No puede oponerse compensación a la demanda de indemnización por un acto de violencia o fraude. En principio no puede oponerse una compensación a una demanda de indemnización porque no cumple con uno de los requisitos exigidos por la ley para que proceda la compensación legal: ambas obligaciones deben ser líquidas (1656 N° 2). Por tanto, esta norma señala que no podrá oponerse compensación aunque haya una sentencia que determine con exactitud el monto de la obligación.
5. No puede oponerse compensación a la demanda de alimentos no embargables.
6. No puede oponerse compensación a los créditos del Fisco y otros organismos públicos.

Esta prohibición de compensación no está regulada en el Código Civil sino que la señala la doctrina en atención a que la Constitución Política de la República y leyes especiales que han reglamentado la forma como las personas jurídicas de derecho público deben cumplir con sus obligaciones. Generalmente las cumplen por medio de la dictación de decretos de pago. En consecuencia, si el Fisco está cobrando impuestos que se le adeudan, no se le podría oponer por vía de la compensación lo que él adeuda al contribuyente, por ejemplo, por sueldos y salarios, servicios, rentas de arrendamiento, etc.⁶⁰

(4) La compensación no puede tener lugar en perjuicio de los derechos de un tercero

Esta prohibición esta contemplada en el artículo 1661 inciso primero del Código Civil.

“La compensación no puede tener lugar en perjuicio de los derechos de un tercero.”

De la aplicación esta prohibición pueden señalarse dos casos:

- a) Embargo de un crédito

⁶⁰ Sobre esta materia el artículo 51 del Código Tributario establece un caso de compensación.



Este caso esta contenido en el artículo 1661 inciso segundo del Código Civil.

“Así, embargado un crédito, no podrá el deudor compensarlo, en perjuicio del embargante, por ningún crédito suyo adquirido después del embargo.”

Esta norma plantea el caso en que ha sido embargado un crédito, esto es, el deudor al que le han embargado el crédito es a su vez acreedor de otro deudor.

Por ejemplo, Pedro es acreedor de Juan y éste lo es de Diego. Pedro embarga el crédito que tiene Juan contra Diego. La norma del artículo 1661 inciso segundo señala que Diego no puede compensar con Juan los créditos que adquiriera contra él con posterioridad al embargo.

Este es un caso de aplicación del artículo 1578 n.º 2 del Código Civil que establece que no es válido el pago hecho al acreedor si por el juez se ha embargado la deuda o mandado retener el pago.

Con todo, este caso es aplicable a los créditos nacidos para el deudor con posterioridad al embargo, porque si antes de éste las partes ya eran recíprocamente deudoras y acreedoras, la compensación habría operado de pleno de derecho.

b) Quiebra

El artículo 69 de la Ley de Quiebras señala lo siguiente:

“La declaratoria de Quiebra impide toda compensación que no hubiere operado antes por el ministerio de la ley, entre las obligaciones recíprocas del fallido y acreedores, salvo que se trate de obligaciones conexas, derivadas de un mismo contrato o de una misa negociación y aunque sean exigibles en diferentes plazos.”⁶¹

Esta norma tiene por finalidad evitar una compensación legal después de la declaratoria de quiebra. Así, esta norma establece que si con anterioridad a la declaratoria de quiebra no ha operado la compensación legal por no cumplirse alguno de los requisitos que la ley señala, no podrá producirse después aunque se cumplan los requisitos legales.⁶²

El fundamento de esta norma es que si operará la compensación con posterioridad a la declaratoria

⁶¹ En derecho comercial, esta norma se estudia como un efecto inmediato de la declaratoria de quiebra en materia de compensación. Existe a su vez un efecto retroactivo de la declaratoria en materia de compensación y otro futuro. El efecto retroactivo esta señalado en el artículo 77 inciso 2º de la Ley de Quiebras: “Las compensaciones que hubieren operado desde la fecha de la cesación de pago hasta el día de la declaración de quiebra, podrán ser anuladas si se hubieren efectuado con créditos adquiridos contra el fallido por cesión o endoso, con tal que el cesionario haya tenido conocimiento de la cesación de pagos al tiempo de la cesión o endoso.” El efecto futuro esta establecido en el artículo 153 de la Ley de Quiebras: Cuando un acreedor fuere a la vez deudor del fallido, sin que hubiere operado la compensación, las sumas que aquél le correspondan se aplicarán al pago de su deuda aunque no estuviere vencida.”

⁶² Por ejemplo, si con posterioridad a la declaratoria la deuda se hace líquida.



se estaría privilegiando aun acreedor por sobre otros. Afectándose se esa forma el principio que rige la quiebra llamado *Par conditio creditorum*.

Esta norma tiene una excepción señalada en la parte final de la misma disposición que permite una compensación legal con posterioridad a la declaratoria de quiebra cuando se trate se obligaciones conexas ya sea que provengan del mismo contrato o de una misma negociación.⁶³

(5) Efectos de la compensación legal

1. La extinción de las obligaciones opera de pleno derecho

Así lo ha establecido el artículo 1656 del Código Civil al señalar:

“La compensación se opera por el sólo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores, desde el momento que una y otra reúnen las calidades siguientes:”

La compensación legal no deriva de la voluntad de las partes y ellas sólo intervienen con posterioridad a la compensación para alegarla o para renunciar a ella (los jueces no pueden declararla de oficio, sino sólo a petición de parte).

De este efecto se producen tres consecuencias:

- a. La compensación legal opera entre incapaces.
- b. La sentencia que acoge la compensación es declaratoria.
- c. El efecto extintivo de la obligación opera con efecto retroactivo; así, una vez que se declara la procedencia de la excepción de compensación alegada por el deudor ésta produce sus efectos desde que concurrieron los requisitos legales.

2. La compensación legal debe ser alegada

Esta exigencia la establece el artículo 1660 del Código Civil.

“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, prendas e hipotecas constituidas para su seguridad.”

⁶³ Por ejemplo, en virtud de un contrato de cuenta corriente bancaria, si el banco le concede un préstamo a un titular de cuenta corriente y éste tiene depositada una cantidad de dinero suficiente para el pago del préstamo en su cuenta corriente, el banco puede efectuar una compensación aunque se haya declarado la quiebra.



Luego, el juez no puede declarar de oficio la compensación.

(6) Compensación en caso de pluralidad de obligaciones

Esta materia la trata el artículo 1663 del Código Civil.

“Cuando hay muchas deudas compensables, deben seguirse para la compensación las mismas reglas que para la imputación del pago.”

La imputación del pago esta regulada en los artículos 1595 a 1597 CC.

(7) Renuncia a la compensación legal

La compensación está establecida en el sólo beneficio del acreedor y por tanto éste puede renunciar a ella en conformidad con el artículo 12 del Código Civil.

La renuncia puede ser expresa o tácita. Expresa cuando se da en términos formales y explícitos. Tácita, cuando se desprende de la ejecución de ciertos actos que manifiesten en el deudor su intención de renunciarla.

El efecto que produce la renuncia es que los créditos subsistan en toda su integridad y con todos sus accesorios.

La ley precisa los efectos de la renuncia a la compensación en el caso especial en que la compensación no haya sido alegada en juicio. Para ello, el artículo 1660 del Código Civil efectúa una distinción.

- (1) Si el deudor no alegó la compensación porque ignoraba la existencia del crédito que tenía contra su acreedor, subsistirá su crédito íntegramente y con todos sus accesorios.
- (2) Si el deudor no alegó la compensación conociendo la existencia del crédito que tenía contra su acreedor, subsistirá su crédito pero no conservará ninguno de los accesorios constituidos para la seguridad del crédito. Esta norma tiene por finalidad el resguardo de los intereses de terceros. La renuncia puede perjudicar, a los codeudores solidarios, subsidiarios, prendarios e hipotecarios.

(a) Compensación convencional

La compensación convencional tiene lugar en aquellos casos en que las partes voluntariamente acuerden una compensación.

Ésta compensación se acordará cuando falten algunos de los requisitos legales y por tanto, no pueda



producirse una compensación legal.

En realidad la compensación convencional es un acuerdo de voluntades que tiene por finalidad extinguir una obligación y por eso, no producen otros efectos que los que las partes le atribuyan.

Los efectos de la compensación convencional se producen desde el día que las partes lo convienen y no desde el día en que debieron de haberse cumplido con los requisitos legales.

(b) Compensación judicial

La compensación judicial es la que opera en virtud de una sentencia judicial. Esto ocurre cuando se admite la demanda reconvenicional del demandado en el que le cobra una obligación al demandante.

Luego, la sentencia que acoge la demanda y la reconvenición, deberá efectuar una compensación.

La compensación judicial y la convencional tienen una gran diferencia con la legal y es que no produce efectos retroactivos.

La compensación judicial produce sus efectos desde la notificación de la resolución judicial.

I. Efectos comunes a la compensación legal, convencional y judicial

- (1) Se extinguen las obligaciones recíprocas hasta la concurrencia de la de menor valor.
- (2) Se extinguen los accesorios de la obligación principal.



CONFUSIÓN

I. INTRODUCCIÓN

La confusión es un modo de extinguir las obligaciones que está enumerado en el artículo 1567 N.º 6 del Código Civil y está desarrollado en los artículos 1665 a 1669.

II. CONCEPTO

Abeliuk define la confusión como un modo de extinguir las obligaciones que tiene lugar cuando las calidades de acreedor y deudor se reúnen en una sola persona.

El Código Civil no define la confusión. El artículo 1665 señala lo siguiente:

"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".

Luego, hay confusión cuando concurren en una misma persona las calidades de acreedor y deudor de una misma obligación.

III. CAUSAS QUE PUEDEN DAR ORIGEN A UNA CONFUSIÓN

Hay dos razones por las cuales puede producirse una confusión:

- (1) Por una sucesión por causa de muerte. Esto se debe a que en conformidad con el artículo 1097 del Código Civil el heredero representa al causante.

Ejemplo, Pedro le debe a Juan la cantidad de \$1.000.000.- Pedro con posterioridad muere e instituye heredero a Juan en su testamento. En tal caso Juan pasa a ser acreedor de sí mismo. Luego Juan es acreedor y deudor al mismo tiempo.

Sin embargo, la confusión no se produce cuando el heredero sucede con beneficio de inventario ya que en tal caso, como no hay confusión del patrimonio del causante con el del heredero, éste no reúne en sí la calidad de acreedor y deudor. Luego, si el heredero beneficiario era deudor del difunto y hereda el crédito que tenía el causante contra él, lo que tiene que hacer es pagar a la sucesión y



con posterioridad exigirle a ella, en concurrencia con los demás acreedores el pago de su deuda.

El artículo 1669 del Código Civil señala lo siguiente:

“Los créditos y deudas del heredero que aceptó con beneficio de inventario no se confunden con las deudas y créditos hereditarios.”

- (2) Por un acto entre vivos. El deudor puede adquirir el crédito que existía en su contra.

IV. CONFUSIÓN EN LOS DERECHOS REALES

La confusión no sólo opera en los derechos personales sino también en los reales.

Se produce confusión en los derechos reales de fideicomiso, usufructo y servidumbre cuando el propietario del bien es a su vez el titular de la limitación a ese derecho de dominio. Así, en el fideicomiso lo señala el artículo 763 N° 6 cuando se confunde la calidad de único fideicomisario con la de único fiduciario. En el usufructo lo señala el artículo 806 cuando se consolida el usufructo con la propiedad. En la servidumbre lo señala el artículo 885 N° 3 cuando se produce la reunión perfecta e irrevocable de ambos predios en manos de un mismo dueño.

V. EFFECTOS

Los efectos de la confusión son los mismos que los del pago. Así lo señala expresamente el artículo 1665 del Código Civil.

“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”.

(1) Produce la extinción de la obligación

Se produce la extinción tanto de las obligaciones de dar, hacer o no hacer.

La extinción de la obligación puede ser total o parcial. Así el artículo 1667 del Código Civil señala lo siguiente:

“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.”

Si la causa que produjo la confusión cesa retroactivamente, se reputa que nunca ha habido



confusión. Ej: nulidad, resolución.

(2) Produce la extinción de los accesorios de la obligación

Sobre este punto existe una norma sobre que se refiere a la fianza y otra que se refiere a la solidaridad.

1. Fianza

El artículo 1666 del Código Civil señala lo siguiente:

“La confusión que extingue la obligación principal extingue la fianza; pero la confusión que extingue la fianza no extingue la obligación principal.”

2. Solidaridad

El artículo 1668 del Código Civil señala lo siguiente:

“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.

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.”

En conclusión, la confusión extingue la solidaridad respecto de todos.



REMISIÓN⁶⁴

I. INTRODUCCIÓN

La remisión es un modo de extinguir las obligaciones que está enumerado en el artículo 1567 N° 4 del Código Civil y está desarrollado en los artículos 1652 a 1654.

II. CONCEPTO

Luis Claro Solar define la remisión como la renuncia que el acreedor hace de sus derechos en beneficio de sus deudores. Alessandri la define como la condonación o perdón de la deuda que el acreedor hace a su deudor.

Sin embargo, la remisión más que una renuncia es una convención entre el acreedor y el deudor y por tanto se requiere del consentimiento tanto del acreedor como del deudor.

En consecuencia, es indispensable la aceptación por parte del deudor. Es un acto jurídico bilateral y no unilateral. Esto tiene importancia porque si el deudor no ha aceptado la remisión, ésta no se perfecciona y el acreedor puede retractarse de ella.

La remisión puede ser a título oneroso o a título gratuito. En la primera indudablemente se requiere del consentimiento del deudor. En la segunda se también.

El fundamento para exigir el consentimiento del deudor en la remisión a título gratuito es que el artículo 1653 del Código Civil hace aplicable las reglas de la donación a la remisión. Así:

“La remisión que procede de mera liberalidad, está en todo sujeta a las reglas de la donación entre vivos; y necesita de insinuación en los casos en que la donación entre vivos la necesita.”

Por su parte el artículo 1397 del Código Civil señala lo siguiente:

“No hace donación a un tercero el que a favor de éste se constituye fiador, o constituye una prenda o hipoteca; ni el que exonera de sus obligaciones al fiador, o remite una prenda o hipoteca, mientras está solvente el deudor, pero

⁶⁴ La remisión también recibe el nombre de condonación.



hace donación el que remite una deuda, o el que paga a sabiendas lo que en realidad no debe."

En la donación se exige para que esta se perfeccione que el donatario acepte, luego, se notifique la aceptación al acreedor.

III. REQUISITOS

Debido a que la remisión es una renuncia, debe cumplir con dos requisitos:

- (1) Acuerdo de voluntades entre en acreedor y deudor

Esto se debe a que la remisión es una convención que tiene por finalidad extinguir una obligación.

- (2) El acreedor debe tener capacidad para disponer de las cosas objeto de la obligación.

Así lo dispone el artículo 1652 del Código Civil.

"La *remisión* o condonación de una deuda no tiene valor, sino en cuanto el acreedor es hábil para disponer de la cosa que es objeto de ella."

Luego, el incapaz para poder remitir una deuda tiene que cumplir con las formalidades exigidas por la ley.

- (3) No pueden remitirse las deudas que engendran derechos cuya renuncia esté prohibida por la ley en conformidad con el artículo 12 del Código Civil.⁶⁵

IV. CLASIFICACIÓN

La remisión puede ser de distintas clases.

- (1) Según su fuente u origen puede ser testamentaria o convencional

La remisión testamentaria es aquella que proviene de un testamento del causante en el que éste declara su voluntad de condonar una deuda. Este caso se llama legado de condonación y está regulado en los artículos 1128 a 1130 del Código Civil. En este caso también se requiere el consentimiento del deudor.

La remisión convencional es la que opera por acto entre vivos y requiere del consentimiento tanto

⁶⁵ Por ejemplo; el derecho de alimentos.



del acreedor como del deudor.

(2) Según su naturaleza puede ser gratuita u onerosa

La remisión a título gratuito opera cuando en deudor no da nada a cambio de la renuncia por parte del acreedor. Esta clase de remisión se rige por las reglas de la donación entre vivos. La remisión a título gratuito es una donación.

La remisión a título oneroso opera cuando el deudor a cambio de la renuncia, realiza una prestación a favor del acreedor y éste consiente en ello. En este caso, en estricto rigor, no hay una remisión sino que una novación por cambio de objeto o un contrato de transacción.

(3) Según su forma puede ser expresa o tácita

La remisión es expresa cuando se manifiesta en términos formales y explícitos. Es tácita, cuando se desprende de la ejecución de ciertos actos realizados por el acreedor.

El Artículo 1654 del Código Civil establece un caso de presunción legal de remisión tácita.

"Hay remisión tácita cuando el acreedor entrega voluntariamente al deudor el título de la obligación, o lo destruye o cancela, con ánimo de extinguir la deuda. El acreedor es admitido a probar que la entrega, destrucción o cancelación del título no fue voluntaria o no fue hecha con ánimo de remitir la deuda. Pero a falta de esta prueba, se entenderá que hubo ánimo de condonarla.

La remisión de la prenda o de la hipoteca no basta para que se presuma remisión de la deuda."

En conclusión, los casos en que opera la presunción del artículo 1654 son tres:

1. Cuando el acreedor entrega al deudor el título de la obligación.
2. Cuando el acreedor cancela el título de la obligación.
3. Cuando el acreedor destruye el título de la obligación.

Además, para que opere esta presunción en los casos señalados se debe cumplir con ciertos requisitos:

1. Que la entrega, cancelación o destrucción sea voluntaria.
2. Que la entrega, cancelación o destrucción, se realicen con la intención de extinguir la obligación.

Esta norma tiene mucha importancia porque constituye una doble excepción al derecho común. Así hace excepción al artículo 1393 y 1698 del Código Civil.



1. Excepción en materia de donación.

El artículo 1393 del Código Civil consagra la regla general de que el ánimo de donar no se presume. Así:

“La donación entre vivos no se presume, sino en los casos que expresamente hayan previsto las leyes.”

El artículo 1654 es uno de esos casos que señala la norma sobre donación.

2. Excepción en materia probatoria.

El artículo 1698 del Código Civil establece el principio de que incumbe probar la extinción de las obligaciones a quien las alega.

El artículo 1654 establece que el deudor deberá probar que hubo una entrega, cancelación o destrucción por parte del acreedor del título de la obligación. Una vez probado este hecho, la ley presume que el acreedor realizó alguno de esos actos voluntariamente y con la intención de extinguir la obligación. Por tanto, el acreedor deberá probar que no hubo una extinción de la obligación porque esa entrega, cancelación o destrucción no fue voluntaria o no tuvo la intención de extinguir la obligación.

Luego, en aquellos casos de remisión tácita que estén fuera del artículo 1654 del Código Civil, el deudor deberá probar que hubo efectivamente una extinción de la obligación.

(4) Según sus efectos puede ser total o parcial

La remisión es total cuando el acreedor renuncia íntegramente al crédito y sus accesorios.

La remisión es parcial si se condona sólo una parte de la deuda. Por Ejemplo si se condonan los intereses.

(5) Según su origen puede ser voluntaria o forzada

La remisión es voluntaria cuando el acreedor acuerda libremente con el deudor la remisión de la deuda. Es forzada cuando el acreedor es constreñido a hacer la condonación en virtud de un acuerdo entre el deudor y el acreedor y es apremiado por aquél con arreglo al artículo 664 Código de Procedimiento Civil.

La regla general es que la remisión sea voluntaria puesto que importa una renuncia de un derecho por parte del acreedor y nadie puede ser obligado a renunciar a sus derechos.



La remisión forzada se produce en el caso de la quiebra donde la mayoría de los acreedores acuerdan remitir parcialmente los créditos del deudor. Es forzada por que ese acuerdo de mayoría afecta a los acreedores que se hubiesen opuesto a la remisión parcial. Esta remisión forzada no opera respecto de la remisión total de la deuda ya que en tal caso se exige la unanimidad de los acreedores.

V. EFFECTO

Los efectos que produce la remisión son los de extinguir la obligación principal con todos sus accesorios.



PREScripción EXTINTIVA

I. INTRODUCCIÓN

La prescripción extintiva es un modo de extinguir las obligaciones. Está enumerado en el artículo 1567 N° 10 del Código Civil y desarrollado en los artículos 2492 a 2524.

La prescripción extintiva está regulada en el Código Civil junto con la prescripción adquisitiva. Esto se debe a que el Código Civil francés así lo hacía. El fundamento de este tratamiento conjunto radica en evitar repeticiones inútiles ya que existen normas comunes a ambos tipos de prescripción. Sin embargo, otros códigos como el alemán, suizo e italiano, regulan la prescripción adquisitiva junto con los modos de adquirir el derecho de dominio y la prescripción extintiva junto con modos de extinguir las obligaciones.

II. CONCEPTO

El Código Civil define conjuntamente la prescripción adquisitiva con la extintiva en el artículo 2492.

“La Prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas o no haberse ejercitado dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales.”

En consecuencia, el concepto legal de prescripción extintiva es “un modo de extinguir las acciones y derechos ajenos, por no haberse ejercitado dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales.”

III. LA PREScripción EXTINTIVA NO EXTINGUE LA OBLIGACIÓN

Del concepto del artículo 2492 de Código Civil se desprende que la prescripción no extingue obligaciones sino que acciones. Por tanto, la prescripción extintiva es un “modo de extinguir la acción para exigir el cumplimiento de una obligación.”



Los artículos 1567 N° 10 y 2520 al hablar de extinción de la obligación incurren en un error. La prescripción sólo extingue la acción para exigir el cumplimiento de la obligación. En éste sentido el artículo 2492 y 2514 del Código Civil.

Así, la prescripción extintiva produce la liberación del deudor, no porque se haya extinguido la obligación, sino porque el acreedor no tiene medio alguno para poder forzar al deudor a la realización de la prestación debida.

La prueba más evidente de que la obligación no se extingue es que, por disposición expresa de la ley, la obligación civil extinguida por prescripción subsiste como obligación natural. Así lo dispone el artículo 1470 en su N° 2 del Código Civil.

En conclusión, la obligación no se extingue por prescripción, ya que subsiste como obligación natural. Esto tiene importancia porque el pago realizado por el deudor una vez producida la prescripción extintiva no carece de causa y por tanto el acreedor tiene derecho para retener lo pagado, lo que no ocurriría si se extinguiera la obligación.

IV. FUNDAMENTO DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA

El fundamento de la prescripción extintiva es la utilidad social. La prescripción extintiva permite dar estabilidad en las relaciones jurídicas, de lo contrario podría ocurrir, por ejemplo, que un heredero del heredero cobrara una deuda.

En tal sentido, la prescripción extintiva es un beneficio establecido en favor de los deudores, porque si ella no existiera el deudor se vería obligado nuevamente a efectuar el pago, en caso que de un nuevo cobro del acreedor, si hubiera perdido por ejemplo, el documento en que constaba la cancelación de la deuda; ante ésta situación los deudores tendrían que guardar todos los documentos aún los de tiempos más remotos, para oponérselos al acreedor que pretendiera exigir un nuevo pago de la deuda⁶⁶.

Abeliuk señala que existiría una especie de presunción de que pasado un tiempo prudencial, si el acreedor no exige el cobro, es porque ha sido pagado, o la obligación se ha extinguido por alguno de los medios que la ley establece.

Se ha señalado que la institución de la prescripción extintiva es una institución inmoral ya que puede permitir que un deudor que no cumplió con su obligación, quede liberado de su cumplimiento por la prescripción extintiva. Sin embargo, en tal caso, se entiende que la prescripción extintiva opera como una sanción a la desidia y negligencia del acreedor.

⁶⁶ Tomado de Alessandri.



Sin duda, los beneficios de la prescripción extintiva son superiores al riesgo de que un deudor eventualmente salga favorecido con ésta institución.

V. REGLAS COMUNES A TODA PRESCRIPCIÓN

- (1) La prescripción debe ser alegada.
- (2) La prescripción puede renunciarse.
- (3) La prescripción corre por igual a favor y en contra de toda clase de personas.

(1) La prescripción debe ser alegada

Esta exigencia la establece el artículo 2493 del Código Civil:

“El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el juez no puede declararla de oficio.”

Se ha señalado que la prescripción de la acción ejecutiva sería una excepción ya que debe declararse de oficio. Sin embargo, parece que este sería en realidad un caso de caducidad más que de prescripción.

La prescripción extintiva se alega generalmente por vía de excepción. Así, una vez demandado el cumplimiento por el acreedor el deudor se defenderá alegando que la acción está prescrita.

La excepción de prescripción puede oponerse en cualquier estado del juicio, antes de la citación para oír sentencia en primera instancia y antes de la vista de la causa en segunda instancia.

Se ha discutido si la prescripción extintiva puede alegarse por vía de acción. La jurisprudencia es contradictoria en este punto. Abeliuk señala que no existiría inconveniente.

(2) La prescripción puede renunciarse

Para poder renunciar a la prescripción hay que cumplir con dos requisitos:

(a) Sólo puede renunciarse una vez cumplida

El artículo 2494 del Código Civil establece lo siguiente:

“La prescripción puede ser renunciada expresa o tácitamente; pero sólo después de cumplida.”



El fundamento consiste en que si pudiera renunciarse la prescripción con anterioridad, la renuncia anticipada sería una cláusula de estilo en los contratos y de esa forma se perdería el objetivo de seguridad jurídica perseguido con la prescripción.

(b) Para renunciar se necesita capacidad para enajenar

Así lo dispone el artículo 2495 del Código Civil.

“No puede renunciar la prescripción sino el que puede enajenar”.

La renuncia a la prescripción puede ser expresa o tácita. Expresa, cuando se realiza en términos formales y explícitos. Tácita, cuando el que puede alegarla manifiesta por un hecho suyo que reconoce el derecho del dueño o del acreedor. La renuncia tácita la señala el artículo 2494 en su inciso segundo.

“Renúnciase tácitamente, cuando el que puede alegarla manifiesta por un hecho suyo que reconoce el derecho del dueño o del acreedor; por ejemplo, cuando cumplidas las condiciones legales de la prescripción, el poseedor de la cosa la toma en arriendo, o el que debe dinero paga intereses o pide plazo.”

La renuncia a la prescripción tácita tiene una semejanza con la interrupción natural de la prescripción, ya que ella también implica un reconocimiento expreso o tácito de la obligación. La diferencia radica en que la interrupción opera mientras la prescripción está transcurriendo y la renuncia sólo una vez que se ha cumplido.

La renuncia es de efectos relativos

En este sentido, es conteste con el principio general que establece el efecto relativo de los actos jurídicos. Por tanto, sólo produce efectos respecto del acreedor y el deudor principal.

Así el artículo 2496 del Código Civil establece el efecto relativo respecto del fiador:

“El fiador podrá oponer al acreedor la prescripción renunciada por el principal deudor.”

En consecuencia, esta norma establece que la renuncia no produce efectos respecto del fiador.

La jurisprudencia le ha dado una aplicación más amplia ha esta norma, extendiéndola, por ejemplo, al tercer poseedor de una finca hipotecada.

(3) La prescripción corre por igual a favor y en contra de toda clase de personas



Antiguamente las legislaciones hacían distinciones en materia de prescripción, según la calidad o situación particular de algunas personas.

Así, el Código Civil, en su artículo 2497 establece que la prescripción corre por igual a favor y en contra de toda clase de personas.

Sin embargo, existe una excepción. La suspensión de la prescripción a favor de los incapaces.

VI. REQUISITOS DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA

- (1) Acción prescriptible
- (2) Transcurso del tiempo
- (3) Inactividad de las partes

(1) Acción prescriptible

La regla general es que toda acción prescribe. Para que una acción no prescriba se necesita de una norma expresa que así lo declare.

Acciones imprescriptibles

1. La acción de partición. En conformidad con el artículo 1317 del Código Civil.
2. La acción de reclamación del estado civil del hijo. En conformidad con el artículo 320 del Código Civil.
3. La acción de demarcación y cerramiento. La ley no lo señala expresamente pero la agrega la doctrina porque es una manifestación del derecho de dominio.

(2) Transcurso del tiempo

Éste es el elemento más característico de la prescripción extintiva⁶⁷. El plazo es variable. En atención al plazo la prescripción se divide en (a) prescripción de largo tiempo y (b) prescripción de corto tiempo.

¿Desde cuando se cuentan los plazos de prescripción?

En conformidad con el artículo 2514 desde que la obligación se ha hecho exigible.

Las partes no pueden ampliar los plazos de prescripción, salvo que la ley expresamente lo autorice, como en el caso de la acción redhibitoria señalada en el artículo 1866 del Código Civil. Por otro

⁶⁷ Este es el único requisito que señala el artículo 2514 del Código Civil.



lado, parece no existir inconveniente con pactar una disminución en los plazos de la prescripción ya que, en tal evento, no se vulnera el fundamento de la prescripción extintiva que es dar estabilidad en las relaciones jurídicas. Además existen normas expresas que permiten una disminución en el plazo. Así en la acción rehibitoria, pacto comisorio y pacto de retroventa.

Según Abeliuk, debería aceptarse el pacto en que se disminuye el plazo de la prescripción ya que no hay norma legal que la prohíba y en virtud de la autonomía de la voluntad.

(3) Inactividad de las partes

Durante el plazo de la prescripción extintiva debe haber existido una inactividad jurídica tanto por parte del acreedor como por parte del deudor. La inactividad se refiere fundamentalmente, respecto del acreedor ya que es el quien tiene interés en el cobro de la deuda.

VII. CLASIFICACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA

La prescripción se clasifica, según el tiempo que se requiere para que se extinga la acción en prescripción de largo tiempo y prescripción de corto tiempo.

(1) Prescripciones de largo tiempo

Dentro de la prescripción de largo tiempo está la prescripción de acciones reales y personales. Dentro de las reales está (1) la acción real de dominio; (2) la acción de petición de herencia y (3) las acciones reales provenientes de las limitaciones del dominio. Dentro de las personales están (1) la acción ordinaria; (2) la acción ejecutiva y (3) las acciones de obligaciones accesorias.

Acciones reales		Plazo
(1)	La acción real de dominio.	Esta acción prescribe cuando un tercero adquiere el dominio por <u>prescripción adquisitiva</u> .
(2)	La acción de petición de herencia.	Esta acción prescribe cuando un tercero adquiere el dominio del derecho de herencia por <u>prescripción adquisitiva</u> en el plazo de 10 o 5 años.
		Acción para reclamar el derecho de usufructo o de uso y habitación respecto de un tercer poseedor.
		Esta acción prescribe cuando el tercero adquiere el derecho de usufructo o de uso y habitación por <u>prescripción adquisitiva</u> .



(3) Las acciones reales provenientes de las limitaciones del dominio.	Derechos de usufructo, uso y habitación.	Acción para reclamar el derecho de usufructo o de uso y habitación respecto del propietario.	Se discute. Luis Claro Solar señala que se aplica la prescripción extintiva de la acción personal ordinaria (5 años). Alessandri señala que se extingue cuando otra persona haya adquirido el derecho de usufructo por <u>prescripción adquisitiva</u> . ⁶⁸
	Derechos de servidumbre.		3 años desde que se dejó de gozar.

Acciones personales		Plazo
(1) La acción ordinaria.		5 años contados desde que la obligación se ha hecho exigible.
(2) La acción ejecutiva.		3 años contados desde que la obligación se ha hecho exigible. transcurridos los tres años la acción ejecutiva se transforma en ordinaria por 2 años más.
(3) Las acciones de obligaciones accesorias.		Prescriben <u>cundo prescriba la acción principal</u> .

(2) Prescripciones de corto tiempo

Las prescripciones de corto tiempo son aquellas que tiene un plazo menor de 5 años.

Acciones	Plazo
(1) Las acciones a favor o en contra del fisco y de las municipalidades provenientes de toda clase de impuestos.	3 años. Artículo 2521 inc. 1° del Código Civil.
(2) Los honorarios de jueces, abogados, procuradores, médicos, directores y profesores de colegios y escuelas, los de ingenieros y, en general, de los que ejercen cualquiera profesión liberal.	2 años. Artículo 2521 n°2 del Código Civil.
(3) La acción de los mercaderes, proveedores y artesanos por el precio de los artículos que despachan al menudeo.	1 año. artículo 2522 inc. 1° del Código Civil.
(4) La acción por el precio de servicios que se prestan periódica o accidentalmente, como posaderos, acarreaderos, mensajeros, barberos, etc.,	1 año. Artículo 2522 inc. 2° del Código Civil.

(3) Importancia de distinguir entre prescripción de largo y corto tiempo

La importancia de esta distinción radica en que sólo la prescripción de largo tiempo permite suspensión.

⁶⁸ René Abeliuk comparte la posición de Luis Claro Solar.



Interrupción de la prescripción

La interrupción de la prescripción es el cese en la inactividad de alguna de las partes lo que produce como consecuencia que se pierda todo el tiempo que ya ha corrido de prescripción. Por tanto, la interrupción favorece al acreedor y perjudica al deudor.

La interrupción de la prescripción extintiva puede ser civil o natural. El artículo 2518 inciso primero del Código Civil señala que:

“La prescripción que extingue las acciones ajenas puede interrumpirse ya naturalmente, ya civilmente.”

1. Interrupción natural

El inciso segundo del artículo 2518 del Código Civil señala cuando la interrupción es natural.

“Se interrumpe naturalmente por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya expresa, ya tácitamente.”

En consecuencia, se produce por el hecho de reconocer el deudor la obligación. Así, esta interrupción la provoca el deudor.

2. Interrupción civil

El inciso tercero del artículo 2518 del Código Civil señala cuando la interrupción es civil

“Se interrumpe civilmente por la demanda judicial; salvo los casos enumerados en el artículo 2503 del Código Civil.”

En consecuencia, la interrupción civil de la prescripción se produce cuando el acreedor es quien rompe con la inactividad.

Esta interrupción debe cumplir con ciertos requisitos:

- (a) Demanda judicial.
- (b) Notificación de la demanda.
- (c) Que no se haya producido alguna de las situaciones previstas en el artículo 2503 del Código Civil.
 - (c.1) Abandono del procedimiento
 - (c.2) Desistimiento de la demanda
 - (c.3) Sentencia absolutoria



(c.4) La demanda no se haya notificado en forma legal.

3. Efectos de la interrupción

El efecto de la interrupción es hacer perder todo el tiempo que ya ha corrido. La regla general, es que la interrupción tiene efectos relativos. Las excepciones son dos: (a) obligaciones solidarias, en conformidad con el artículo 2519 del Código Civil y (b) obligaciones indivisibles, en conformidad con el artículo 1529 del Código Civil.

La interrupción de la prescripción de la obligación principal interrumpe la prescripción de la obligación accesoria.

Suspensión de la prescripción

El artículo 2520 del Código Civil señala que:

“La prescripción que extingue la obligación se suspende a favor de las personas enumeradas en los números 1 y dos del artículo 2509.
Transcurridos diez años no se tomará en cuenta las suspensiones mencionadas en el artículo precedente.”

Por tanto, la prescripción extintiva se suspende a favor de los acreedores incapaces y de la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal.

VIII. DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA Y EXTINTIVA

A. Diferencias

	Prescripción adquisitiva	Prescripción extintiva
Finalidad	Es un modo de adquirir el derecho de dominio.	Es un modo de extinguir las obligaciones.
Requisitos	Es más exigente que la prescripción extintiva ya que requiere de Posesión, justo título y buena fe según el caso.	Es menos exigente que la prescripción adquisitiva. Por tanto no se clasifica en ordinaria y extraordinaria.
Derechos	Está vinculada sólo con los derechos reales.	Está vinculada con los derechos personales y reales.

B. Semejanzas

Prescripción adquisitiva	Prescripción extintiva
--------------------------	------------------------



Fundamento	Ambas tienen como fundamento la estabilidad en las relaciones jurídicas.
Transcurso del tiempo	Ambas tienen como elemento en común el transcurso del tiempo.
Reglas comunes	Ambas tienen en común la interrupción y suspensión de la prescripción, la necesidad de alegarla, etc.

IX. PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA Y CADUCIDAD

La prescripción extintiva y la caducidad tienen grandes semejanzas. En ambas se produce la pérdida de un derecho como consecuencia de la inactividad de su titular durante un determinado plazo.

La teoría de la caducidad es de desarrollo más reciente. Se presenta en los casos en que la ley establece un plazo para ejercitar un derecho o ejecutar un acto, de manera que si vencido el plazo no se ha ejercitado el derecho o ejecutado el acto, ya no puede hacerse posteriormente.

El Código Civil chileno no regula la caducidad,⁶⁹ pero tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional, reconocen ampliamente su existencia cada vez que se cumplen ciertas circunstancias: (1) Ejercicio de un derecho o ejecución de un acto; (2) dentro de un plazo prefijado; (3) pasado el plazo no puede ejercerse el derecho o ejecutarse el acto.

La caducidad está muy relacionada con el plazo fatal⁷⁰, ya que vencido ese plazo no puede ejecutarse válidamente el acto.⁷¹ Así, la caducidad es el efecto que produce la expiración de un plazo fatal. Un sentencia⁷² señaló lo siguiente: “La caducidad es la pérdida de la facultad de hacer valer un derecho como consecuencia de la expiración de un plazo fatal.”

En este sentido Pedro Lira definió la caducidad de la siguiente forma: “La caducidad abarca todos aquellos plazos legales por cuyo transcurso se produce la extinción de un derecho, de una manera diversa y más enérgica que si estuviéramos sometidos a una prescripción común.”⁷³

El legislador recurre a la caducidad cada vez que desea que determinadas situaciones jurídicas se consoliden rápidamente. Es por ello que los plazos son generalmente breves. Un caso típico de caducidad se presenta en la acción de impugnación de la legitimidad del hijo.⁷⁴

⁶⁹ El Código Civil italiano regula la caducidad con el nombre de decadencia.
⁷⁰ Ver artículo 49 del Código de Procedimiento Civil.

⁷¹ En el Derecho Procesal el efecto de la caducidad se presenta en la institución de la preclusión.

⁷² En RDI, t.80, secc. 1ª, p. 34.

⁷³ La caducidad está vinculada, generalmente, con los plazos legales. Sin embargo, Abeliuk señala que no hay inconveniente para que sea establecida convencionalmente. La resolución ipso facto sería una verdadera caducidad convencional.

⁷⁴ La caducidad no se presenta frecuentemente en el derecho civil, salvo en materia de familia. En leyes especiales es más frecuente.



A continuación se enumeran las principales diferencias entre la caducidad y la prescripción extintiva.

Diferencias

	Caducidad	Prescripción extintiva
Fundamentos	Tiene como único fundamento el "estabilizar rápidamente una situación jurídica".	Tiene más fundamentos, como la sanción al acreedor negligente.
Plazos	Los plazos son generalmente más breves.	Los plazos son generalmente más extensos.
Vínculo jurídico previo entre partes	No supone un vínculo previo entre las partes.	Supone, generalmente un vínculo jurídico previo entre las partes.
Impulso procesal	Puede y debe ser declarada de oficio. Y como no debe ser alegada opera por el sólo vencimiento del plazo.	Debe ser alegada.
Notificación	Para invocar un derecho sujeto a caducidad basta que el derecho se ejerza dentro de plazo, aunque la notificación se realice posteriormente. ⁷⁵	Se requiere que la notificación sea dentro de plazo.
Renuncia	No puede renunciarse.	Puede renunciarse una vez vencido el plazo.
Suspensión	No admite suspensión.	Si admite suspensión.
Interrupción	No admite interrupción. ⁷⁶	Si admite interrupción.
Efecto	La caducidad extingue el derecho o vínculo jurídico y además la acción.	La prescripción extintiva no extingue la obligación ya que esta se transforma en natural.

⁷⁵ Esta diferencia la señala René Ramos Pazos.

⁷⁶ El Código Civil italiano y peruano establecen en normas expresas que la caducidad no admite suspensión ni interrupción.



CURSO DE OBLIGACIONES

DERECHO CIVIL III

ANEXO

CESIÓN DE CRÉDITOS, ASUNCIÓN DE DEUDAS Y PRELACIÓN DE CRÉDITOS *

* Este material ha sido preparado por el profesor Rodrigo Gil para su curso de Derecho Civil III. Obligaciones 2007. Este texto es material de lectura obligatoria para la preparación de las clases. Asimismo, este material se encuentra en proceso de revisión para la edición de una nueva versión, por lo que cualquier comentario o sugerencia será agradecida por el autor. Adicionalmente se incluye una reproducción con fines exclusivamente académicos del capítulo Prelación de Créditos de la última edición del Tratado de las Obligaciones de Arturo Alessandri.



CAPITULO I

CESIÓN DE CRÉDITOS

I. INTRODUCCIÓN

La cesión de derechos esta regulada en el Código Civil en el título XXV del libro IV, bajo el epígrafe “Cesión de Derechos”. Es este título se regula la cesión de créditos en los artículos 1901 a 1908; la cesión del derecho de herencia en los artículos 1909 a 1910 y la cesión de derechos litigiosos en los artículos 1911 a 1914. Aquí nos referiremos sólo a la cesión de créditos.

Los créditos pueden ser nominativos, a la orden o al portador. Las normas del Código Civil que regulan la “cesión de créditos”, se refieren sólo a la “cesión créditos nominativos”; sean éstos civiles o mercantiles. La cesión de créditos a la orden¹ y al portador² se encuentran reguladas en el Código de Comercio, en la Ley de Letras de Cambio y Pagaré y en el DFL n.º 707 sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques.

Los créditos nominativos³ son definidos por Abeliuk como aquellos en que se indica la persona del acreedor quien es el único que, personalmente o representado, puede exigir el pago.

Como ejemplos de créditos nominativos tenemos (1) el crédito que tiene el vendedor de una cosa para exigir el precio; (2) el crédito que tiene el comprador para exigir la entrega de la cosa; (3) el crédito que tiene el promitente contratante para exigir el otorgamiento del contrato prometido; (4) el crédito que tiene el arrendador para el cobro de la renta; etc.

En conclusión, las normas del Código Civil sobre “cesión de créditos” sólo se aplican a la cesión de créditos nominativos. Así lo dispone expresamente el artículo 1908 del Código Civil.

“Las disposiciones de este título no se aplicarán a las letras de cambio, pagarés a la orden, acciones al portador y otras especies de transmisión que se rigen por el Código de Comercio o por leyes especiales.”

¹ Los créditos a la orden son definidos por Abeliuk como “aquellos en que se indica la persona del acreedor, pero el pago es a su orden, o sea, debe hacerse a aquel a quien indica el acreedor”. La cesión de créditos a la orden, en conformidad con el artículo 164 del Código de Comercio, se realiza por medio del endoso. La doctrina del derecho comercial, suele emplear para la definición de endoso el antiguo (hoy derogado) artículo 655 del Código de Comercio que lo definía como: “El escrito puesto al dorso de la letra de cambio y demás documentos a la orden.”

² Los créditos al portador son definidos por Abeliuk como “Aquellos en que no se menciona la persona del acreedor o que, no obstante esta mención, pueden ser válidamente pagados a quien los presente.” Un ejemplo típico es el cheque en que no se borra la expresión “al portador”. La cesión de créditos al portador, se realiza, en conformidad con el artículo 164 del Código de Comercio, por la “mera tradición manual”. Esto es, por la simple entrega del título.

³ También se llaman créditos nominales o no endosables.

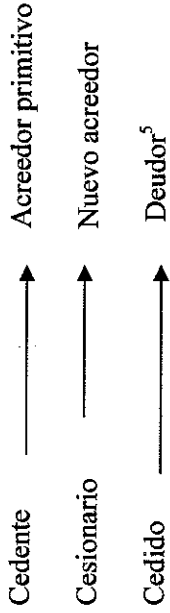


II. CONCEPTO DE CESIÓN DE CRÉDITOS

La cesión de créditos nominativos la define Abeliuk como “La convención por la cual el acreedor transfiere su crédito a otra persona, llamada cesionario, que pasa a ocupar la situación jurídica del cedente en el derecho cedido.”⁴

III. PERSONAS QUE INTERVIENEN EN LA CESIÓN

En la cesión de créditos nominativos intervienen tres personas:



IV. PERFECCIONAMIENTO DE LA CESIÓN

Existen distintos requisitos para el perfeccionamiento de la cesión entre el cedente y el cesionario y para el perfeccionamiento de la cesión respecto del deudor y terceros. Esto es importante para los efectos de la cesión. Son distintos si sólo se perfecciona entre el cedente y el cesionario, o si también se perfecciona respecto del deudor y terceros.

Así, para la perfección entre el cedente y el cesionario se exige: (1) la entrega del título; (2) la existencia de un título traslativo de dominio; y (3) que el crédito sea cesible. A su vez, para que se perfeccione respecto del deudor cedido y terceros se requiere, además de los requisitos ya señalados que (4) el cesionario notifique al deudor cedido o este acepte. En tal sentido, esta última exigencia es un requisito de oponibilidad.

Estos cuatro requisitos se analizarán a continuación.

V. REQUISITOS

(1) Cesión = tradición. Por tanto requiere de la entrega del título

⁴ El antecedente más remoto de la cesión de crédito se encuentra en el derecho romano. Allí, la cesión de créditos se aceptó, indirectamente, por medio de la “*procuratio in rem suam*”. Por esta figura, el acreedor otorgaba mandato al “*procurator*” (cesionario) para que cobrara el crédito, liberándolo de la obligación de rendir cuenta. Sin embargo, esta figura tenía ciertos inconvenientes, entre ellos, que con anterioridad a la “*litis contestatio*”, que fijaba irrevocablemente los derechos de las partes, perfectamente el deudor podía pagar al cedente del crédito y por lo tanto se impedía la cesión de créditos. Estos inconvenientes, fueron superados en la época del imperio, por medio de la exigencia de efectuar una notificación al deudor en la que se comunicaba la designación de mandatario.

⁵ Normalmente se habla de deudor cedido.



La cesión de créditos nominativos es la tradición de los derechos personal. Esto es, la cesión de créditos nominativos es la forma de realizar la tradición del derecho de dominio que el acreedor tiene sobre su crédito.⁶

Ahora bien, la forma de realizar la tradición de los créditos nominativos, esto es, la forma de realizar la cesión, esta regulada en el artículo 1901 del Código Civil:

“La cesión de un crédito personal, a cualquier título que se haga, no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título.”

En consecuencia, la forma de realizar la tradición es por medio de la entrega del título⁷ correspondiente. La jurisprudencia ha señalado que no es necesaria la entrega material del título, sino que basta la entrega simbólica, en cualquiera de las formas que señala el artículo 684 del Código Civil. También se ha fallado, que como la entrega puede ser simbólica, perfectamente puede realizarse una cesión de créditos que no consten por escrito, esto es, que se hayan celebrado verbalmente.

Luego, la tradición o cesión del crédito se realiza entre en acreedor primitivo (cedente) y el nuevo acreedor (cesionario).

(2) La cesión requiere de un título traslaticio de dominio

Si la cesión de créditos es una tradición, se tiene que es un modo de adquirir el derecho de dominio derivativo y, por lo tanto, requiere de un título traslaticio de dominio que justifique esa tradición. El título traslaticio de dominio que sirva de antecedente, será generalmente la compraventa, sin embargo, perfectamente puede ser otro como una permuta, una donación⁸, aporte en sociedad, dación en pago, etc.

La exigencia del título, queda de manifiesto en dos disposiciones:

(a) En el artículo 1901 del Código Civil que dispone:

“La cesión de un crédito personal, a cualquier título que se haga, no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título.”

(b) En el artículo 699 del Código Civil que dispone:

⁶ Hay que recordar que sobre los derechos (cosas incorporales) se tiene una especie de propiedad en conformidad con el artículo 583 del Código Civil. Luego, la forma de realizar la tradición de esos derechos personales es por medio de la cesión de derechos contemplada en el Código Civil en sus artículos 1901 a 1908.

⁷ La entrega del título es un requisito indispensable no sólo en la tradición de los créditos nominativos, sino que también de los créditos a la orden y al portador. Es un requisito común.

⁸ Nada obsta para que el título sea gratuito y no oneroso.



“La tradición de los derechos personales que un individuo cede a otro se verifica por la entrega del título hecha por el cedente al cesionario.”

(3) El crédito debe ser cesible

La regla general es que todos los créditos sean cesibles, salvo las excepciones legales.

Hay créditos que no pueden cederse por expresa prohibición de la ley, por ejemplo, el derecho de alimentos en conformidad con el artículo 334 del Código Civil;⁹ los derechos del arrendatario en conformidad con el artículo 1946 del Código Civil.¹⁰

Tampoco podrá cederse un crédito cuando por decreto judicial se haya prohibido su enajenación, o haya sido embargado, pues hay objeto ilícito y por ende nulidad absoluta si la cesión se efectúa.¹¹

Tratándose de créditos a plazo, perfectamente pueden cederse. En cambio, tratándose de los créditos sujetos a condición suspensiva, se ha planteado controversia en la doctrina.¹² La jurisprudencia, en general, ha señalado que perfectamente pueden cederse los créditos sujetos a condición suspensiva, pero en tal caso, sólo se cede la “expectativa del acreedor condicional”.¹³

(4) Notificación o aceptación por parte del deudor cedido

Este requisito es necesario para que la cesión pueda producir sus efectos respecto del deudor y de terceros. Es un requisito de oponibilidad.

El artículo 1902 del Código Civil que dispone:

“La cesión no produce efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste.”

De esta norma se infiere que para que la cesión produzca efecto respecto del deudor y de terceros, se requiere:

(a) Notificación del cesionario al deudor cedido; o

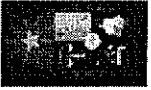
⁹ El artículo 334 del Código Civil dispone “El derecho de pedir alimentos no puede transmitirse por causa de muerte, ni venderse o cederse de modo alguno, ni renunciarse.”

¹⁰ Esta prohibición tiene una excepción que se contempla en el mismo artículo 1946 que consiste en que el arrendador lo faculte expresamente para ceder los derechos. El artículo 1946 dispone: “El arrendatario no tiene la facultad de ceder el arriendo ni de subarrendar, a menos que se le haya expresamente concedido; pero en este caso no podrá el cesionario o subarrendatario usar o gozar de la cosa en otros términos que los estipulados con el arrendatario directo.”

¹¹ Artículo 1464 n.º 3 del Código Civil.

¹² La controversia se ha planteado, principalmente, tratándose de la cesión de seguros con anterioridad a la ocurrencia del siniestro.

¹³ Abelink coincide con esta postura.



(b) Aceptación del deudor cedido.¹⁴

Luego, se tiene que la cesión de créditos se puede realizar sin el conocimiento e incluso en contra de la voluntad del deudor cedido, debido a que basta la sola notificación que se haga al deudor. En consecuencia, ya se advierte una gran diferencia con la novación por cambio de acreedor en la que si se exige el consentimiento del deudor para que se perfeccione la novación. A su vez, esta es una semejanza que tiene la cesión de créditos con la figura del pago con subrogación, ya que en ambas, se pueden perfeccionar sin el consentimiento del deudor.

(a) Notificación

La notificación de la cesión debe cumplir con ciertos requisitos:

1. La notificación debe ser judicial

Se requiere de una resolución judicial para que el receptor concorra y notifique al deudor. El Código Civil nada dice respecto de cómo debe ser la notificación. Sin embargo, el artículo 47 del Código de Procedimiento Civil señala el tipo de notificación que se requiere.

“La forma de notificación de que tratan los artículos precedentes se empleará siempre que la ley disponga que se notifique a alguna persona para la validez de ciertos actos, o cuando los tribunales lo ordenen expresamente.”

La disposición recién transcrita, cuando se refiere a los “artículos precedentes” se esta refiriendo a la notificación personal y a la notificación subsidiaria.¹⁵

Sin embargo, existe otra parte de la doctrina que sostiene que no es aplicable la norma del artículo 47 del Código de Procedimiento Civil ya que ella exige que se notifique personalmente cuando la ley lo exija para la “validez de ciertos actos” y, en el caso de la notificación al deudor cedido, no se está notificando para la validez de la cesión sino que para su oponibilidad al deudor y a terceros.¹⁶

En todo caso, Abeliuk, sostiene que debería ser una notificación personal o subsidiaria por ser la primera notificación en el proceso. En este caso sería un procedimiento de gestión voluntaria en conformidad con el artículo 817 del Código de Procedimiento Civil.

2. La notificación debe hacerla el cesionario

La notificación debe efectuarse por el cesionario al deudor cedido. Así lo dispone el artículo 1902 del Código Civil:

¹⁴ Recuérdese que esta exigencia no es copulativa sino disyuntiva.

¹⁵ Contemplada en el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil.

¹⁶ A esta postura adhiere, por ejemplo, el profesor de Derecho comercial Rafael Gómez.



“La cesión no produce efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste.”

3. Debe exhibirse el título al deudor

Este requisito lo contempla el artículo 1903 del Código Civil:

“La notificación debe hacerse con exhibición del título, que llevará anotado el traspaso del derecho con la designación del cesionario y bajo la firma de cedente.”¹⁷

El artículo 1903 al referirse al “título” se esta refiriendo al título traslativo de dominio que sirvió de antecedente a la cesión. La ley exige que sea el mismo título, esto es, el original, el que se muestre materialmente al deudor cedido y, por tanto, no puede mostrarse una copia.¹⁸

¿Puede notificarse al deudor, conjuntamente, la cesión del crédito y la demanda de pago?

Algunas sentencias han aceptado que se notifique conjuntamente la cesión con la demanda de cumplimiento. Sin embargo, es un error ya que si no ha mediado primeramente la notificación de la cesión, el cesionario no está legitimado para demandar al deudor ya que sin notificación o aceptación, la cesión le es inoponible al deudor.¹⁹

Sin embargo, en aquellos casos en que se realice conjuntamente la notificación de la cesión y de la demanda y el deudor contesta la demanda se producirá un caso de aceptación tácita del deudor.

(b) Aceptación

La aceptación del deudor puede ser expresa o tácita. Será expresa cuando se realice en términos formales y explícitos. En estos casos es frecuente que el deudor concurre a la misma escritura de cesión, aceptando esta²⁰.

La aceptación del deudor será tácita cuando realice cualquier acto del cual se deduzca que reconoce al cesionario como su acreedor.

La aceptación tácita, la reconoce expresamente el artículo 1904 del Código Civil:

¹⁷ Un sector de la doctrina sostiene que esta norma contiene un requisito adicional para el perfeccionamiento de la cesión entre cedente y cesionario, al que denominan “traspaso”. Este requisito consistiría en que para que la cesión produzca sus efectos entre cedente y cesionario se requiere que exista además, un acto escrito en el que, bajo la firma del cedente, se designa a la persona del cesionario.

¹⁸ Así lo ha establecido la jurisprudencia.

¹⁹ Así lo señalan Alejandro Silva Bascuñán y Abeliuk.

²⁰ La aceptación también puede ser pura y simple o con reservas. La aceptación con reservas es aquella en la que el deudor cedido reserva, por ejemplo, las excepciones personales.



“La aceptación consistirá en un hecho que la suponga, como la litis contestación”²¹ con el cesionario, un principio de pago al cesionario, etc.”

El artículo 1903 enumera ciertos ejemplos, al cual se puede agregar la solicitud del deudor de una prórroga del plazo.

(c) Importancia de distinguir entre aceptación y notificación

La importancia de determinar si el deudor cedido tuvo conocimiento de la cesión por vía de aceptación o por vía de notificación se presenta en materia de compensación.

El artículo 1659 contempla un caso en que el deudor cedido no puede oponer contra el cesionario aquellos créditos que podía compensar contra el cedente.

El artículo 1659 dispone:

“El deudor que acepta sin reserva alguna la cesión que el acreedor haya hecho de sus derechos a un tercero, no podrá oponer en compensación al cesionario los créditos que antes de la aceptación hubiera podido oponer al cedente.

Si la cesión no ha sido aceptada, podrá el deudor 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.”

En consecuencia, si hubo notificación, el deudor puede oponer los créditos contra el cesionario. Si hubo aceptación, no puede oponerlos a menos que haya hecho reserva respecto de esos créditos.

Como puede apreciarse al deudor cedido no le conviene aceptar la cesión en aquellos casos en que tenga créditos que compensar contra el cedente.

(d) Sanción por falta de notificación o aceptación

Si falta la notificación o aceptación la cesión es válida entre el cedente y el cesionario pero es inoponible al deudor y a terceros.

Así lo dispone el artículo 1905 del Código Civil.

“No interviniendo la notificación o aceptación sobredichas, podrá el deudor pagarle al cedente, o embargarse el crédito por los acreedores del cedente; y

²¹ Entiéndase contestación de la demanda.



en general, se considerará existir el crédito en manos del cedente respecto del deudor y terceros.”

La norma señala a modo ejemplar dos consecuencias: (a) El deudor puede pagar al cedente y (b) los acreedores del cedente pueden perseguir el crédito.

En consecuencia, si por ejemplo, el cesionario aún no ha notificado al deudor y éste paga al cedente, el cesionario tiene acción contra el cedente, ya que, como se ha dicho, la cesión se perfecciona entre cedente y cesionario sin la necesidad de notificación o aceptación del deudor cedido.

(e) El deudor no puede oponerse a la cesión

El deudor no puede oponerse a la cesión, esto se debe a que el acreedor tiene un derecho de propiedad sobre su crédito y por lo tanto, si el deudor pudiera oponerse a la cesión se estaría afectando el derecho de propiedad del acreedor.

La jurisprudencia, ha aceptado la oposición sólo en ciertos casos, tales como: no ser deudor del crédito cedido, que el deudor se halla convertido en dueño del crédito, etc.²²

VI. EFECTOS DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS

Para determinar los efectos de la cesión hay que distinguir si ésta se perfeccionó sólo entre cedente y cesionario o si se perfeccionó también respecto del deudor cedido.

Si la cesión se perfeccionó sólo entre el cedente y el cesionario se produce el traspaso del crédito al cesionario y, por tanto, el cesionario reemplaza jurídicamente al cedente. Sin embargo, el cesionario no puede cobrar el crédito al deudor cedido, ya que si no ha mediado notificación o aceptación, la cesión le es inoponible al deudor.

Estos efectos se analizarán a continuación.

(1) Efectos entre el cedente y el cesionario

Realizada la cesión de derechos, se produce una subrogación personal entre el cedente y el cesionario. Luego, es el mismo crédito el que se transfiere y, por tanto, el cesionario se coloca en la misma posición jurídica del cedente.

En consecuencia, si es el mismo crédito el que se transfiere se traspasan los accesorios de este. Así, la cesión de un crédito comprende sus fianzas, privilegios e hipotecas.

²² Como puede apreciarse en estos casos no se ve afectado el derecho de propiedad del acreedor, pues no es el legítimo dueño de crédito.



Esto esta dispuesto en el artículo 1906 del Código Civil.

“La cesión de un crédito comprende sus fianzas, privilegios e hipotecas; pero no traspasa las excepciones personales del cedente.”

Debido a que el cesionario se coloca en la misma situación jurídica del cedente, se desprenden las siguientes consecuencias:

1. El cesionario adquiere la calidad de acreedor del crédito cedido

En razón de esto, se tiene que el cesionario tiene los mismos derechos que el cedente en su calidad de acreedor. En otras palabras, la cesión de créditos no transfiere al cesionario la calidad de contratante sino sólo la de acreedor.²³ Esto tiene importancia ya que si no se transfiere la calidad de contratante, el cesionario no puede ejercer ciertas acciones, por ejemplo, la acción resolutoria.

2. Se traspasan los privilegios del crédito

El privilegio se traspasa ya que es inherente al crédito.

3. Se traspasan las cauciones personales

Así, según la jurisprudencia, se traspasan las fianzas, fianzas solidarias, cláusulas penales, los codeudores solidarios.

4. Se traspasan las cauciones reales

Si el crédito estaba caucionado con hipoteca o prenda, continúa estándolo.

Surge la pregunta sobre si se requiere o no una nueva inscripción en el caso de la hipoteca. Se ha sostenido que no es necesaria ya que como es la misma hipoteca conserva el grado que le corresponde en atención a la fecha de su inscripción. Sin embargo, nunca está de más, realizar una anotación al margen de la inscripción.

En conclusión, se tiene que como se coloca el cesionario en la misma posición jurídica del acreedor tiene sus mismo derechos. Por ejemplo, si el acreedor podía proceder ejecutivamente contra el deudor, también podrá proceder así el cesionario.²⁴

Sin embargo, existe una excepción consagrada en el mismo artículo 1906 del Código Civil:

²³ Esta es la postura de la mayoría de las legislaciones que contemplan la figura de la cesión de créditos.

²⁴ Se ha fallado también que como el cesionario ocupa la misma posición jurídica que el cedente, la cosa juzgada producida con respecto a la persona del cedente, se produce también respecto de la persona del cesionario.



“La cesión de un crédito comprende sus fianzas, privilegios e hipotecas; pero no traspasa las excepciones personales del cedente.”

El precepto incurre en un error ya que señala que “no traspasa las excepciones personales del cedente” y el cedente es acreedor y por tanto no tiene excepciones sino que acciones.

Abeliuk considera que esta norma se refiere a las prerrogativas personalísimas que tiene el acreedor en razón de su situación personal. Así, no se traspasarían al cesionario, por ejemplo, el beneficio de competencia, la suspensión de la prescripción, el fuero para la competencia, el privilegio de pobreza, los intereses más elevados que podrían cobrar ciertas instituciones en atención a su especial calidad, etc.²⁵

Luego, esta sería una excepción a que el cesionario se coloca en la misma posición jurídica del cedente.

Sin embargo, existen una caso en el que, por expresa disposición de la ley, se traspaso al cesionario una excepción personal del cedente. Este es el caso de la nulidad relativa.

El artículo 1684 del Código Civil establece lo siguiente:

“La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el ministerio público en el sólo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo o por la ratificación de las partes.”

En conclusión, en conformidad con el artículo 1906, las acciones personales del cedente no se traspasan, salvo la acción para demandar la nulidad relativa por expresa disposición de la ley.

Responsabilidad del cedente con el cesionario.

Esta materia dice relación con la garantía de hecho y de derecho.

Garantía de hecho es aquella por la cual el cedente “garantiza” al cesionario la solvencia presente del deudor cedido hasta el monto de la cesión. En consecuencia, si el deudor resulta insolvente, el cedente incurre en responsabilidad con el cesionario.

Garantía de derecho es aquella por la cual el cedente “garantiza” al cesionario la existencia del crédito, esto es, de que verdaderamente le pertenecía al tiempo de la cesión.²⁶ En consecuencia, si el crédito no existe, el cedente incurre en responsabilidad con el cesionario.

²⁵ Este mismo punto se discutió a propósito del pago con subrogación.

²⁶ Como se puede apreciar, existencia del crédito significa: la pertenencia del crédito al acreedor primitivo (cedente) al tiempo de la cesión.



Ahora bien; ¿De que garantía responde el cedente?

Para responder a esta pregunta es necesario efectuar un distingo:

(a) Cesión a título gratuito

Si la cesión ha sido realizada a título gratuito, esto es, por ejemplo, ha sido precedida de una donación. El cedente no responde ni de la garantía de hecho ni de la garantía de derecho.

(b) Cesión a título oneroso

Si la cesión ha sido realizada a título oneroso, esto es, por ejemplo, ha sido precedida de un contrato de compraventa. El cedente sólo responde, en principio, de la garantía de derecho, o sea, de la existencia del crédito²⁷.

Sin embargo, en virtud de la autonomía de la voluntad nada obsta para que el cedente, mediante un pacto expreso, se responsabilice de la solvencia presente del deudor cedido y hasta el monto de la cesión. En estos casos, la cesión toma el nombre de “pro – solvendo”²⁸.

Además, por expresa disposición de la ley, el pacto por el cual el cedente se responsabiliza de la garantía de hecho tiene ciertas limitaciones:

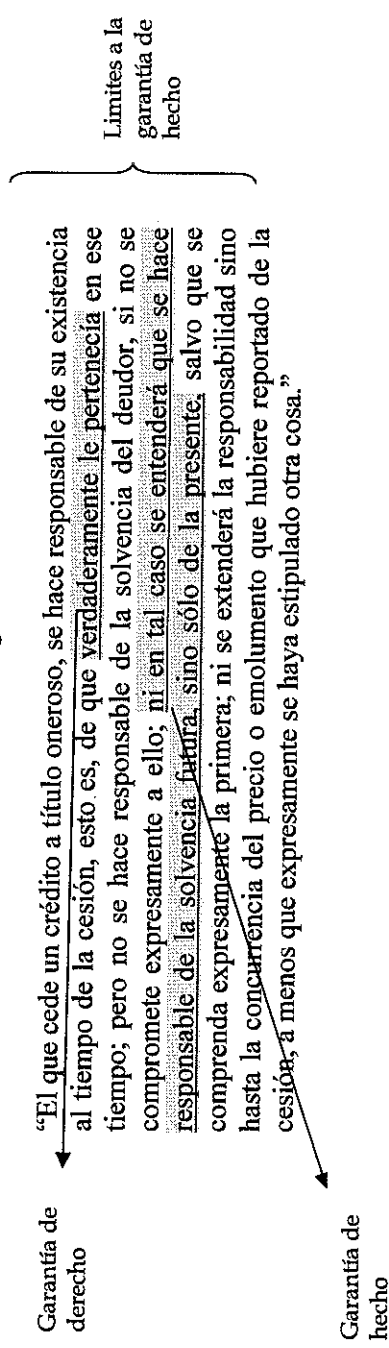
- (a) El pacto debe ser expreso. Esto es, no se acepta una manifestación de la voluntad tácita.
- (b) La garantía del cedente sólo se refiere a la solvencia presente del deudor. No existe inconveniente para que el cedente garantice también la solvencia futura del deudor, pero en tal caso, se requiere de otro pacto también expreso. Ya que la sola garantía de hecho no incorpora la solvencia futura del deudor cedido.
- (c) La responsabilidad del cedente sólo abarca hasta la concurrencia del precio que va envuelto en la cesión. Si las partes desean que el cedente responda más allá del valor de la operación, también se requiere de pacto expreso adicional.

²⁷ Así, por ejemplo, el cedente responderá ante el cesionario, si el título es falso, si él no era el verdadero acreedor, si cede el mismo crédito a dos o más personas, etc.

²⁸ En esta situación el cedente queda en una posición muy similar a la del fiador.



Lo anterior está dispuesto en el artículo 1907 del Código Civil:



(2) Efectos respecto del deudor cedido y terceros

Tanto si ha mediado notificación o aceptación por parte del deudor cedido, el cesionario del crédito (nuevo acreedor) puede demandar al deudor el cumplimiento de la obligación. En consecuencia, el cesionario puede actuar en contra del deudor en los mismo términos que podía actuar el cedente.

Sin embargo, es importante distinguir si la oponibilidad de la cesión se ha producido respecto del deudor vía notificación o aceptación, ya que se producen efectos distintos en materia de compensación como ya se señaló anteriormente.

Traspaso de las excepciones²⁹

(a) Excepciones reales

Las excepciones reales son las que tiene el deudor y que emanan del título en el cual consta la obligación. Estas se traspasan siempre.

(b) Excepciones personales

Las excepciones personales son las que tiene el deudor y que emanan del vínculo jurídico que une a éste con el primitivo acreedor.

²⁹ En los créditos a la orden y al portador no se traspasan ni las acciones reales ni las personales.



Se ha discutido si las excepciones personales que tiene el deudor en contra de su acreedor primitivo pueden o no, con posterioridad a la cesión, interponerse contra el nuevo acreedor.

Hay quienes interpretan extensivamente el artículo 1659 del Código Civil sobre compensación y así señalan que cuando hay notificación las excepciones personales se traspasan y cuando hay aceptación no se traspasan, a menos que el deudor en la aceptación haga reserva de ellas.

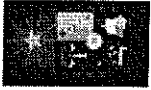
En el Código Civil francés existe una norma similar a la de nuestro artículo 1659 sobre compensación³⁰. En Francia Planiol y Ripert señala que “Ciertamente es que la aceptación hace perder el beneficio de la excepción de compensación; pero ello es una derogación expresamente impuesta por un precepto legal que no hace más que confirmar la regla general opuesta”. Así, el fundamento de que se traspasan todas las excepciones personales sin importar si hubo notificación o aceptación es que “si todas las ventajas del cedente pasan al cesionario, debe suceder lo mismo con las restricciones y los vicios que disminuyen el valor de su derecho: *Nemo plus iuris tranferre potest quam ipse habet*. De ello resulta que las excepciones que tenía el deudor contra el cedente desde antes de la notificación o la aceptación de la cesión son oponibles al cesionario. El cedido puede alegar antes y después de la cesión todos los medios susceptibles de disminuir o de hacer desaparecer su obligación (ya resulten de nulidad, resolución, rescisión o de otra causa de extinción de la obligación)”.

³⁰ Artículo 1295 del Código Civil francés.



VII. DIFERENCIAS ENTRE LA NOVACIÓN POR CAMBIO DE ACREEDOR, CESIÓN DE CRÉDITOS Y PAGO CON SUBROGACIÓN

	<u>Novación</u>	<u>Pago con subrogación</u>	<u>Cesión de créditos</u>
Traspaso del crédito	No hay traspaso del mismo crédito ya que la obligación primitiva se extingue.	En ambos casos hay un traspaso del mismo crédito.	
Efectos	Se pone término a los accesorios, cauciones y privilegios de la obligación.	En ambos casos se mantienen y traspasan los accesorios, cauciones y privilegios al nuevo acreedor.	
Perfeccionamiento	Requiere del consentimiento del deudor.	En la subrogación legal, opera por el sólo ministerio de la ley. En la subrogación convencional no se requiere el consentimiento del deudor, basta con que se le notifique.	Basta con la notificación al deudor.
Excepciones	No hay traspaso de excepciones ya que el crédito se extinguió por la novación.	En ambos el deudor conserva las mismas excepciones que tenía contra el primer acreedor.	



CAPITULO II

ASUNCIÓN DE DEUDAS

I. CONCEPTO³¹

La asunción de deudas³² es en el lado pasivo de la obligación el equivalente a la cesión de créditos en el lado activo de la obligación.

En la doctrina alemana se ha definido la asunción de deudas como el contrato en virtud del cual un nuevo deudor asume una deuda ya existente en lugar del hasta entonces deudor, el cual queda liberado por consecuencia de la subrogación del nuevo deudor, permaneciendo la misma obligación.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y DERECHO COMPARADO

El primitivo carácter subjetivo que tuvo en Roma el concepto de obligación, entendida como una “atadura” entre el acreedor y el deudor, hacía inconcebible la posibilidad de que las obligaciones pudieran ser cedidas. El acreedor no podía ceder su crédito y el deudor no podía ceder su deuda.

Posteriormente, en Roma se aceptó, indirectamente, la cesión de créditos, no así la cesión de deudas.³³

En consecuencia, en Roma no se aceptaba la asunción de deudas ni tampoco en el derecho posterior, el fundamento era la concepción personalista de la obligación.

En el Derecho Alemán se produjo una reacción en contra de esta concepción personalista de la obligación. Fue el jurista Delbruck, quien en el año 1853, postuló la posibilidad de realizarse una asunción de deudas, luego fue seguido por Windscheid, y finalmente se adoptó esa postura en el Código Civil alemán del año 1900³⁴, en el que se destinó la sección V del libro 2.º, artículo 414 a 419 para reglamentar la “Cesión de Deudas”.

³¹ La asunción de deudas es sostenida en Chile por Luis Claro Solar, Gonzalo Figueroa Yañez, Aida Figueroa y también por Abelink con algunas reservas. Este último autor, no acepta que la cesión de deudas pueda tener un efecto liberatorio respecto del deudor primitivo. En contra de la cesión de deudas están Arturo Alessandri Rodríguez y Fernando Fúeayo Laneri.

³² A la asunción de deudas se le llama también, generalmente, cesión de deudas. Sin embargo, es más correcta la denominación asunción de deudas ya que puede realizarse sin el consentimiento del primitivo deudor.

³³ Sin embargo, hay algunos romanistas que creen que en la figura de la “*procuratio in rem suam*”, antecedente de la cesión de créditos, se encuentra también el germen de la cesión de deudas, ya que esa institución se habría utilizado también para transferir deudas. Así, Arias Ramos.

³⁴ Ya en el Código Civil prusiano del año 1794 se mostraba una disposición adversa a la concepción personalista de la obligación.



El Código Civil alemán sirvió de inspiración para otras naciones. Así, reglamentaron también la cesión de deudas los códigos civiles de Suiza, Polonia, Grecia y México.

El Código Civil italiano, por su parte, siguió una línea propia en esta materia. Consideró a la figura de la asunción de deudas como una modificación de las instituciones clásicas de la delegación y expromisión.³⁵

III. FORMAS DE REALIZAR LA ASUNCIÓN DE DEUDAS

Para la realizar la asunción de deudas es indispensable el consentimiento del acreedor y del nuevo deudor, no así el consentimiento del primitivo deudor.

A continuación, se señalarán las distintas formas por medio de las cuales puede darse la figura de la cesión de deudas.

1. Convención entre el primitivo deudor, el acreedor y el nuevo deudor

En este caso, convergen las tres partes de la asunción de deudas.

En esta hipótesis puede ocurrir, al igual que en la novación por cambio de deudor, que el acreedor de o no por libre al primitivo deudor. Si lo da por libre, sólo queda obligado el nuevo deudor, en cambio, si el acreedor, no da por libre al primitivo deudor, habrán dos deudores, y, por tanto, se producirá una acumulación de la obligación en su aspecto pasivo. En esta última situación, el nuevo deudor podrá concurrir como codeudor solidario o subsidiario, según se deduzca del título respectivo.

2. Convención entre el nuevo deudor y el acreedor

Esta hipótesis tiene ciertas similitudes con la estipulación a favor de otro ya que el nuevo deudor y el acreedor han convenido un beneficio para el antiguo, cual es la liberación de la deuda.

En este caso, al igual que el anterior puede ocurrir que el acreedor de o no por libre al primitivo deudor, produciéndose en uno y otro caso las mismas consecuencias ya señaladas.

3. Convención entre el antiguo deudor y el nuevo

Como falta la concurrencia de la voluntad del acreedor, la cesión de la deuda, le es inoponible.

En este caso, la convención toma el nombre de “asunción de cumplimiento”, y el compromiso produce relaciones únicamente ente ambos deudores.

³⁵ Además, el Código Civil italiano, contempla la figura de la cesión de contratos.



4. Adquisición de un inmueble hipotecado

Esta situación es muy frecuente que en la práctica. Se compra un bien inmueble hipotecado y el comprador, se hace cargo de la deuda como parte del precio del inmueble.³⁶

5. Adquisición de una universalidad

Este caso se plantea a nivel de la empresa cuando se produce una enajenación de un establecimiento de comercio. En el ordenamiento jurídico chileno no hay normas expresas sobre la materia. Esto ocurre también en el caso de las modificaciones y fusiones de una sociedad.³⁷

IV. LA ASUNCIÓN DE DEUDAS EN EL DERECHO CHILENO

En la doctrina no hay acuerdo acerca de la existencia en el ordenamiento jurídico chileno de la asunción de deudas.

Los argumentos que plantean quienes se oponen a la asunción de deudas, viene principalmente de la doctrina española y francesa. Esos argumentos consisten básicamente en que la deuda, esto es, el lado pasivo de la obligación, es “una falta de valor”, un “no valor” y, en consecuencia, sólo podría disponerse de la obligación desde su punto de vista activo ya que sólo allí representa un valor económico. Este argumento ha sido discutido diciéndose de que lo verdaderamente importante en la obligación es la prestación y por tanto no importa quien la pague sino que se pague.³⁸

En la época de la dictación del Código Civil chileno, estaba en plena vigencia la máxima “*obligatio passiva non protest cedit*”. Sin embargo, pese a ello, los partidarios de la asunción de deudas señalan que Andrés Bello era partidario de ella y es por eso que en diversas disposiciones a lo largo del Código Civil se acepta la asunción de deudas, sólo que, no se trató en forma orgánica porque en aquella época ningún Código lo hacía.

Las normas del Código Civil que consagrarían la asunción de deudas serían los siguientes:

1. Artículos 1419 y 1420 del Código Civil sobre donación

Artículo 1419:

“La donación de todos los bienes o de una cuota de ellos o de su nuda propiedad o usufructo no priva a los acreedores del donante de las acciones

³⁶ Esta situación la contempla expresamente el Código Civil alemán en su artículo 416, pero en dicha disposición se exige que sea el enajenante quien notifique al acreedor y sólo se puede notificar con posterioridad a la realización de la inscripción del adquirente como propietario del bien inmueble. No se permite que el acreedor apruebe la cesión antes de ser notificado.

³⁷ En Chile en materia de herencia existe una asunción de deudas, pero eso se debe a que los herederos se consideran los continuadores de la personalidad del causante.

³⁸ Con excepción, por supuesto, de las obligaciones intuito personae.



que contra él tuvieran; a menos que acepten como deudor al donatario expresamente o en los términos del artículo 1380, número 1.º”

Este artículo permite que los acreedores del donante acepten al donatario como su deudor. Luego, existe una asunción de deuda ya que existe otro deudor en la misma obligación.

Artículo 1420:

“En la donación a título singular puede imponerse al donatario el gravamen de pagar las deudas del donante, con tal que se exprese una suma determinada hasta la cual se extienda este gravamen.”

Este artículo confirma la asunción de deudas ya que señala expresamente que el donatario puede resultar obligado a pagar la deuda del donante.

2. Artículo 1526 n.º 4 del Código Civil sobre las obligaciones indivisibles

Esta norma señala que cuando por convención entre los herederos se ha impuesto a uno de ellos la obligación de pagar el total de la deuda al acreedor, éste podrá aceptar ese convenio y exigir el pago a ese heredero.

3. Artículo 1700 del Código Civil sobre el valor probatorio de los instrumentos públicos

“El instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte no hace plena fe sino contra los declarantes.

Las obligaciones y descargos contenidos en él hacen plena prueba respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se transfieran dichas obligaciones y descargos por título universal o singular.”

Esta disposición reconoce expresamente la posibilidad de que se hayan cedido las obligaciones.

4. Artículo 2404 del Código Civil sobre la prenda

Esta norma faculta al adquirente del bien dado en prenda para exigir la restitución de la prenda pagando la deuda originalmente convenida por su vendedor, no pudiendo el acreedor excepcionarse.

“Si el deudor vendiere la cosa empeñada, el comprador tendrá derecho para pedir al acreedor su entrega, pagando y consignando el importe de la deuda por el cual se contrajo expresamente el empeño.”



5. Artículo 2430 del Código Civil

Esta norma señala que quien hipoteca un bien propio para garantizar una deuda ajena no se entenderá obligado personalmente si no se hubiere estipulado. En consecuencia, habiendo estipulación, el adquirente se entenderá obligado, esto es, habrá una asunción de deuda.

“El que hipoteca un inmueble suyo por una deuda ajena, no se entenderá obligado personalmente, si no se hubiese estipulado.”

Los partidarios de la cesión de deudas señalan también que, en virtud de la autonomía de la voluntad, debería permitirse la cesión de deudas ya que no existe ninguna norma de orden público que la obstaculice.

Finalmente, es necesario señalar que se sostiene también como argumento a favor de la cesión de deudas el artículo 1634 del Código Civil que trata sobre el *animus novandi*. Señalan que en esa disposición se exige para producir novación la intención de novar y, en consecuencia, las partes perfectamente pueden convenir en que la deuda la asuma un nuevo deudor si no manifiesta su intención de novar.

Sin embargo, este argumento obsta en que en aquellos casos en que no se manifiesta la intención de novar, la delegación o expromisión, no tienen un carácter liberatorio del deudor ya que si el deudor no da por libre al primitivo deudor este no queda libre en virtud de esas normas. En otras palabras, el artículo 1634 del Código Civil es el gran obstáculo que se presenta para reconocer el carácter liberatorio del deudor primitivo en la cesión de deudas.³⁹

³⁹ Pese a todo lo dicho, es necesario precisar que la mayoría de la doctrina nacional no acepta la asunción de deudas en el ordenamiento jurídico chileno. Abeljak, la acepta parcialmente ya que no reconoce que pueda la liberación del deudor primitivo. Esto, es en estricto apego al artículo 1634 y 1635 del Código Civil.