

rentes al crédito, y no aquellos que se han otorgado exclusivamente en consideración a la persona del acreedor.

Si bien los efectos de la subrogación legal y convencional son los mismos, existe una diferencia entre ambas. El acreedor no puede alterar los efectos de la subrogación legal, salvo que cuente con el consentimiento del tercero. Ello se debe a que sólo el tercero puede, conforme al artículo 12 del C.C., renunciar a ella, pues es un beneficio establecido en su favor. En cambio, en la subrogación convencional el acreedor puede perfectamente alterar o restringir sus efectos, ya que es la ley la que lo habilita para no consentir en la subrogación.

52. Traspaso de hipotecas en el pago con subrogación. El problema que se plantea a este respecto es el de determinar si el traspaso de las hipotecas, del acreedor al tercero que pagó, como consecuencia de la subrogación, requiere de inscripción en el Registro Conservatorio.

En general, se estima que no es necesaria una nueva inscripción en razón de los siguientes argumentos:

a) El artículo 1612 del C.C. no requiere de inscripción alguna, por el contrario, está redactado sobre la idea de que el traspaso se produce de pleno derecho.

b) La inscripción de la hipoteca es la tradición del derecho real de hipoteca, y como tal requiere de la voluntad del tradente, y en la subrogación por regla general no existe dicha voluntad, ya que el traspaso de la hipoteca se produce por el solo ministerio de la ley.

Sin perjuicio de lo anterior, la Corte Suprema ha estimado que la escritura de subrogación debe subinscribirse al margen de la inscripción hipotecaria del primer acreedor, y sólo en virtud de esta subinscripción se producirá la subrogación.²⁵¹

53. Subrogación parcial. Hay subrogación parcial cuando el tercero paga al acreedor sólo parte de su crédito, alcanzando su efecto sólo hasta el monto de lo pagado.

O sea, el crédito va a pertenecer en parte al acreedor y en parte al tercero que hizo el pago parcial.

Al respecto, el artículo 1612.2º del C.C. establece que “*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*”.

Finalmente, conforme al artículo 1613 del C.C., si el pago lo recibe de varios terceros el acreedor, todos ellos se subrogan en los derechos de éste, según la parte del crédito que hayan pagado, no habiendo al respecto presunción alguna que han convenido que alguno tendrá preferencia por sobre los otros.²⁵² Así se desprende del artículo 1613 del C.C., que señala textualmente que “*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*”.

54. Pago con beneficio de competencia.

A. Concepto y regulación del beneficio de competencia. El pago con beneficio de competencia es una modalidad del pago que implica una excepción al pago total.

Según lo dispuesto por el artículo 1625 del C.C., “*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*”.

Así, el acreedor se ve obligado a aceptar el pago de la obligación que le adeuda su deudor, que posee el beneficio de competencia, con deducción de lo que le sea necesario para una modesta subsistencia.

B. Personas que gozan del beneficio de competencia:

a) Los descendientes y ascendientes, siempre que no hayan inferido al acreedor una ofensa constitutiva de desheredamiento (artículo 1626.1º del C.C.).

²⁵¹ LARRAÍN RÍOS, Hernán, *Teoría general de las obligaciones*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2003, p. 363.

²⁵² LARRAÍN RÍOS, Hernán, *Teoría general de las obligaciones*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2003, p. 369.

Se entiende que el acreedor admite que se deduzca de su crédito lo necesario para la subsistencia de sus ascendientes y descendientes necesitados.

b) El cónyuge, que no esté separado judicialmente por su culpa (artículo 1626.1º, N° 2 del C.C.). Esta es una sanción que se aplica al cónyuge culpable de la separación judicial. De este modo constituye una grave ofensa al otro cónyuge y una violación de los deberes del matrimonio.

c) Los hermanos, con tal que no se hayan hecho culpables para con el acreedor de una ofensa igualmente grave que las señaladas como causales de desheredamiento respecto de ascendientes y descendientes (artículo 1626.1º, N° 3 del C.C.).

d) Los consocios que no sean autores de una ofensa de la gravedad anterior, pero sólo en las acciones recíprocas que nazcan del contrato de sociedad (artículo 1626.1º, N° 4 del C.C.).

La sociedad colectiva es un contrato *intuitu personae*, que supone confianza mutua entre los socios. Es esto lo que justifica que, en las obligaciones derivadas del contrato de sociedad, los socios se deban el beneficio de competencia entre ellos.

e) El donante, pero solamente en cuanto al cumplimiento de la donación prometida (artículo 1626, N° 5 del C.C.).

f) El deudor de buena fe que hizo cesión de bienes y es perseguido en lo que adquiere después para el pago completo de las deudas anteriores a la cesión, pero solamente le deben este beneficio los acreedores en cuyo favor se hizo la cesión (artículo 1626, N° 6 del C.C.).

g) El fallido.

El artículo 208 de la L. de Q. agrega un caso, indicando que *“el fallido rehabilitado en las condiciones del artículo anterior, gozará del beneficio de competencia que acuerda al deudor insolvente el N° 6 del artículo 1626 del Código Civil, mientras no se haya sobreseído definitivamente en el caso del artículo 134 de la presente ley”*.

C. Efectos del beneficio de competencia.

El beneficio de competencia debe declararse a instancias del deudor, y en virtud de

éste se le debe dejar lo indispensable para una modesta subsistencia, según su clase y circunstancia, y con el resto, el deudor pagará las deudas hasta lo que alcance.

Este es un pago parcial que extingue la obligación en la parte efectivamente solucionada, pero que la deja subsistente en el resto, para pagarlo cuando mejore su fortuna.²⁵³

§ 5. La dación en pago como modo de extinguir las obligaciones

55. La dación en pago.

56. Concepto y regulación de la dación en pago. La dación en pago es un modo de extinguir las obligaciones en que, por acuerdo de las partes, el deudor cumple con una prestación diferente a la debida. La dación en pago es uno de los llamados modos equivalentes al pago. Además, no se puede dejar de lado que aunque tradicionalmente este modo de extinguir se aplica respecto de la “entrega de una cosa”, la dación en pago procede respecto de cualquier prestación.

Las obligaciones deben cumplirse en la forma convenida, por lo que el acreedor no está obligado a recibir una prestación distinta de la que se le debe, ni aun a pretexto de ser de igual o mayor valor que la ofrecida (artículo 1569 del C.C.). Sin embargo y por aplicación del principio de la autonomía privada, el acreedor puede renunciar a este derecho y aceptar que se le pague con una prestación distinta de la convenida.

El Código Civil no reglamenta la dación en pago en forma sistemática, sólo existen algunas disposiciones que hacen referencia a ella, como los artículos 2382, 1773, 1913.2º, 2397 y 2424 del C.C. Sin perjuicio de ello, no cabe duda que las partes pueden convenir en la dación en pago, en virtud del principio de la autonomía privada.

²⁵³ ABELIUK MANASEVICH, René, *Las obligaciones*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993, p. 805.

57. Naturaleza jurídica de la dación en pago. La naturaleza jurídica de esta figura ha sido bastante discutida por la doctrina.²⁵⁴ Dicha determinación es fundamental para determinar cuándo se produce la dación en pago. Las principales doctrinas al respecto son las siguientes:

A. *Teoría de la compraventa o permuta.* Se sostiene que entre el acreedor y el deudor se produce una compraventa con relación al objeto dado en pago, en virtud de la cual el acreedor pasa a ser deudor, debiendo el precio de la venta a su propio deudor. Por otra parte, si en virtud de la dación en pago la prestación de una parte era la entrega de una cosa, y el objeto de la dación era también la entrega de otra, entonces se produce una permuta.²⁵⁵

Sin embargo, como el acreedor-vendedor debe la cosa objeto de la obligación primitiva, las partes pasan a ser recíprocamente acreedoras y deudoras, produciéndose la extinción de las obligaciones por compensación.

A esta teoría se le hacen las siguientes objeciones:

a) Se critica esta tesis por artificial, ya que no cabe duda de que las partes, en la dación en pago, sólo han tenido en consideración la extinción de una obligación existente y en manera alguna la celebración

²⁵⁴ El problema de la determinación de la naturaleza jurídica de esta figura no es nuevo y ya se presentaba en el Derecho romano. Como destacan BARRIOS C. y VALLS S., en el Derecho romano se pueden destacar dos corrientes en torno a la naturaleza jurídica de la dación en pago. En virtud de la primera, la dación en pago se produce al momento de celebrarse la convención que la contiene. En cambio, en virtud de la segunda, la *datio in solutum* sólo se produce una vez que se ejecuta la prestación que la constituye. La dación en pago, para esta última posición, simplemente es una convención sinalagmática creadora de obligaciones. En resumen, su naturaleza dependerá del contenido que suscriban las partes, ya sea compraventa u otra convención. BARRIOS C. y VALLS S., *Teoría general de la dación en pago. Estudios de doctrina y legislación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1961, p. 17.

²⁵⁵ De esta opinión eran COLMET DE SANTERRE, LAURENT y TROPONG. BARRIOS C. y VALLS S., *Teoría general de la dación en pago. Estudios de doctrina y legislación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1961, p. 23.

de un contrato de compraventa. Además, esta teoría tiene el defecto de restringir la dación en pago sólo a las obligaciones dinerarias, únicas en que habría precio para la compraventa.

b) Además, no puede aceptarse esta teoría a la luz de lo dispuesto en el artículo 1773 del C.C., que señala que en la liquidación de la sociedad conyugal si a la mujer se le adeuda algo, ella tiene derecho a deducirlo, como cosa previa a la liquidación, y que no siendo suficientes los bienes sociales, puede la mujer hacer las deducciones que le correspondan sobre los bienes propios del marido elegidos de común acuerdo, y si este no se produce, elegirá el juez. Cuando la mujer recibe en pago de lo que se le adeuda bienes del marido, no hay adjudicación como sucede cuando se le entregan bienes sociales, ya que sobre los bienes de aquél no tenía derecho alguno. En este caso se produciría una dación en pago. Pues bien, el artículo 1796 del C.C. prohíbe la compraventa entre cónyuges no separados judicialmente y en tanto el artículo 1773 del C.C. acepta la dación en pago que hace efectiva la mujer sobre los bienes del marido, sin hacer cuestión sobre la causal de disolución de la sociedad conyugal, quedando el matrimonio subsistente. Entonces, a pesar que la compraventa entre cónyuges sería nula por aplicación del artículo 1796 del C.C., la dación en pago es perfectamente válida.²⁵⁶

B. *Teoría de la novación.* La novación es la sustitución de una nueva obligación a otra anterior que queda, por tanto, extinguida. La novación puede producirse por el reemplazo de cualquiera de los elementos de la obligación, sea por cambio de deudor, de acreedor o de objeto.

Una parte importante de la doctrina estima que la dación en pago es una novación por cambio de objeto.²⁵⁷ En virtud de

²⁵⁶ ABELIUK critica esta posición porque en el artículo 1773 no habría una dación en pago. ABELIUK MANASEVICH, René, *Las obligaciones*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993, pp. 580 y 581.

²⁵⁷ De esta opinión eran AUBRY Y RAU y PLANIOL. En Chile, LARRAÍN se inclina a favor de esta posición. Así, para este autor el acreedor, al consentir en recibir una cosa distinta que el objeto de su crédito, extinguía

la dación en pago se extingue una obligación, siendo sustituida por otra que tiene por objeto la cosa dada en pago, la que está destinada a extinguirse de inmediato.

Pero existen diferencias fundamentales entre ambas instituciones. En primer lugar, puede sostenerse que en la novación se extingue una obligación porque nace una nueva que la sustituye. En cambio, en la dación en pago no nace una nueva obligación, sino que se cumple una de una forma distinta a la convenida. Además, en la novación existe ánimo de novar, en tanto que en la dación en pago la intención es de pagar.

C. *Teoría del contrato real.* Para los que sostienen esta posición, la dación en pago es un contrato que se perfecciona por la entrega de una cosa o *datio rei* distinta a la convenida. Así, para que haya dación en pago debe ejecutarse la prestación alternativa, de lo contrario no hay dación en pago. A esta teoría se le puede criticar que sólo se aplica respecto de la dación en pago que signifique la entrega o tradición de una cosa; pero no se aplica respecto de las que se traduzcan en una obligación de hacer o no hacer.

D. *Teoría de la naturaleza jurídica propia.* Para algunos autores la dación en pago es una convención que tiene una naturaleza jurídica propia distinta al pago.²⁵⁸

E. *Teoría de la modalidad del pago.*

Otros autores estiman que la dación en pago es un pago con variantes, por lo cual debe ser considerada una modalidad de éste.²⁵⁹

el crédito primitivo y en su reemplazo daba lugar a uno nuevo. Ello es de esta forma para el referido autor a pesar que la nueva obligación sobrevive tan sólo un instante. LARRAÍN RÍOS, Hernán, *Teoría general de las obligaciones*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2003, pp. 379 y 380.

²⁵⁸ De esta opinión eran, en el Derecho comparado, POLACCO, SOLAZZI y MODENA. En Chile la sostuvieron BARRIOS C. y VALLS S., *Teoría general de la dación en pago. Estudios de doctrina y legislación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1961, pp. 36 y 37.

²⁵⁹ Esta posición era sostenida por DOUBLET y DE SÉGOGNE en Francia y BREZZO en Italia. A su vez, en Chile esta doctrina fue defendida por SOMARRIVA U.,

Ella se asemeja al pago en cuanto es el cumplimiento de una obligación, pero se diferencia de él en que el cumplimiento no se hace en la forma convenida, sino en otra distinta aceptada por el acreedor.

La dación en pago tiene mucho de modalidad, desde que es un cumplimiento por equivalencia.

Sin perjuicio de lo anterior, como destacan BARRIOS C. y VALLS S., la posición de la doctrina tradicionalmente respecto de este tema ha sido bastante ambigua. Así, la mayoría de los autores no se inclinan ante ninguna de estas teorías, sino que suelen mezclarlas, es decir, adoptan una posición bastante práctica que se acomoda al caso específico.²⁶⁰

58. Requisitos de la dación en pago.

a) La existencia de una obligación destinada a extinguirse.

b) Dicha obligación se cumpla en una forma distinta de la convenida primitivamente.

c) Convención entre acreedor y deudor.²⁶¹

d) Capacidad del acreedor y del deudor. El deudor debe tener capacidad para transferir la cosa que da en pago y el acreedor para adquirirla.

e) Cumplimiento de las solemnidades legales.

La dación en pago en sí misma es consensual. Pero si se trata de dar una cosa, es

BARRIOS C. y VALLS S., *Teoría general de la dación en pago. Estudios de doctrina y legislación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1961, p. 24.

²⁶⁰ En este sentido los referidos autores citan a ALESSANDRI, para el cual puede ser desde una novación por cambio de objeto hasta una compraventa. BARRIOS C. y VALLS S., *Teoría general de la dación en pago. Estudios de doctrina y legislación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1961, p. 24.

²⁶¹ Como destaca Díez-PICAZO, la dación en pago "presupone un convenio o acuerdo entre el *solvens* y el *acipiens* destinado a conseguir la satisfacción del último mediante una prestación distinta de la originalmente estipulada". Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo II: *Las relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid, España, quinta edición, 1996, pp. 555 y 556.



título traslativo de dominio, y por consiguiente deberá cumplir los requisitos del acto de que se trate. De este modo, si se dan en pago bienes raíces, ello deberá hacerse por escritura pública.

§ 6. La novación como modo de extinguir las obligaciones

59. Generalidades en torno a la novación.

A. *Antecedentes históricos.* La novación tiene su antecedente en la *stipulatio*.²⁶² Pero la novación, como la conocemos en nuestros días, proviene del Derecho romano clásico.²⁶³ Así, para el Derecho romano, la novación más que una figura jurídica era un efecto

²⁶² Específicamente en la novación por cambio de acreedor. Así, en las *Institutas* de GAYO se señala que “las obligaciones, sea cual sea el modo en que hayan sido contraídas, nada de lo que se ha dicho admiten, pues lo que alguien me debe a mí, si quisiera yo que se te debiera a ti, no puedo transferirlo de ninguno de los modos que sirven para transferir cosas corporales, sino que es preciso que, por orden mía, tú estipules del deudor. Esto hace que él quede liberado de mí y empiece a estar obligado respecto de ti, operación que se conoce con el nombre de ‘novación de la obligación’ (GAYO: II, 38). Esta figura no estaba exenta de riesgos en el Derecho romano clásico. Así, la novación por la cual el antiguo acreedor podía autorizar al deudor para asumir una nueva obligación para con un tercero, se requería de una *stipulatio*. Dichos riesgos se evitaban mediante una declaración del primitivo acreedor, por la cual designaba a un *procurator in rem suam*. ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations Roman Foundation of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, Great Britain, 1996, pp. 60 a 62.

²⁶³ Así, la novación era contemplada tanto en el *Digesto* (D. 46, 2, 1), como en las *Institutas* de GAYO (GAYO: III, 176). En este sentido, el *Digesto*, siguiendo la definición de ULPIANO, señala que “la novación es la transformación y conversión de una deuda anterior en otra obligación civil o natural, es decir, cuando se crea una obligación nueva de otra anterior que se extingue. ‘Novación’ viene de nuevo: de la obligación nueva...”. Así, en las *Institutas* de GAYO se señala que “con la novación se extingue una obligación; como si yo estipulara que Ticio me diera lo que tú me debes, ya que con la intervención de una persona nueva nace una nueva obligación, y la primera se extingue, trasladada a la segunda, de tal modo que, aunque fuera ineficaz la estipulación de la segunda, se extingue la primera por efecto novatorio...”.

jurídico que dependía de la *stipulatio*.²⁶⁴ BELLO siguió de cerca la regulación de la novación que hizo el Derecho romano de Justiniano, conservando su elemento de la esencia, el *animus novandi*.²⁶⁵

B. *Concepto de novación.* A este modo de extinguir las obligaciones lo define el artículo 1628 del C.C. como “...la sustitución de una nueva obligación a otra anterior; la cual queda, por tanto, extinguida”.

La novación presenta la particularidad que por una parte extingue una obligación y por otra crea una nueva. Así, la novación es una operación con una doble finalidad, extintiva y constitutiva de obligaciones. La deuda que surge en su virtud pasa a tomar el lugar de la que se extingue. El acreedor renuncia a su crédito para adquirir uno nuevo, y el deudor consiente en contraer una nueva obligación para obtener la liberación de otra anterior.

60. Características de la novación:

a) La novación tiene un carácter extintivo.

La novación necesariamente debe producir la extinción de la obligación. En caso que subsista la obligación anterior no hay novación.²⁶⁶

b) La novación tiene un carácter sustitutivo.

Este elemento también es de la esencia de la novación y fundamental para el nacimiento de una nueva obligación que reemplace a la anterior.

c) La novación es convención y contrato.

La novación es convencional porque extingue la obligación primitiva y un contrato porque crea una nueva obligación.

61. Requisitos de la novación:

a) Debe existir una obligación válida destinada a extinguirse.

²⁶⁴ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, tomo II: *Derecho de las Obligaciones*, segunda edición, Dykinson, Madrid, España, 2000, p. 311.

²⁶⁵ De este modo, en nuestro ordenamiento jurídico se desecha la novación tácita y la novación modificativa.

²⁶⁶ En nuestro Derecho no existe la novación modificatoria.