

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DEL PAGO CON SUBROGACION

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR

GUSTAVO ERNESTO ENRIQUE VEGA ARGUETA

PREVIA OPCION AL TITULO DE DOCTOR EN JURISPRUDENCIA
Y CIENCIAS SOCIALES

SAN SALVADOR

EL SALVADOR

CENTRO AMERICA

ABRIL DE 1971



T
346.077
V422 d
1971
F. J. Y. R. C. S. S.
Ej. 2



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR

DOCTOR: RAFAEL MENJIVAR

SECRETARIO GENERAL

DOCTOR: MIGUEL ANGEL SAENS VARELA



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

DOCTOR: NAPOLEON RODRIGUEZ RUIZ

SECRETARIO

DOCTOR: MAURICIO ALFREDO CLARA

D/autor/4/8/71 - # 41232

TRIBUNALES EXAMINADORES

*EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y
LEGISLACION LABORAL.*

Presidente: Dr. Roberto Lara Velado
Primer Vocal: Dr. Carlos Rodríguez
Segundo Vocal: Dr. Ronoldy Valencia Uribe

*EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE MATERIAS PROCESALES Y LEYES
ADMINISTRATIVAS.*

Presidente: Dr. Miguel Antonio Granillo
Primer Vocal: Dr. Francisco Callejas Pérez
Segundo Vocal: Dr. Romeo Aurora

*EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE MATERIAS CIVILES, PENALES Y
MERCANTILES.*

Presidente: Dr. Ricardo Romero Guzmán
Primer Vocal: Dr. Ulises Salvador Alas
Segundo Vocal: Dr. José Romeo Flores.

ASESOR DE TESIS

Dr. José Napoleón Rodríguez Ruiz

TRIBUNAL EXAMINADOR DE LA TESIS DOCTORAL

Presidente: Dr. Carlos Alfredo Ramos Contreras
Primer Vocal: Dr. José Meza Delgado
Segundo Vocal: Dr. Román Gilberto Zúñiga Velis

ACTO QUE DEDICO:

A la santa memoria de mi padre Ernesto Vega Mojica. Quien no pudo compartir conmigo la alegría de la culminación de mis estudios. Pero que con su estela de dignidad y honradez, supo proyectarse hasta mi futuro y facilitarme el triunfo que hoy comparto espiritualmente con su memoria.

A mi madre, Ana María Elena de Vega. Sinónimo de virtud y ejemplar angel que supo guiarme y levantarme en los momentos mas difíciles de mi vida, dándome ejemplo de valor y templanza.

A mi esposa, Rosa Margarita de Vega. Con quien conocí la ilusión; y sin cuyo esfuerzo, sacrificio y amor no me hubiera sido posible llegar al final.

Con amor y agradecimiento.

A mis hijos: Gustavo Ernesto y Lydia Elena. --- Quienes son la inspiración de mi vida, con el infinito cariño de padre.

A mis hermanos: con quienes hemos sabido estar juntos en todos los momentos de nuestras vidas.

A mis tios: Dr. Leopoldo Vega Mójica y Herman Vega Mojica. Quienes en ausencia de mi padre supieron señalarme el camino a seguir.

A mi familia. Que comparto con ella la satisfacción del Triunfo.

Al Doctor Francisco Arturo Samayos. Con agradecimiento.

A las señoritas María Teresa Rosales y Ana Teresa Madriz, Quienes con su valiosa ayuda, hicieron posible el tiraje de esta tesis.

A mis amigos.

DEL PAGO CON SUBROGACION

INDICE

CAPITULO I

1) Generalidades sobre el Pago	1
2) Quien pueda hacer el Pago	4
3) A quien debe hacerse el Pago?	6
4) Donde debe hacerse el Pago?	11
5) Como debe hacerse el Pago?	13
6) Modalidades del Pago	17
7) Del Pago por consignación	18
8) Importancia del Pago por Conisgración	22
9) Del Pago por Cesión de Bienes o por Acción Ejecutiva del Acreedor o Acreedores	22
10) Cesión de Bienes o Concurso Voluntario	25
11) Concurso necesario o Acción Ejecutiva del Acreedor o Acreedores	28
12) Del Pago con Beneficio de Competencia	28

CAPITULO II

1) Del Pago con Subrogación	32
2) Concepto y Significado	33
3) Ubicación del Pago con Subrogación en los modos de extinguir las Obligaciones	38
4) Clases de Subrogación Legal y Convencional	38
5) Disposiciones Legales en el Código Civil Salvadoreño Análisis Crítico y Problemas que se plantean	41
Comentarios al Art. 1478	42
Comentarios al Art. 1479	44
Comentarios al Art. 1480	45
Comentarios al Art. 1481	67
Comentarios al Art. 1482	77
Comentarios al Art. 1483	84

CAPITULO III

1) Diferencia entre el Pago con Subrogación y la Cesión de Derechos	89
2) Diferencia entre la subrogación convencional y la Cesión de Derechos	90

3) Diferencia entre la Cesión de Derechos y la subrogación Legal	92
---	----

CAPITULO IV

1) Jurisprudencia Salvadoreña y Extranjera	96
2) Jurisprudencia Salvadoreña	96
3) Jurisprudencia Argentina	99
4) Jurisprudencia Colombiana	100
5) Jurisprudencia Chilena	102
6) Jurisprudencia Francesa	103

CAPITULO V

DERECHO COMPARADO	107
1) Legislación Centroamericana: GUATEMALA	108
HONDURAS	110
NICARAGUA	111
COSTA RICA	113
2) El Pago con Subrogación en otras legislaciones: MEXICO	116
CHILE	117
FRANCIA	118
VENEZUELA	119
COLOMBIA	120
ARGENTINA	127

CAPITULO VI

CONCLUSIONES

Extingue el Pago con Subrogación Realmente la Obligación .	124
--	-----

B I B L I O G R A F I A

- | <u>1o.) OBRA CITADA</u> | <u>AUTOR</u> |
|---|--|
| 1o.) Teoria General de las Obligaciones | A. Pérez Vives |
| 2o.) Derecho Civil Teórico y Práctico | Francisco Ricel |
| 3o.) Curso Elemental de Derecho Civil | Colin y Capitán |
| 4o.) Tratado Práctico de Derecho Civil..... | Plantel y Ripeert |
| 5o.) Instituciones de Derecho Civil | Roberto D.Ruggiero |
| 6o.) Instituciones de Derecho Civil | Baigo Brugi |
| 7o.) Principios de Derecho Civil | F. Lourent |
| 8o.) Derecho Civil | Regina Villegas |
| 9o.) Derecho Civil | Louis Josserant |
| 10o.) Manual de Derecho Civil | Ramón Mezararros |
| 11o.) Derecho Civil Argentino | Salvat Y.E.U. Gainnt |
| 12o.) Tratado de Derecho Civil | J.W. Hedenan |
| 13o.) Derecho Civil | H. Lassaille |
| 14o.) Código Civil Anotado.,..... | Busse |
| 15o.) Curso de Derecho Civil | Arturo Alessandri-
Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga |
| 16o.) Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado .. | Luis Claro Solar |
| 17o.) Código Civil | Quintus Mucius Scae-
vola |
| 18o.) Teoría de las Obligaciones | Jorge Giorgi. |

CAPITULO I

1.) GENERALIDADES SOBRE EL PAGO

La palabra Pago tiene varias acepciones:

1a.) En un sentido lato y general significa la extinción de la obligación de cualquier manera que sea hecha, por la NOVACION, la remisión o cualquier otro modo de extinguir una obligación. (1).

2a.) En un sentido especial, la palabra pago expresa el modo normal de extinción de las obligaciones, el modo que las partes ordinariamente han tenido sólo en vista al contratar, o sea, el cumplimiento real, efectivo de la obligación; la prestación de lo que se deba. En este sentido es que se toma la definición del artículo 1439 C.

3a.) Se toma también en un sentido más restringido, (se designa más particularmente la prestación de sumas de dinero). (1 bis).

Es evidente que en cualquier manera que tomemos la acepción de la palabra pago, ésta nos lleva a una conclusión precisa, como es, que aquél que ha cumplido su obligación está libre con respecto a su acreedor; por lo que, el pago real no es otra cosa que el cumplimiento de la obligación que efectúa el deudor en beneficio de su acreedor, extinguiendo en esta forma la obligación de una manera absoluta. El pago trae como consecuencia, pues, que la obligación queda extinguida de una manera absoluta y por consiguiente con respecto a todas las personas directamente interesadas en su calidad de acreedores y deudores, por lo que ya no se podrá hablar de tales porque éstos han dejado de serlo.

El Art. 1439 del Código Civil, dice: "El pago efectivo es la prestación de lo que se debe"; en una forma lacónica este artículo se refiere a lo que es el pago en sí, o sea la realización de la prestación; prestación que puede ser de valor económico o simplemente moral. Hay que hacer notar, como dijimos al principio de este trabajo, que en toda obligación concurren: a) Las personas contratantes; b) La prestación; y c) La relación jurídica; de lo que se desprende del artículo en mención que lo que da vida a la relación jurídica, es la prestación, prestación que es el objeto de que dos o más personas den nacimiento a una obligación, y para que el deudor se libere de esa obligación tiene que realizar la prestación, de lo con-

(1) Tomada de Explicaciones de D.C. Chileno y comparado Tomo XII de las obligaciones de Luis Claro Solar. Pág. 45.

(1 bis) Cita del mismo autor. Pág. 45.

trario la obligación siempre existirá y por consiguiente las personas contratantes y la relación jurídica. De lo que se deduce que la prestación es la base de todo y que una vez realizada ésta, desaparece la obligación principal y sus accesorios, trayendo como consecuencia que el deudor deja de estar obligado para con el acreedor y que el acreedor ya no tiene acción para exigirle nada al deudor, desapareciendo así, la relación jurídica a lo que es lo mismo el vínculo jurídico que los unía.

Para mayor comprensión de lo que nuestro Código quiere dar a entender por prestación, veamos lo que dice el Art. 1569 del Código Civil Chileno, Luis Claro Solar, dicho Art. es idéntico al Art. 1439 de nuestro Código; interpreta el sentido de ese artículo diciendo: "En la acepción en que el Código define el pago efectivo o real, cuando la obligación es de dar el dominio de alguna cosa, el pago es la dación y traslación de la propiedad de esta cosa; cuando la obligación es de hacer algo, el pago de esta obligación consiste en hacer aquello que el deudor se obliga a ejecutar; y cuando la obligación es de no hacer, el pago de esta obligación consiste en la abstención de hacer aquello que el deudor se obligó a no hacer (2).

Como vemos, nuestro Código con la definición del pago no quiere significar, que se trate simplemente de extinguir una obligación de cualquier manera o de realizar la prestación de una suma de dinero, sino que el cumplimiento real y efectivo de lo que el deudor se comprometió a cumplir, pudiendo ser una obligación de dar, hacer o no hacer alguna cosa, por lo que el deudor no podrá considerarse libre, mientras no realice la prestación a que se había comprometido y es también en este sentido en que Jorge Giorgi define el pago, pues dice: "Pago es el acto mediante el cual el deudor, u otro por él, extingue la obligación ejecutando la prestación a que el acreedor tiene derecho" (3). Siendo por lo consiguiente la base del pago, la realización de la prestación, ^{siendo por regla general;} que como dejamos dicho puede ser de valor económico o simplemente moral, /económico cuando se trate de dar; y moral cuando se trate de hacer o no hacer alguna cosa, En consecuencia la definición que Giorgi da de pago, se adapta al sentido en que nuestro Legislador al igual que el Chileno le han querido dar.

Dejamos dicho que para que la obligación sea extinguida, es necesario que se esté pagando lo que se debía, o sea que se cumpla con la obligación para lo cual se había comprometido y no con otra,

(2) Luis Claro Solar. D. Civil Chileno y Comparado Tomo XII de las obligaciones. Pág. 45.

(3) Teoría de las Obligaciones Tomo VII Jorge Giorgi. Pág. 120.

ésto significa: que a menos que el acreedor acepte en pago otra cosa distinta a la que estaba obligado el deudor, en ningún momento se le puede obligar a que acepte algo distinto a lo que se le debe, y es más, el deudor, ni dando una cosa de mayor valor a la que debía, se liberará de su obligación, si el acreedor no quiere; como se ve, el pago no conlleva simplemente al realizar una prestación cualquiera en favor del acreedor, sino en realizar la prestación a la que el deudor se había obligado y no otra distinta. Viendo el caso contrario o sea del lado del deudor, nuestro Código no dice nada en lo referente al deudor, pero debe entenderse también, que el acreedor no puede obligar al deudor, a que éste realice una prestación en su favor, distinta a la que está obligado realizar y en caso que el acreedor se negara a aceptar el pago de esa obligación, la ley no desampara, en sus derechos al deudor y opera la consignación, que veremos más adelante.

En la expresión empleada en el Art. 1440: otra cosa que lo que se le debe, la ley se refiere a toda clase de prestaciones, ya tengan éstas por objeto una especie o cuerpo cierto, una especie indeterminada de un género determinado o un hecho que deba ser ejecutado o de que el deudor deba abstenerse; ya se trate de una obligación de dar o de una obligación de hacer o no hacer.

✓ Pues bien lo dice Scaevola, que la palabra Pago vale tanto como ejecución, cumplimiento, entrega de la cosa debida, prestación del hecho convenido, omisión del acto que se ofreció no realizar, satisfacción, en fin del derecho del acreedor y, como consecuencia, anulación del crédito y definitiva liberación del compromiso" (4).

Pero de conformidad con el mismo artículo esta regla no es absoluta, ya que dice que ésa debe ser observada "sin perjuicio de lo que en casos especiales dispongan las leyes"; y en la mayoría de los casos esas excepciones se refieren a las cosas fungibles o consumibles, en las consumibles, porque éstas para que nos den una utilidad tienen que destruirse y las fungibles, porque una de las características de ellas es que se pueden pagar con otros del mismo género y calidad que se miran como equivalente, pues tienen valor liberatorio, y en general todos los contratos de mútuo que no se pueden devolver las mismas cosas.

Veamos un ejemplo: En un contrato de mútuo de dinero, la ley establece que se debe la suma enunciada en el contrato y que podrá darse una clase de moneda por otra, aún a pesar del acreedor, siem-

(4) Quintus Mucius Scaevola, Código Civil Tomo XIX de las Obligaciones.

pre que las dos sumas se ajusten a la relación establecida por la ley entre las dos clases de moneda, y es más es un derecho irrenunciable del deudor. Art. 1957 C.

Otra excepción a esta regla la encontramos en las obligaciones facultativas, el Art. 1376 dice: Que en la obligación facultativa, hay un objeto de determinado, pero concediéndose al deudor la facultad de pagar con esa cosa, o con otra que se designa. Este tipo de obligación rara vez se da en los contratos, es corriente en los testamentos.

Como vemos esta regla no es absoluta, pues tiene sus excepciones que confirman la regla general que manda a cumplir estrictamente con lo que las partes han pactado.

2) QUIEN PUEDE HACER EL PAGO

Después de dejar establecido lo que es el pago efectivo en general y que la prestación debe de cumplirse en los términos establecidos en el contrato, para que el deudor pueda liberarse, es pertinente determinar quien puede hacer el pago.

En cuanto a las personas que han de pagar hay que distinguir: a) Las que deben pagar y b) Las que pueden pagar.

Deben pagar los obligados a ello; es decir: 1) El deudor personalmente o sus herederos o causahabientes porque las obligaciones son transmisibles, salvo que sean personalísimas; 2) Los codeudores, ya sean solidarios o simplemente conjuntos o ya sean deudores de una obligación indivisible en que cada uno es obligado a la totalidad de la prestación; y 3) Los que acceden a la obligación principal sea como fiadores, sea como terceros poseedores de la finca hipotecada en garantía de la deuda. (5).

Es evidente que nuestro Código Civil en el capítulo pertinente y que es objeto de este estudio no se refiere a ninguno de los tres casos establecidos anteriormente y que son los que podríamos llamar como los directamente obligados a cumplir con la prestación, por lo que veremos la segunda clasificación o sea: "Los que pueden pagar"; b) Pueden Pagar las personas extrañas a la obligación o terceros que la satisfacen a nombre del deudor sin obrar en virtud de mandato o representación de éste, sino por acto propio, o que la pagan en su nombre. (5 bis). Es precisamente a este último grupo de personas/^aque se refiere nuestro Código ya que el Art. 1443 dice: ---

(5) Luis Claro Solar. Derecho Civil Chileno Comparado Tomo XII Obligaciones. Pág. 47.

(5 bis) Cita del mismo autor. Pág. 48.

quienes pueden pagar por el deudor, y no dice nada respecto al principal obligado a pagar que es el deudor, dando por establecido, que los agrupados en el grupo de los que deben pagar, son los principales obligados, y la ley ha sido sabia al omitirlo, pues de haberlo dicho estaría siempre demás, ya que desde el momento en que se contrae la obligación, el deudor se ha colocado en la necesidad jurídica de dar, hacer o no hacer alguna cosa que su acreedor tiene acción para exigirle. Acción que no puede hacer valer contra otra persona que no sean los directos o indirectamente obligados; vemos pues que nuestro Código se está refiriendo a las personas extrañas a la obligación o terceros que las satisfacen a nombre del deudor, sin obrar en virtud de mandato o representación de éste, sino por acto propio, pues de hacerlo en estas formas, no podríamos afirmar que se trata de una persona extraña a la obligación, puesto que el hecho no es -- que efectúe el pago una persona física o anatómicamente distinta al deudor, sino que se pague con bienes que no sean los del deudor, que no le pertenezcan a él, sino al tercero que pagó; por lo que nuestro legislador, viendo que no es el deudor el que va pagar, sino un tercero, es que ----- establece los casos en que el tercero puede pagar, y es en esa forma que el Art. 1443 Inc. lo. establece las formas en que un tercero no interesado puede pagar la deuda del deudor, desprendiéndose de su tenor, tres casos: a) Con el consentimiento -- del deudor; b) Sin el conocimiento del deudor; y c) Contra la voluntad del deudor; por lo que según se trate de uno u otro caso, podríamos caer en distintas situaciones que le darían al tercero que paga diversas acciones, ya sea pague con el consentimiento y conocimiento o no conocimiento del deudor o contra su voluntad; puesto que si paga sin conocimiento del deudor sólo tendrá acción para que el deudor le reembolse lo pagado, y no podrá pedir que el acreedor lo subrogue en sus derechos. (Art. 1444) de lo que se deduce que en el caso contrario, que el deudor consienta en el pago, puede perfectamente pedirle al acreedor que lo subrogue en sus derechos, u operar de mero derecho la subrogación (1480 No. 5), sobre esto volveremos más adelante cuando entremos al estudio del pago con subrogación; cuando se paga contra la voluntad del deudor, nuestra legislación no dice nada a diferencia del Chileno que dice que en este caso, el tercero no -- tiene derecho para que el deudor le reembolse lo pagado, a no ser que el acreedor le ceda voluntariamente su acción. Como decía, pese a -- que en todo lo demás es idéntico, el Chileno con nuestro Código, el nuestro calla a este respecto, por lo que considero que es necesario para resolver, en caso de plantearse un problema en este sentido, remitimos a la agencia oficiosa, en el Art. 2042, que da acción al tercero sólo en lo que le hubiere sido efectivamente útil al deudor; --

considero que nuestro legislador a diferencia del Chileno, no dijo nada al respecto, porque le consideró demás, pues si nos fijamos en el tenor del artículo Chileno veremos que estamos a presencia de una subrogación convencional, la cual se regula más adelante.

Pero esta regla no es absoluta, ya que el mismo Art. 1443 inc. 2o., establece la excepción a la regla general y establece el caso en que la prestación no puede ser cumplida por un tercero, sino únicamente por el deudor, en este caso la situación es clara y se explica en aquellas obligaciones en que está en juego la pericia o intelecto del deudor, como es el caso en que la obligación, consiste en la realización de una obra, en que se ha tomado en cuenta la aptitud y talento del deudor, por lo que no puede otra persona realizar esa obra en contra de una voluntad del acreedor, digo en contra, porque si él consiente en que lo haga otro no hay problema, pues entra en juego la voluntariedad del interesado, voluntad que en ningún momento la ley puede impedirle que se manifieste en el sentido que el acreedor quiere; también, hay que hacer notar que dicho artículo se refiere a una obligación de hacer en que se ha tomado en cuenta el intelecto o habilidad del deudor y no a todas las obligaciones de hacer, pues si es una obligación de hacer que puede ser hecha por cualquiera, no se toma en cuenta esta regla.

En síntesis, lo importante de este punto, estriba también en los efectos que puede producir el pago hecho por un tercero, desde luego, en las condiciones y casos antes apuntados, y es que producen las mismas que si hubieran sido efectuados por el deudor; a este respecto dice el Italiano Jorge Giorgi lo siguiente: "Los efectos del pago hecho por un tercero, sin tener en cuenta la subrogación son los mismos que los producidos por el deudor en lo referente a la extinción de la deuda respecto al acreedor" (6). Muy acertada la excepción hecha por Giorgi en el sentido de excluir la subrogación, puesto que como lo veremos más adelante, en ese caso no se cumplen los efectos que el pago real o efectivo produce.

3) A QUIEN DEBE HACERSE EL PAGO

El Art. 1446 de nuestro Código Civil dice: para que el pago sea válido debe hacerse al acreedor mismo, bajo cuyo nombre se entienden todos los que le hayan sucedido en el crédito, aún a título singular, o a persona que la ley o el Juez autoricen a recibir por el, o a la persona diputada por el acreedor para el cobro.

El pago hecho de buena fé a la persona que estaba entonces en posesión del crédito, es válido, aunque después aparezca que el

(6) Jorge Giorgi- Teoría de las Obligaciones Tomo VII. Pág. 130.

crédito no le pertenecía".

Del tenor de ese artículo se deduce que el pago es válido cuando es hecho al acreedor, puesto que es el, el titular del derecho, el tenedor de la acción para exigir el cumplimiento de la prestación y por lo que bien se dice que cuando el deudor paga a quien no debe, el pago no extinguirá su obligación, puesto que no ha efectuado la prestación en favor de quien debía por lo que, el que paga mal, pagó dos veces. Contempla nuestro Código dos situaciones: La primera se está en presencia del pago hecho al acreedor y en el segundo caso que bien podríamos decir se trata del caso en que el pago no es hecho al acreedor, ni a persona que lo represente legítimamente, pero que es válido, por razones de justicia y equidad que hacen que el legislador considere al deudor, pero toda vez concurren las condiciones siguientes: a) Que sea hecho al poseedor del crédito, o sea aquella persona que pasa a los ojos de todos por propietario del crédito; y b) Que el deudor le pague de buena fé, es decir, creyendo que paga al verdadero acreedor; de lo contrario no se puede amparar el deudor en el inciso 2o. del Art. 1446. Veamos por separado estas dos situaciones.

I) En la primera situación, o mejor dicho, en la primera parte del artículo en comento, se pueden contemplar varios casos: a) el pago hecho al acreedor; b) Pago hecho a la persona que la ley o el Juez designan; y c) Pago hecho a la persona diputada por el acreedor para recibirlo.

a) Pago hecho al acreedor: La ley misma dice quienes se consideran como acreedor, siendo éstos, además del acreedor, a todos los que hayan sucedido en el crédito, aún a título singular. Pothier dice: Entendemos por acreedor, no solamente la persona misma con quien el deudor ha contratado, sino igualmente los herederos y todos aquellos que han sucedido en el crédito, aún a título singular. (7). (El Legatorio); cuando se dice hayan sucedido en el crédito, además de los ya enunciados, se comprende a aquél a quien el acreedor ha cedido su crédito a cualquier título que sea, venta, donación o legado (8); por lo que, cuando esto sucede y nos remitimos a las reglas de la Cesión de Créditos nos damos cuenta que se pasa a ser el acreedor, por la notificación hecha al deudor; y para considerar que el pago que

(7) Tratado de las Obligaciones de Robert Joseph Pothier. --- No. 502.

(8) Explicaciones de Derecho Civil Chileno. Tomo XII, de las Obligaciones. Pág. 61, Luis Claro Solar.

éste le hace sea válido es necesario que se lo notifiquen al deudor y después de esta notificación, el pago hecho al antiguo acreedor, - podrá considerarse como nulo, pues no es él/^e acreedor, ya que en virtud de la notificación a que hacemos ~~se~~ referencia se establece --- quien es el acreedor. También podríamos encontrarnos con una situación que calificaremos de una excepción a la regla antes expuesta, o sea, de que todo pago hecho a una persona distinta al acreedor real, o putativo, como podríamos llamar al ubicarnos en el caso del inciso 2o. del Art. 1446, no vale; y ésta es la que contempla el Art. 1447, que dice: que el pago hecho a una persona diversa de las expresadas en el Art. 1446 es VALIDO, si el acreedor lo ratifica de un modo expreso o tácito, pudiendo legítimamente hacerlo; o si el que ha recibido el pago sucede en el crédito, como heredero del acreedor, o bajo otro título cualquiera.

Cuando el pago hecho a persona incompetente es ratificado por el acreedor, se mirará como válido desde el principio.

El artículo que hemos enunciado comprende una excepción a la regla general del que el pago sea válido es menester que se cumpla con los requisitos que el mismo artículo señala, o sea: a) que sea ratificado por el acreedor; y b) Cuando aquél a quien se le ha pagado no siendo éste el legítimo acreedor, posteriormente al pago sucede en el crédito, como heredero del acreedor, o bajo otro título cualquiera, donación, venta, etc. Tiene que adquirir el crédito posteriormente al pago, pues si lo recibe antes no estamos en el campo -- del artículo en comento, pues se estaría en presencia de un verdadero pago hecho al acreedor. Este artículo nos plantea dos casos, a saber, 1) Cuando el acreedor es incapaz de recibir o que pese a no haber recibido el pago, lo ratifica de una manera expresa o tácita; expresamente cuando el lo manifiesta claramente, mediante el respectivo documento que en su caso deba darse; y tácitamente cuando el acreedor, - aunque no lo haya hecho expresamente, realiza los actos encaminados a hacer creer que está ratificando el pago, como por ejemplo, cuando se trate de una deuda con documento ejecutivo y que el acreedor entregue al deudor dicho documento; en esta excepción cabe también el caso aquel en que el deudor le pague la deuda a un acreedor que no tiene la libre administración de sus bienes, pero que ésta persona, al tener la libre administración de sus bienes, ratifique el pago que con anterioridad se le había hecho. 2) El segundo caso no requiere mayor explicación, ya que se trata de la situación aquella en que -- se encuentra la persona que cuando recibió el pago no era legítima acreedora, pero que posteriormente y a cualquier título llegue a ser el legítimo acreedor.

b) Pago hecho a la persona que la ley o el Juez designen.

El Art. 1449 que es el que faculta a determinadas personas, para recibir por el acreedor y considerar como válido el pago, por lo que se dice que el pago hecho a la persona que la ley o el Juez designen es válido.

Art. 1449. Reciben legítimamente los tutores y curadores por sus representados respectivos; los padres de familia por sus hijos, en cuanto tengan la administración de los bienes de éstos; los recaudadores fiscales o de comunidades o establecimientos; y las demás personas que por la ley especial o decreto judicial estén autorizadas para ello.

Según esta disposición, los deudores que pagan a tales representantes no tienen nada que temer, pues están pagando válidamente, no importa que estas personas, posteriormente al pago lleguen a ser insolventes. La disposición de la ley es general y no se refiere únicamente al pago de prestaciones periódicas o intereses, sino a toda clase de prestaciones debidas a las personas representadas. (9).

c) Pago hecho a la persona diputada por el acreedor para recibirlo.

Según la última parte del inciso lo. del Art. 1446 el pago es también válido, cuando es hecho "a la persona diputada por el acreedor para el cobro"; y el Art. 1450 regula la forma en que esa diputación puede conferirse; después de leer dicho artículo, se deduce que se trata de mandatarios convencionales a quienes el acreedor, da poder para recibir por él, legítimamente el pago, así como la ley lo da a los representantes legales y el decreto del Juez al mandatario judicial.

Al tomar la diputación en el sentido tomado por el Art. 1450 y para ver con más fuerza los efectos que se producen en relación con la validez del pago es necesario analizarlo en relación con el Art. 1319 C. que dice: Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiera contratado el mismo.

En lo que se refiere a quienes pueden ser diputadas para cobrar o recibir válidamente un pago, a nombre de otro, la ley da una gran elasticidad ya que permite que aquellas personas que al tiempo de conferírsele la diputación no tenga la administración de sus bienes ni sea capaz de tenerla; o sea que pueden recibir válidamente el pago aquellas personas que según la ley necesitan de representante legal para realizar cualquier acto judicial

(9) Luis Claro Solar Tomo XII de las Obligaciones Pág. 64.

II) Pago hecho de buena fé a la persona que está en posesión del título.

el cual

Es la contemplada en el inciso 2o. del artículo 1446, no creo que merezca mayor comentario que el que hice anteriormente, pues está claro que en aquellos casos en que se paga a una persona distinta del acreedor y no tratándose de los casos contemplados en el Art. --- 1447, es válido toda vez llene esos dos requisitos esenciales y sin los cuales no se puede alegar validez del pago o sean: a) La condición de ser poseedor del crédito la persona a quien se le hace el pago; y b) Que el deudor pague de buena fé.

a) La condición de ser el poseedor del crédito, la persona a quien se hace el pago, no significa que por el solo hecho de que la persona sea poseedora de un crédito se le pueda y deba pagar, lo que quiere significar esta condición es que dicha persona pase ante los ojos de todos por propietaria del crédito, de tal manera, que puede ser el titular aparente del crédito; y que el deudor le pague voluntariamente al considerarlo propietario del crédito; de lo que se desprende que la posesión del crédito que el Art. 1446 inc. 2o. contempla, es la posesión del derecho mismo, y no la del título o instru--mento que la comprueba. Don Luis Claro Solar dice al respecto: La --condición de ser poseedor del crédito la persona a quien se hace el pago debe entenderse en el sentido de que dicha persona pasa a los -ojos de todos por propietario del crédito, de que haya justo motivo de ceerlo tal propietario, de ser en una palabra, el titular aparen--te del crédito, el acreedor putativo. Podría, por lo mismo, forzar -al deudor a pagarle; y es en consecuencia justo que el deudor se li--bere pagándole voluntariamente al considerarlo propietario del crédito. (10). Con lo dicho reforzamos la afirmación anterior, de que el artículo no se refiere a la posesión del instrumento que comprueba, --la existencia de la obligación, sino que el parecer ser el verdadero acreedor, pues con la posesión del título, que es el instrumento con que se prueba la obligación, en manos del acreedor, el deudor puede comprobar quien es el verdadero acreedor, pues tiene los medios necesarios para averiguarlo, en este caso el título que no estaría en fa--vor de quien se cree acreedor; además el artículo claramente dice que es a la persona que estaba entonces en posesión del crédito y no del título.

b) Que el deudor pague de buena fé, es una condición que prácticamente supedita a la anterior, o mejor dicho la condición anterior, supedita su existencia a ésta, pues no podríamos hablar de que se es

(10) Tomo XII de las Obligaciones Luis Claro Solar Pág. 78.

tá pagando al poseedor del crédito, cuando perfectamente sabe el deudor que no es el legítimo acreedor y de mala fé efectúa el pago, por lo que no sería un pago válido. Es más, para que se hable de buena fé, no basta que ésta sea meramente subjetiva, aunque ese elemento subjetivo sea indispensable, no quiere decir que sea determinante y por sí solo suficiente para amparar al deudor en el sentido del artículo a que hago referencia, pues la buena fé meramente subjetiva, es la resultante de la vana credulidad, que es fruto de la inexperiencia y de la ignorancia crasa; que no es suficiente, pues se trata además de un acto meramente interno de sujeto, difícil de poder probarse, pues no se exterioriza; por lo que tenemos que tomar la buena fé objetivamente, consistiendo en este sentido, en el concurso de circunstancias por las cuales aparece excusable el error del deudor. No vana credulidad, fruto de inexperiencia o crasa ignorancia, sino la buena fé que tiene por fundamento el error perdonable. (11).

Es pues, en este último sentido en que debe tomarse la buena fé, o sea, que esta debe basarse, en el hecho de creer que se paga al verdadero acreedor, concurriendo las circunstancias necesarias que configuran el error del deudor y que hacen que el pago sea válido, pues como decíamos, la buena fé subjetiva solamente se queda en la fase interna del sujeto y que pese a que también debe tomarse en cuenta para calificarla, es necesario, como base primordial, la concurrencia de ciertas circunstancias que se puedan apreciar objetivamente y que dado a ellas sea justificable el error del deudor, pues de lo contrario, no bastará que él diga que de buena fé creyó haber pagado al verdadero acreedor, para que la ley lo ampare; considero que el sentido del artículo no es eso, porque si así lo fuera, cualquiera podría alegar la buena fé del pago, aunque lo haya hecho a sabiendas y de acuerdo con el acreedor putativo; para dejar en difícil situación al acreedor verdadero, deberán pues, concurrir esas circunstancias objetivas, que hagan justificable el error, para que el deudor se ampare en este artículo.

4) DONDE DEBE HACERSE EL PAGO

El lugar donde debe hacerse el pago es en el designado por la convención, estableciéndose esa situación como la regla general, que es recogida por el Art. 1457C; pero puede guardarse silencio a ese respecto en la convención y surgir la duda respecto al lugar donde debe hacerse el pago, por lo que el legislador ha establecido disposiciones supletorias según sea la naturaleza de la prestación, y así dice el Art. 1458: "Si no se ha estipulado lugar para el pago y se -

(11) Jorge Giorgi- Teoría de las Obligaciones. Tomo VII.

trata de un cuerpo cierto, se hará el pago en el lugar en que dicho cuerpo existía al tiempo de constituirse la obligación.

Pero si se trata de otra cosa se hará el pago en el domicilio del deudor.

que No habiendo disposición expresa de las partes sobre el lugar en/la prestación deba ser cumplida, el legislador, interpretando su intención, resuelve que tratándose de un cuerpo cierto, es decir, de una especie determinada, han debido querer que el pago se haga en el lugar en que dicho cuerpo existía al tiempo de constituirse la obligación, sea ese lugar el del domicilio del deudor o no.

También establece nuestro Código cuando la cosa que deba pagarse no pertenezca a las establecidas en el inciso primero del artículo en comento, o sea, cuando no se trata de un cuerpo cierto, -- que el pago se hará en el domicilio del deudor; la razón es muy lógica, ya que se parte del principio de que es el acreedor el que debe buscar el pago.

Cabe hacer notar la importancia de establecer el lugar donde debe hacerse el pago de la obligación, ya que eso es lo que determina la competencia del Juez, ante quien el deudor puede ser demandado para el cumplimiento del contrato que demora o resiste; y como lo dejamos dicho, este puede estar establecido en el contrato y, en caso de que no lo esté, es que nuestro Código da reglas supletorias para establecerlo (Art. 1458) y además, prevé situaciones en que es difícil determinar el lugar del pago, como la que se varía en caso de que, acreedor o deudor mudare de domicilio entre la celebración del contrato y el pago, por lo que en este caso, se hará siempre el pago -- en el lugar en que sin esa mudanza correspondería, salvo que las partes dispongan de común acuerdo otra cosa.

Este artículo debe entenderse siempre que no se haya estipulado el lugar en la convención, así como también en la última parte -- cuando dice: "Salvo que las partes dispongan de común acuerdo otra cosa", debe entenderse que este acuerdo de las partes es posterior a la convención en la cual no se había estipulado el lugar del pago; y que posteriormente a ella, hayan acordado el lugar, pues de lo contrario no tendría razón de ser este inciso; ya que la ley lo que trata es de suplir la voluntad de las partes cuando ésto no se ha manifestado en ningún momento, pero si posteriormente a la convención, esta voluntad se manifiesta, la ley tiene que ceder paso a ella, porque la ley solo suple la voluntad de las partes cuando no se ha manifestado, por eso es que la regla general es la voluntad de las partes y la ley es la regla especial cuando no se ha manifestado esa voluntad.

5) COMO DEBE HACERSE EL PAGO

Al desarrollar este punto tenemos que evocar de nuevo el principio que enunciamos, cuando hablamos sobre la obligación en que está el deudor de pagar en su totalidad lo que debe, es decir, pagar - lo que debe no otra cosa; ya que el Art. 1461 está complementando el Art. 1440, pues cuando dice que el deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, está reforzando el principio de la indivisibilidad del pago, ya que como dice Claro Solar, el pago en general es indivisible; debe pagarse la prestación íntegra, tal como ha sido convenida; y el deudor no puede forzar al acreedor a que la reciba por partes, salvo convención contraria". (12)

El principio antes enunciado y al que se refiere el Art. 1461, es el que trata de obligaciones que por su naturaleza son divisibles, y existentes entre un solo deudor y un solo acreedor, pues si se trata de una obligación indivisible, además de estar reguladas especialmente en otras disposiciones, éstas son obligaciones que por su propia naturaleza no pueden ejecutarse por partes, sino en su totalidad, por lo que no sería lógico que la disposición en comento se refiera a ellas, pues estaría demás, de lo que concluimos, que se refiere a obligaciones divisibles por su naturaleza, y que podrían pagarse por cuotas. Dijimos también que deben ser contraídas entre un solo deudor y un solo acreedor, pues si la obligación ha sido contraída por un solo deudor y varios acreedores conjuntos o viceversa, el pago total de la deuda siempre se hará por partes, ya que en el primer caso un acreedor, solo es de una parte de la deuda y no del resto.

Qué es lo que comprende o debe comprenderse por el pago total de la deuda? el artículo en comento, en su último inciso nos da la respuesta a esta interrogante, al decir que "El pago total de la deuda comprende el de los intereses, indemnizaciones que se deban", o sea que cuando la deuda comprende el de aquellas que ganan intereses, el deudor no puede obligar al acreedor a que reciba la suma principal de la deuda, sin que le paguen al mismo tiempo todos los intereses que dicha deuda ha devengado. Pothier decía al respecto: "No basta tampoco que el deudor ofrezca toda la suma principal que debe -- cuando ella devenga intereses: el acreedor no está obligado a recibirla, sino se le pagan al mismo tiempo todos los intereses que sobre ella se deben". (13).

(12) Luis Claro Solar - Obligaciones Tomo XII. Pág. 99.

(13) Robert J. Pothier. Tratado de las Obligaciones. No. 534.

Para concluir transcribiremos lo que para MAZEAUD, constituyen los tres principios que rigen el pago: 1) El solvens debe pagar lo debido; 2) Debe pagar todo lo debido, así pues, sin consentimiento del acreedor, aquel no podría dividir el pago y debe abonar los gastos del mismo y 3) No debe pagar nada más que lo debido. Si paga lo indebido, dispone de una acción de repetición. (14).

Como ya se dijo anteriormente, el pago es una forma de extinguir las obligaciones, por lo que es de suma importancia, el determinar la forma como debe ser cumplida la obligación o lo que es lo mismo "como debe hacerse el pago", para lo que es menester distinguir las clases de obligaciones que pueden pagarse y determinar la forma como deberá pagarse cada una de ellas, por lo que se distinguen especialmente tres clases de obligaciones, éstas son:

- 1) Las obligaciones en que se debe entregar un cuerpo cierto.
- 2) Las obligaciones en que se debe una cosa indeterminada; y
- 3) Las obligaciones en que se debe una suma de dinero.

Así podemos clasificar a la luz de nuestro Código las obligaciones que se cancelan con el pago y que según se trate de unas u otras, así es la forma en que se regulan, por lo que analizaremos, sin profundizar en ella, cada una de ellas.

1) Obligaciones de especie o cuerpo cierto.

El Art. 1460 se encarga de regular la forma en que debe hacerse el pago de las obligaciones de cuerpo cierto, así como el de resolver el importante problema, que por tratarse de una cosa individualmente determinado, acarrea la circunstancia de estar expuesta la cosa a sufrir deterioros con posterioridad al nacimiento de la obligación, problemas que son resueltos por el artículo en mención y que reza así:

Art. 1460. "Si la deuda es de un cuerpo cierto, debe el acreedor recibirlo en el estado en que se halle; a menos que se haya deteriorado y que los deterioros provengan del hecho o culpa del deudor, o de las personas por quienes éste es responsable; o a menos que los deterioros hayan sobrevenido después que el deudor se ha constituido en mora, y no provenga de un caso fortuito a que la cosa hubiere estado igualmente expuesta en poder del acreedor. En cualquiera de estas dos suposiciones se puede pedir por el acreedor la rescisión del contrato y la indemnización de perjuicios; pero si el acreedor prefiere de importancia, se concederá solamente la indemnización de perjuicios. Si el deterioro ha sobrevenido antes de constituirse el ---

(14) Lecciones de Derecho Civil, Parte Segunda Volúmen III; -
Mazeaud.

deudor en mora, pero no por hecho o culpa suya, sino de otra persona por quien no es responsable; es válido el pago de la cosa en el estado en que se encuentre; pero el acreedor podrá exigir que se le ceda la acción que tenga su deudor contra el tercero, autor del daño".

Como se ve, por regla general, bajo el punto de vista del pago del cuerpo cierto debido; no se toman en cuenta los deterioros sufridos por el cuerpo cierto entre el perfeccionamiento del contrato y el pago, de que no responde el deudor; el deudor cumple entregando la cosa en el estado en que se encuentra y el acreedor debe recibirla en el estado en que se halle, toda vez que el deterioro o pérdida parcial de la cosa no sea imputable al deudor, o sea que no sea el responsable; (15) la razón por la que el deudor no responde de la pérdida parcial de la cosa la encontramos en el Art. 1540 que trata de un modo de extinguir las obligaciones cuando el cuerpo cierto que se debe, perece totalmente sin culpa del deudor, y en ese caso queda extinguida totalmente la obligación, ridículo sería que el deudor en igualdad de circunstancias respondiera de la pérdida parcial, sino responde de la pérdida total. Es más; de todo lo anterior se confirma más la situación de que el riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se debe, es siempre de cargo del acreedor.

Cuando el daño es causado por un tercero sin culpa del deudor, el acreedor solamente puede pedir que el deudor le ceda la acción que tenga contra la persona que haya podido causar el daño. Es de hacer notar que el artículo pone como condición indispensable para absolver al deudor, el que éste no esté en mora, pues si lo está, aunque no sea por su culpa el daño, siempre estará obligado el deudor, para con el acreedor, pues se considerará culpable.

2) Las obligaciones en que se debe una cosa indeterminada.

Este grupo no está comprendido en el capítulo referente "a como debe hacerse el pago", por tratarse de un tipo de obligaciones, que nuestro Código regula en otros artículos y que se refiere más que todo a la forma de cumplir las obligaciones de género, en que el legislador a falta de acuerdo de las partes manda a dar una de mejor calidad, pues como los individuos comprendidos en el género no son de la misma cualidad, no son por lo mismo de igual valor; lo que crea una dificultad entre las partes para el pago, ya que sus intereses respectivos reclaman soluciones opuestas. (16) Tiene también importancia en lo referente a las reglas dadas para cumplir las dispo-

(15) Luis Claro Solar - Obligaciones Tomo XII. Pág. 103.

(16) Luis Claro Solar - Obligaciones Tomo XII. Pág. 108.

siciones testamentarias, (por lo que considero no es de importancia para el tema que nos ocupa).

3) Las obligaciones en que se debe una suma de dinero.

De acuerdo con el principio general el acreedor no puede ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le debe, pero el deudor de una suma de dinero no podría ofrecer a su acreedor especies metálicas idénticas a las entregadas por el acreedor; por eso, el pago de esta clase de deudas está sometido a reglas especiales que son una excepción al principio general, ya que debido a los cambios de valor a que está sujeto el dinero como el tratarse de cosas que para que presten utilidad deben de consumirse con el uso, es que se regula en forma especial, y es así como podemos establecer los problemas que se plantearían o podrían plantearse cuando se debe una suma de dinero; veamos tres casos: 1) Se ha hecho un contrato de mútuo de una suma de dinero, pero posteriormente al contrato, y antes de que llegue el tiempo estipulado para el cumplimiento del contrato, el papel moneda que se prestó es declarado fuera de circulación y como consecuencia, ya no tiene ningún valor adquisitivo; en el caso aquí propuesto, si nos ciéramos al principio general, el deudor tendría que pagar con lo que se le prestó, causándole así, grave perjuicio económico al acreedor, por lo que previendo estos casos el Art. 1957 que dice: Si se ha prestado dinero, sólo se debe la suma numérica enunciada en el contrato, ya sea en la especie de moneda convenida o en la suma equivalente de moneda de curso legal, en la relación de cambio establecida por la ley. Este derecho es irrenunciable por el deudor.

Entonces el deudor tiene que pagar con la moneda de curso legal en el país, no importando que sea distinta a la de aquel entonces, pues al decir de curso legal se refiere a aquella que está al momento de cumplirse la obligación. Y aunque el caso del ejemplo planteado no se diera, siempre estaría el deudor en la imposibilidad de devolver las mismas especies metálicas, por lo que la ley tiene que hacer una excepción a la regla general. Sobre este tema ya hablamos al desarrollar el punto referente a las generalidades sobre el pago, por lo que no vamos a seguir por menorizando sobre este punto.

caso
2) Este segundo/que expondremos a continuación, se da con más frecuencia en aquellos países cuya moneda está sujeta a fluctuaciones, según el período en que los toque atravesar; se refiere, pues, este caso, la pago de sumas de dinero que están sujetas a cambios, - debido a las fluctuaciones monetarias que en períodos de inestabilidad económica se susciten. Aclaremos mejor este caso, con un ejemplo:

Es un mútuo de dinero en que la cantidad prestada sean mil colones, pero resulta, que entre el tiempo del contrato y el cumplimiento de la obligación, el valor adquisitivo de la moneda puede variar, ya sea que pueda ser mayor o menor, entonces en qué situación quedarían el deudor y el acreedor en cuanto al cumplimiento de la obligación, al respecto MAZEAUD, dice: evocando lo que llama la teoría de la imprevisión: "Que las fluctuaciones de valor de la cosa debida que se produzcan entre el contrato y su cumplimiento no poseen influencia alguna sobre la prestación; el deudor es el que las sufre o se beneficia de las mismas, no el acreedor (17). Por lo tanto, en el ejemplo propuesto, si la deuda es de un mil colones, no importa que en el día de pago, el valor adquisitivo sea superior o inferior al que tenía en el día en que se celebró el contrato, el deudor tiene que pagar la suma numérica que debía, no importando que en el momento del pago, con esos mil colones se puedan adquirir más bienes que en la época de celebrarse el contrato, aquí perjudica al deudor, pero también puede suceder que en el momento del pago, con esos mil colones se adquieran menos bienes que en el tiempo de celebrarse el contrato y en esta condición favorecería al deudor; pues tiene que pagar solo la suma numérica y no más, ni tampoco menos so pretexto de que el valor de la moneda ha subido.

3) Este caso no creo amerite ningún comentario, pues se trata del caso común y corriente, en que la moneda no sufra ninguna alteración y la obligación se cumple o debe cumplirse en la forma convenida, sin que se planteen más problemas, que el de determinar la cantidad principal y los intereses devengados por ésta, que es lo que determina el monto total de la obligación.

6) MODALIDADES DEL PAGO

Nuestro Código después de agotar en su articulado lo que ha dado en llamar del Pago efectivo en general y regularlo en todas sus fases, como quien puede hacer el pago; a quién debe de hacerse, donde y cómo debe hacerse, y terminar con la imputación del pago, que ya no considero, sea una modalidad, sino una extinción parcial del conjunto de deudas que una persona tiene para con uno mismo acreedor o aunque se trate de una sola deuda productiva de intereses, en que no se paguen los intereses o la deuda, por lo que tampoco es un pago completo, ya que no extingue en su totalidad la obligación, sino par

(17) MAZEAUD. Lecciones de Derecho Civil, Parte Segunda, Volúmen III.

cialmente. (18) Después de regular el Código Civil del Pago en general, comienza a legislar sobre lo que podemos llamar Modalidades del Pago, Modalidades, porque contemplan situaciones especiales que por esa misma razón, tienen su propia fisonomía y son contempladas en capítulos especiales así: En el capítulo VII, título XIV, en el artículo 1468, contempla el pago por consignación, y en el siguiente capítulo, del Art. 1478 a 1483 inclusive del pago con subrogación, siendo en el capítulo IX del Art. 1484 en adelante que regula del pago por cesión de bienes, o por acción ejecutiva del acreedor o acreedores"; para finalmente en el capítulo X en los artículos 1495 y 1497 que legisla sobre una figura muy peculiar e importante como es del pago -- con beneficio de competencia.

Enunciadas de esta manera las Modalidades del Pago, nos daremos cuenta que todos llevan antes de la Modalidad, la palabra "Del - Pago", como queriendo subrayar con ello que se trata de una variedad del Pago; pero veamos suparadamente una de ellas, con exclusión del pago con subrogación, por ser este ^{el} tema que sí agotaremos en su oportunidad.

7) DEL PAGO POR CONSIGNACION

Según nuestro Código al igual que el Chileno, entiende por -- Consignación al depósito de la cosa que se debe, hecho a virtud de -- la repugnancia o no comparecencia del acreedor a recibirla y con las formalidades necesarias, en manos de una tercera persona.

Siendo el pago de una obligación ineludible que libera al deudor de la carga que el mismo supone, es éste el más interesado en -- llevar a efecto esa prestación, realizando para ello los actos necesarios; (19) cuando estudiamos las Generalidades del Pago, vimos la condición en que se encontraba el deudor respecto de su acreedor, que tenía el derecho de exigirle el pago, así como la forma en que el -- deudor debía de ejecutar ese pago, y en general, el conjunto de derechos que tenía el acreedor, sin estudiar en ningún momento los derechos del deudor y obligaciones del acreedor, en lo referente al derecho que tiene el primero en que se le permita cumplir con su obligación y que el acreedor esté presto a recibir de parte de su deudor, el cumplimiento de la prestación.

(18) Parcialmente, no quiere significar que se trata del pago parcial de una deuda, sino de todas las obligaciones que el deudor -- tiene para con el acreedor, es decir, el conjunto de deudas que forman el total de obligaciones y de las cuales el deudor no cancela todas, excepto cuando se trata de una sola, pero productiva de intereses.

(19) Código Civil - MUCIUS SCAEVOLA; Tomo XIX de las Obligaciones.

Dada la posición en que se encuentra acreedor y deudor, parecería paradójico suponer, que en un momento dado el deudor esté interesado en pagar o sea, de que no sea el acreedor quien quiera que le paguen, sino que el deudor quiera pagar, y más paradójico aún, que el acreedor no quiera que le paguen; pero, cuando veamos más adelante los casos en los cuales el pagar le resulte una ventaja al deudor, - así como aquellos casos en los cuales al acreedor le convenga, dada la garantía que ampara la deuda, que el deudor no le pague, o que retrase el pago, comprenderemos la importancia de esta modalidad del pago, no sin antes dejar establecida la razón por la cual se regula, así como los casos en que se puede dar; veamos primero cual es la razón por el cual se regula este tipo de pago.

Al estudiar esta modalidad nos preguntamos cual es la razón por la cual se regula este tipo de pago? La respuesta es sencilla y muy lógica: El deudor no sólo tiene el deber de pagar su deuda, sino el Derecho de hacerlo, porque tiene en ello interés, ya que toda obligación existente afecta al crédito del deudor, porque compromete sus bienes, disminuyendo su solvencia, tiene por lo tanto interés en pagar para libertar sus bienes y aumentar su crédito. (20).

Puede tener motivos particulares para pagar; como es el de tener el curso de los intereses de una deuda que le es muy onerosa, liberar un inmueble que hipotecó para contraer esa deuda y que ahora le interesa vender, y en general salir de todas esas situaciones desventajosas en que se coloca un deudor en cuanto a sus bienes y en relación con las personas. (21).

Con lo dicho por Claro Solar, en lo referente al interés que pueda tener el deudor en pagar su deuda, se comprende que hay casos en los cuales el más interesado en que se realice una prestación, -- puede ser el deudor, pero para no caer en equívocos, veamos cuando es que puede hablarse del pago por consignación; y para ésto, es necesario remontarnos al Art. 1469 C y que ya transcribimos al inicio de este tema, de dicha disposición se desprende que para que esta figura se dé, es necesario que el acreedor repugne el pago, es decir, que no lo acepte, así como también que dicho acreedor no comparezca al lugar que el contrato o la ley señale para recibir el pago, poniendo por lo consiguiente en una situación difícil al deudor por cuanto no podría cumplir con la obligación; entonces, vemos que es necesario que haya habido antes una oferta real de parte del deudor en pagar, - que el deudor quiera pagar y que para tal efecto, ejecute todos los

(20) Luis Claro Solar - de las Obligaciones Tomo XII Pág.177.

(21) Luis Claro Solar - de las Obligaciones Tomo XII Pág. 177.

actos necesarios e indispensables para efectuar el cumplimiento de su obligación y que sea entonces el acreedor quien no ejecute la parte que le corresponda, para recibir su pago. Por lo consiguiente jamás se podría hablar de un pago por consignación si el deudor no ha agotado los medios debidos para realizar la prestación a que se había obligado.

Pero esta situación no es tan sencilla, ya que hay que tomar en cuenta para que se de esta modalidad del pago, la situación en que se encuentran acreedor y deudor en relación con el tipo de contrato que han suscrito, así como si la deuda es ya exigible, o sea que ya se llegó el tiempo de cumplir con la prestación, pues si así fuere, el pago o cumplimiento de la obligación, es ya un derecho del acreedor, por lo que puede ejecutar la prestación aún contra la voluntad del acreedor que rechaza el pago que se le ofrece, o que no se presenta a recibir por su negligencia, con el fin bastardo de prolongar el mayor tiempo posible la situación ventajosa en que se encuentra de estar ganando intereses elevados, o por hacer incurrir al deudor en mora y que los riesgos que trae consigo, corran en contra del deudor. En esta situación, si la deuda es ya exigible y el deudor está pronto a pagarla y es el acreedor quien no quiere recibirla, si podemos decir que opera el pago por consignación. Pero en el caso contrario, si la deuda, todavía no era exigible y por consiguiente el deudor no tenía el derecho de pagar y por lo mismo, si ese pago no se puede hacer contra la voluntad del acreedor, no puede haber consignación, como lo veremos a continuación a través de algunos ejemplos.

Con lo dicho se puede dar el caso, en que el deudor no tiene el derecho de pagar y por consiguiente, el acreedor no está obligado a recibir? La respuesta es SI: Veamos unos casos en los cuales el acreedor puede rechazar el pago y el deudor aceptar ese rechazo; cuando la obligación es a plazo o bajo condición suspensiva, la obligación no es exigible mientras no haya vencido el plazo o la condición se cumpla. En este punto debemos de tener en cuenta dos circunstancias: a) Si el plazo o condición se estipula en favor del deudor; y b) Si el plazo o condición es en beneficio del acreedor o de ambos.

Si es en favor del deudor el puede denunciarlo; y como salvo esta modalidad del plazo, la deuda es cierta y existente, es como si fuere pura y simple, y el deudor que renuncia al plazo puede obligar al acreedor y recibir el pago; ya que no afecta en nada al acreedor, pues si el plazo se ha estipulado en favor del deudor, es éste quien tiene el derecho de hacer o no uso de él, y puede pagar aún antes de vencer el plazo.

La situación cambia cuando se trata del caso en que el plazo sea en beneficio del acreedor o de ambos. En este caso es indispensable que haya vencido el plazo, porque si no hubiese vencido, no podría el deudor obligar al acreedor a recibir el pago y el acreedor rechazaría la oferta invocando el plazo, ya que en este caso iría en contra de sus intereses, pues si se estipula un plazo, es porque el acreedor quería sacar beneficio, por lo que para que el deudor pueda obligar al acreedor a recibir el pago, es necesario que haya expirado el plazo. Nuestro Código aunque no es lo suficiente claro en este punto, dice en el Art. 1470 No. 3. "La Consignación debe ser precedida de oferta, y para que la oferta sea válida, reunirá las circunstancias que siguen:

3) Que si la obligación es a plazo o bajo condición suspensiva; haya expirado el plazo o se haya cumplido la condición".

No se podría entender esta disposición en el sentido de que el plazo favorezca al deudor pues caeríamos en el caso primero que expusimos, en que no es necesario que el plazo expire para que el deudor pueda hacer el pago aún contra la voluntad del acreedor, lógicamente debe referirse a la situación en que el plazo opere en favor del acreedor, pues de lo contrario no estaríamos hablando de plazo vencido o condición cumplida.

Pothier, al explicar este punto ha seguido la disposición francesa que es más precisa y que dice "Que el plazo esté vencido, si ha sido estipulado en favor del acreedor". (22).

En la consignación deben concurrir ciertas circunstancias, para que sea válida; circunstancias que podemos llamar extrínsecas o formalidades, y circunstancias intrínsecas, nos conformaremos con enunciarlas únicamente.

Circunstancias intrínsecas son las comprendidas en el Art. 1470 en los numerales lo. 2o. y 4o.; Las circunstancias extrínsecas o formalidades son las contempladas en el Art. 1470 No. 5. Estas son circunstancias que deben darse siempre que se demuestre que el pago por consignación puede operar, es decir, que son posteriores a la calificación que podríamos hacer una vez se establezca que esta modalidad puede darse.

Para concluir, y en base a lo dicho sobre esta modalidad del pago, enunciaremos los requisitos que deben de concurrir para que se de, los cuales a la luz de nuestro Código son los siguientes:

(22) Tratado de las Obligaciones Roberth J. Pothier.



1) Que el acreedor repugne el pago o no comparezca a recibirlo al lugar estipulado.

2) Que la deuda sea exigible en el momento de querer hacer el pago.

3) Que se deposite en manos de un tercero a disposición del acreedor; y

4) Capacidad para pagar y recibir; esta última característica también forma parte de las circunstancias intrínsecas.

8) IMPORTANCIA DEL PAGO POR CONSIGNACION

La importancia del pago por consignación es enorme, ya que -- como lo dijimos anteriormente, por medio de ella se evita que acreedores inescrupulosos se aprovechen del deudor, al no recibirles el pago de la obligación, y que aumente como consecuencia los intereses cuando la obligación es de dinero, o que el deudor incurra en una -- cláusula penal; así también hacer que se resuelva su -- contrato de -- compraventa de un bien raíz, en que está pactada la resolución por -- falta de pago de la parte de precio que se adeuda. Y en general todas aquellas situaciones desventajosas en que se coloca el deudor moroso, pero hemos hablado de lo que se evita con la consignación, y -- no nos hemos referido al porqué, o mejor dicho en base de que es que se obtienen estos resultados?

Para responder a ese interrogante tenemos que referirnos a -- los efectos de la consignación, efectos que claramente están manifestados en el Art. 1475 de nuestro Código Civil y que dice: "El efecto de la consignación válida 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.

Como se ve, tres son los efectos de la consignación: 1) Extinguir la Obligación; 2) Hacer cesar en consecuencia los intereses; y 3) Eximir del peligro de la cosa al deudor. Y en consecuencia, el pago se reputa definitivamente y queda extinguida la obligación y como consecuencia de ella, si la cosa debida es una suma de dinero, los -- intereses dejan de correr si la deuda los producía, o no se devenguen los que podría producir la mora del deudor que queda purgada con la consignación; y los riesgos de la cosa pasan al acreedor, pues el -- deudor queda eximido del peligro de la cosa; Hablando en términos -- más genéricos, el acreedor ya no tiene ninguna acción contra el deudor porque la obligación queda extinguida.

9) DEL PAGO POR CESION DE BIENES O POR ACCION EJECUTIVA DEL ACREEDOR O ACREEDORES.

Cuando el deudor demora la ejecución de la prestación a que --

se obligó, o se resiste,^{se}o/niega a cumplirla cuando ésta ya es exigible, el acreedor tiene el derecho de requerir la intervención de los Tribunales de Justicia, para que se condene al deudor al cumplimiento de su obligación, ejecutándolo en sus bienes forzosamente, para hacerse pagar. (23). (Este punto tiene una gran importancia tanto en materia Civil, como en materia Procesal, ya que en el Título IV, Capítulo I del Código de Procedimientos Civiles en el Art. 659 y siguientes comprende extensamente este tema, se estudia también en el Título II Cap. II del mismo Código, cuando es un solo acreedor y deudor, pero por no ser materia de nuestro estudio, no entraremos en ello).

Unicamente nos hemos referido, al caso en que se trate de un solo deudor y un solo acreedor, pero el caso que nos interesa es, en la situación en que se encontraría un solo deudor en relación con varios acreedores, la situación no cambia, pues, el derecho a conminar al deudor que no quiere cumplir con su obligación, la tienen todos los acreedores igualmente, pues ese derecho emana del documento en que consta la obligación, (el documento nos sirve como prueba de la existencia de la obligación) por lo que si el deudor no cumple, con la prestación debida, se pone en estado de insolvencia para^{con} sus acreedores, por lo que perfectamente se da lo que en el Código de Procedimientos se conoce como "Concurso de Acreedores". Hago notar que en el caso propuesto, es el acreedor quien en virtud, de la no comparecencia, o demora del deudor a ejecutar la prestación, quien comparece ante el Juez, con el amparo de la ley, a pedir que se obligue al deudor, a que cumpla con su obligación, con la ayuda de la fuerza pública si fuere necesario.

Pero esto, no es a lo que se refiere esta modalidad del pago, ya que en el caso propuesto, es el acreedor el que se ve obligado a concurrir a los Tribunales de Justicia, cuando el deudor se niega, se retrasa en el cumplimiento del pago, y es allí, donde estriba la gran diferencia entre la Cesión de Bienes y la Acción Ejecutiva, promovida por el acreedor o acreedores, ya que en el primer caso (Cesión de Bienes) es el deudor quien concurre a los Tribunales voluntariamente, cuando a consecuencia de accidentes inevitables, se halla en imposibilidad de pagar sus deudas y cede sus bienes. Más adelante volveremos sobre este tema; y en el segundo caso es el acreedor quien concurre a los Tribunales, para que éstos, por medio de una sentencia ejecutoriada, y aún empleando la fuerza pública, se le quiten en los bienes al deudor, para pagarse con ellos. Esto es/cuanto a la forma de iniciarse un juicio en que establece la diferencia, pues --

(23) Luis Claro Solar: De las obligaciones Tomo XI No. 1190.

tienen que llenar muchos requisitos, que son distintos según se trate de uno u otro caso, pero una vez iniciado y llenado esto, ya no es posible establecer diferencias, pues el procedimiento es el mismo; ya lo deja ver el Art. 1494 "Lo dispuesto acerca de la Cesión en los Arts. 1488 y siguientes; pero en cuanto a la exención del apremio personal, se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimientos".

Como vemos regula de la misma manera, tanto uno como el otro, una vez iniciado el juicio; ya que las mismas disposiciones sirven para ambos estableciendo únicamente una regulación especial, para la exención del apremio personal, que hoy en día ya no es una diferencia, puesto que para materias civiles ya no existe el apremio personal, (ya no hay prisión por deudas) quedando únicamente para la materia mercantil, en caso de la quiebra, cuando ésta sea fraudulenta, pero no por la deuda sino como una pena.

Existe una íntima relación en este punto, tanto en materia civil como en materia procesal, pues hay una serie de reglas que no corresponden al Código Civil, sino al Código de Procedimientos Civiles, por lo que se salen de los límites de nuestra materia.

Ya dejamos establecida la gran diferencia entre la Cesión de Bienes y el Pago por Acción Ejecutiva del acreedor o acreedores, por lo que explicaremos someramente cada uno de ellos, no sin antes hacer un pequeño análisis conjunto; pues según lo que hemos visto tienen gran similitud, por lo que podríamos decir que en ambos casos estamos a presencia de un concurso de acreedores, con la diferencia de que uno es necesario (cuando es el acreedor quien inicia el juicio) y el otro voluntario (cuando se inicia a instancia del deudor).

Pero sea necesario o voluntario, el concurso produce para el deudor y sus acreedores, un estado indivisible. Comprende, por lo tanto, todos los bienes de aquél y todas sus obligaciones, aún cuando no sean de plazo vencido; de modo que todos los juicios ejecutivos en tramitación se paralizan y se acumulan a uno solo, en el cual los acreedores deben hacer valer sus derechos y recibir el pago de sus créditos en su totalidad, si los bienes concursados son para ello suficientes y en parte proporcional, si no lo son. Hay que hacer notar que de aquí se exceptúan los acreedores privilegiados y los hipotecarios, que deben ser pagados de preferencia a los otros, pero esta preferencia, solamente se extiende a los bienes que están afectados con esos créditos. (24). En consecuencia, la semejanza es enorme, y lo que es más, hay identidad en cuanto a lo sustancial de las dos figuras, según acabamos de ver.

(24) Luis Claro Solar. De las Obligaciones Tomo XII. Pág. 334.

10) CESION DE BIENES O CONCURSO VOLUNTARIO

La Cesión de Bienes, es el concurso provocado por el deudor mismo, a fin de pagar a sus acreedores con sus bienes, hasta donde el monto total de ellos lo permita; y es así, como nuestro Código lo define en su Art. 1484, así: "La Cesión de Bienes es el abandono voluntario que el deudor hace de todos los suyos a su acreedores, cuando a consecuencia de accidentes inevitables, no se halla en estado de pagar sus deudas".

Analizando la definición, que nuestro Código dá, veremos que la Cesión de Bienes es el abandono voluntario de todos los bienes, así que no podríamos hablar de parte de bienes del deudor, sino únicamente de todos sus bienes, a excepción de los NO embargables; comprendiendo tanto los bienes corporales, como los incorporales, ya que el susodicho artículo dice: "Que la Cesión comprenderá todos los bienes, derechos y acciones del deudor, excepto los no embargables. Estos bienes no se embargan por razones de humanidad, ya que no se puede dejar a una persona sin lo elemental para vivir; pero fuera de éstos, la Cesión comprende la totalidad de los bienes que el deudor tiene al momento de hacerse la Cesión y aún los que adquiriera posteriormente, cuando no se satisficieron todas las deudas.

La Cesión de Bienes tiene por objeto práctico, el evitar al deudor y a los acreedores las molestias de un juicio de concurso, cuyo trámite es largo y costoso, con lo que se logra la ventaja de acortar el tiempo en que los acreedores recibirán su pago y el ahorro de los gastos, que un juicio de concurso trae consigo.

Siguiendo con la definición, vemos que la Cesión de Bienes la hace el deudor, "cuando no se halla en estado de pagar sus deudas", o sea, que no se puede hablar de Cesión de Bienes cuando el deudor cuenta con los fondos suficientes, como para pagar a todos sus acreedores y aún le sobra. En este caso, la Cesión de Bienes no tiene razón de ser; pues ésta tiene lugar cuando el activo del deudor, es inferior al pasivo, ya que el deudor al dar ese paso lo hace juzgado por las apreciaciones que hace del valor de sus bienes comparado con el monto de sus deudas. De tal manera, que la Cesión de Bienes, sólo se da en beneficio de aquel deudor, que se encuentra en la imposibilidad de poder cumplir en sus obligaciones, pues el monto de su débito excede a su patrimonio.

En consecuencia, ésta se da cuando el deudor después de haber hecho un cálculo de sus bienes y de sus deudas, se encuentra en el caso de que las deudas superan el valor de sus bienes, pero por ese mismo hecho de ser un cálculo personal, puede suceder que el pasivo -

resulte superior al activo; éste dice Luis Claro Solar, no puede tomarse en cuenta al definir la Cesión de Bienes, por tratarse de un caso excepcional.

Como es un requisito de la Cesión de Bienes, que el deudor se vea en la imposibilidad de pagar "a consecuencia de accidentes inevitables", es que la ley establece, que el deudor debe probar su inculpabilidad en el mal estado de sus negocios, "siempre que alguno de los acreedores lo exija", según el Art. 1486, o sea que si no lo exige ninguno de los acreedores, esa inculpabilidad se presumirá, de lo contrario, el deudor debe probarlo y esta prueba se hace de conformidad a los principios generales, que referente a la culpa, hace nuestro Código en el "Art 42 Civil; o sea probar que ha observado el debido cuidado o diligencia en el manejo de su negocio. De lo anterior se puede deducir, que la Cesión de Bienes no se concede al deudor irresponsable o de mala fé.

Llenados los requisitos anteriores, los acreedores están obligados a aceptar la Cesión de Bienes excepto en los casos que el Art. 1487 establece, y ésto es porque la Cesión de Bienes es un beneficio concedido al deudor de buena fé, que por razones accidentales que no pudo evitar, no puede pagar sus deudas; por lo que ese beneficio no se puede invocar, si se le prueba alguno de los hechos que dicho artículo establece y que hacen imposible la Cesión de Bienes, y la razón es obvia, pues todos los casos establecidos en el susodicho artículo hacen presumir la mala fé del deudor, o la malicia de sus actos, así como su descuido en el manejo de sus bienes. Y como dijimos anteriormente, la Cesión de Bienes sólo aprovecha al deudor de buena fé, por lo que la ley no puede amparar al malicioso, ni al irresponsable.

Es importante resaltar, que por el hecho de la Cesión de Bienes, los acreedores no se convierten en dueños de los bienes del deudor, sino que únicamente y por tratarse de varios acreedores, a quienes se les debe satisfacer su derecho proporcionalmente a sus créditos, se les da el derecho de perseguir la venta de los bienes y repartirse su producto. Mazeaud dice: "La Cesión de Bienes se concede por los Tribunales al deudor desafortunado y de buena fé que pide hacer abandono de todos sus bienes a favor de todos sus acreedores. Estos no se convierten en propietarios; tan solo tienen el derecho de perseguir la venta de los bienes". (25).

Los efectos que la Cesión de Bienes acarrea, los encontramos en el artículo 1489, que al respecto dice: "La Cesión de Bienes pro-

(25) Mazeaud. Cumplimiento, Extinción y Transmisión de las Obligaciones Lecciones de Derecho Civil.

duce los efectos siguientes:

- 1) El deudor queda libre de todo apremio personal;
- 2) Las deudas se extinguen hasta la cantidad en que sean satisfechas con los bienes cedidos;
- 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.

La Cesión no transfiere la propiedad de los bienes del deudor o los acreedores, sino sólo la facultad de hacerse pagar con ellos y sus frutos, con arreglo al Código de Procedimientos".

En lo que respecta al primer numeral, no merece ningún comentario, ya que éste consistía, en la prisión del deudor mientras no pagara a sus acreedores, pero actualmente en nuestra legislación están prohibidas la prisión por deudas.

En el numeral 2o. que dice: Las deudas se extinguen hasta la cantidad en que sean satisfechas con los bienes cedidos, está refiriéndose a que la Cesión de Bienes no es un pago total y definitivo, y que las deudas no se extinguen en su totalidad, por el solo hecho de que el deudor abandone a sus acreedores los bienes presentes y -- que les sirven de garantía actual, ya que la extinción de las deudas puede ser sólo parcial, si el valor de los bienes cedidos, repartido entre los acreedores o prórrata de sus créditos, no alcanza a darles total satisfacción. (26).

En la Cesión de Bienes lo más común y ordinario es que los acreedores no son casi nunca pagados íntegramente y el deudor queda siempre responsable al pago del saldo que reste; pero como ha cedido todos sus bienes, no se verá molestado por la acción inmediata de -- sus acreedores y tendrá libertad para dedicarse al trabajo y a tratar de rehacer su fortuna. La Cesión de Bienes, no produce los efectos de un verdadero pago, cuando las deudas no son canceladas en su totalidad, ya que las obligaciones subsisten en la parte que no han sido canceladas.

El 3er. numeral viene a complementar la tésis sostenida en el 2o. numeral, o sea el de que el deudor no queda libre de la obligación de pagar por el solo hecho de ceder sus bienes, ya que si no alcanzan éstos a satisfacer sus obligaciones, siempre existe su responsabilidad sobre el resto y cuando el deudor adquiriera nuevos bienes, -- sus acreedores se pueden hacer pagar con ellos; pero esta regla no --

(26) Luis Claro Solar Derecho Civil Chileno y comparado "De las Obligaciones" Tomo XII Pág. 348.

es absoluta ya que por humanidad, amistad, gratitud o familiaridad, se puede invocar de parte del deudor, el beneficio de competencia, - que más adelante estudiaremos, y no se les pueden quitar esos bienes hasta determinada cantidad.

Considero que el único beneficio, que la Cesión de Bienes acarrea, al deudor, exceptuando lo anteriormente dicho, con respecto al ahorro de dinero y de tiempo que conlleva ésta, en contraposición a un concurso de acreedores, es la que le otorga el Art. 1496 en su numeral sexto, al otorgarle el beneficio de competencia, pues el apremio personal desapareció de nuestra legislación al prohibirse la prisión por deudas, lo que no podríamos decir que en nuestros días sea esa una ventaja de la Cesión de Bienes. Mazeaud al respecto dice: -- "El Derecho Francés no conoce el beneficio de competencia del Derecho Romano. La Cesión de Bienes no tiene, por lo tanto, otra ventaja para el deudor que evitarle la prisión por deudas. (27).

11) CONCURSO NECESARIO O ACCION EJECUTIVA DEL ACREEDOR O ACREEDORES.

Como ya habíamos dicho anteriormente, la diferencia entre el concurso necesario y voluntario está, en que el necesario se hace a instancia de uno o más acreedores y el otro a instancia del propio deudor, variando también en las causas que motivan uno u otro.

Se establecen también las mismas reglas en lo referente a los bienes que no pueden ser embargables, regla que se ampara en principios de equidad y humanidad y que por ser de tan alto sentido filosófico y humano, ha sido reconocida siempre en el Derecho Procesal, ya se trate de la acción ejecutiva de un acreedor, como la de varios acreedores, sea este necesario o voluntario.

Las reglas que regulan el concurso necesario se encuentran en el Código de Procedimientos Civiles que como ya dijimos antes escapan al alcance del estudio de nuestra materia.

12) DEL PAGO CON BENEFICIO DE COMPETENCIA.

Nuestro Código, define en el Art. 1495 el Beneficio de Competencia como: "El que se concede a ciertos deudores para no ser obligados a pagar más de lo que buenamente puedan, dejándoseles en consecuencia, lo indispensable para una modesta subsistencia, según su clase y circunstancias, y con cargo de devolución, cuando mejoren de fortuna".

Como lo hemos venido diciendo, el deudor se libera de su obligación

(27) Mazeaud. Cumplimiento, Extinción y Transmisión de las Obligaciones. Lecciones de Derecho Civil.

gación para con el acreedor, cuando ha satisfecho en su totalidad el adeudo por lo que ese vínculo que los une, no se rompe mientras el deudor no haya cumplido su obligación o el acreedor siendo capaz de enajenar, en darla por cumplida.

Hemos visto también como el acreedor tiene derecho para obligar al deudor a pagarle, a través de la acción que le otorga el documento en que consta su obligación, promoviendo él solo su acción o en concurso con los otros acreedores o a través de la Cesión de Bienes y que tanto una como otra forma llevan la finalidad de hacerse pagar el total de las deudas, pero puede suceder y amenudo sucede, que los bienes del deudor no son suficientes para satisfacer en su totalidad el adeudo; "Pese a que la regla general es que el deudor debe pagar íntegramente su obligación, y recíprocamente el acreedor tiene el derecho de exigir de su deudor la totalidad de la prestación a que se haya comprometido; pero por consideraciones de humanidad y de las relaciones de familia, de estrecha amistad y de reconocimiento, ha establecido la ley en favor del deudor, el Beneficio de Competencia, que le permite por el momento retener parte de sus bienes, aunque deje de solucionar parte de su deuda". (28).

Como ya lo dijimos al inicio de desarrollar este punto, el Beneficio de Competencia, es el que se concede "A CIERTOS DEUDORES", esto es, que no a todos los deudores se les concede este beneficio, sino que a algunos deudores que por las razones antes apuntadas se hacen acreedores a ella; pero la ley no puede dejar al arbitrio de nadie determinar quienes, cuando, o en que circunstancias, ^{pueden} gozar de ese beneficio y es así, como en el Art. 1496 se determina cuando está obligado el acreedor a conceder este beneficio, y enumera los siguientes:

1) A sus descendientes o ascendientes o suegros; no habiendo irrogado al acreedor ofensa alguna de las clasificadas, entre las causas de desheredación;

2) A su cónyuge, no estando separado por culpa de éste;

3) 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) A sus consocios en el mismo caso, pero sólo en las acciones recíprocas, que nazcan del contrato de sociedad;

(28) Luis Claro Solar, Derecho Civil Chileno y Comparado Obligaciones Tomo XII. Pág. 353.

5) Al donante, pero sólo en cuanto se tratara de hacerle cumplir la donación prometida;

6) Al deudor de buena fé, 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 o cuyo favor se hizo.

En este último numeral, se plasma la excepción a la regla general, que en el Art. 1489, se establecía en el numeral 3o. de que cuando 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. Ya que en esta forma, aunque no exista entre acreedor y deudor, vínculo alguno de parentesco de relaciones de familia, o de negocios, ni de gratitud; el acreedor no necesita considerar al deudor de buena fé, que puso sus bienes a disposición de sus acreedores, en la imposibilidad de pagarles separadamente y en la totalidad el adeudo, por lo que se le confiere este beneficio, con el cual se establece la excepción a la regla general; que al hablar de la Cesión de Bienes, dejamos establecida, permitiéndosele al deudor conservar esos bienes, que según el No. 3 del Art. 1489 deberían pasar a engrosar el patrimonio del acreedor; pero éstos los conservará hasta que mejore su fortuna.

Hay que hacer notar que los acreedores a que se refiere este numeral o mejor dicho, los acreedores que deben este beneficio sólo son aquellos a cuyo favor hizo el deudor la Cesión de Bienes, y también por los créditos anteriores a la Cesión y que hubieron de ser comprendidos en ella. De lo que se desprende, que no están obligados a conceder al deudor este beneficio:

1) Los acreedores, a cuyo favor hizo Cesión de Bienes el deudor, por las obligaciones que el deudor haya contraído para con ellos con posterioridad a la Cesión de Bienes; y

2) Los nuevos acreedores con quienes el deudor ha contratado después de la Cesión (29).

La relación que da lugar al beneficio de competencia, resulta del acto de abandono de sus bienes hecho por el deudor de buena fé a favor de sus acreedores; y se establece la relación solamente entre el deudor y los acreedores, a quienes hizo la Cesión y sólo por lo que los bienes no alcanzaron a cubrir de las deudas que motivaron la Cesión; y fuera de ellos no puede oponer el deudor el beneficio de

(29) Luis Claro Solar - Explicaciones del Derecho Civil Chileno Tomo XII Pág. 357.

competencia, pudiendo en el caso más extremo, hacerse pagar con los nuevos bienes, el acreedor a quien se le hizo Cesión de Bienes, pero por las deudas contraídas por el deudor para con él, posteriormente a la Cesión de Bienes; o sea, que por las obligaciones contraídas con posterioridad a la Cesión de Bienes, el acreedor podría ejecutar al deudor para que le pague, y este no podría excepcionarse pidiendo el Beneficio de Competencia.

En los demás numerales, lo que ha movido al legislador, para amparar con este Beneficio a las personas comprendidas en ellos, son situaciones de tipo moral en que están situadas entre sí estas personas, ya que unas por razones de familia (cónyuges), parentesco, amistad o gratitud, están ligadas a las otras y es muy justo que se les otorgue ese beneficio, pero toda vez reúnan los requisitos que cada numeral les impone, pues de lo contrario, no pueden ampararse en él.

CAPITULO II

1) DEL PAGO CON SUBROGACION

Esta figura jurídica, es de las más importantes, así como también la que más controversias ha causado, pues como dice Jorge Giorgi: Es de las más singulares y difíciles a los ojos del teórico, de las más liberales y benéficas en manos del práctico. En teoría, el pago con subrogación se revela contra las reglas más elementales, -- porque mientras participa del pago y de la Cesión se resiste a sujetarse a sus preceptos y con su índole rebelde se escapa a toda definición. En el terreno de las aplicaciones, facilitando el cobro de -- los créditos, favorece la suerte de los deudores; y las palabras con que se enuncia, Prodesse non nocere, hace al pago con subrogación -- una de las instituciones más beneméritas del vasto mundo de los negocios civiles y mercantiles". (1).

Bien lo dice Giorgi, y como lo veremos más adelante al ir desarrollando este tema a la luz de nuestra legislación, la importancia real y práctica es enorme, aunque por los lineamientos generales, que vimos cuando estudiamos el pago, y que dejamos establecido como regla inmutable y de cimientos fijos que la doctrina reconoce: "Que el pago hecho por quien quiera que sea, extingue enteramente la obligación juntamente con los accesorios", causará una conmoción enorme para los doctrinarios del derecho, ya que dada la naturaleza del Pago con Subrogación, ésta arremete contra esos principios doctrinarios que la lógica jurídica hacía verse inmutables. Razón por la que no debe extrañarnos que al estudiar esta institución, los juristas se dividan en varias escuelas. (2).

Los primeros gérmenes de esta institución se encuentra en el Derecho Romano; pero la espléndida luz y sabiduría de los Preceptos de Paulo o de Ulpiano no alcanzaron a fecundar estos gérmenes de manera que adquirieran la unidad y la simplicidad necesaria para convertirse en una figura jurídica distinta y con caracteres propios -- (3). Fueron pues, los Romanos quienes dieron los indicios para que posteriormente naciera esta figura jurídica, pero pese al gran aporte que los Romanos han dado a las legislaciones modernas, muy poco ha sido el que sobre el pago con subrogación nos han proporcionado, ya que no podría decirse que existiera una institución precisamente análoga a lo que con este nombre existe en el Derecho moderno.

(1) Jorge Giorgi, Teoría de las Obligaciones Tomo VII

(2) Estudiaremos esas escuelas cuando desarrollemos el capítulo VI.

(3) Jorge Giorgi, Teoría de las Obligaciones Tomo VII.

Los Romanos no le daban la misma denominación; en lugar de -- subrogarse, subrogatio, ellos decían SUCCEDERSE, SUCCESSIO: de his- qui in priorum creditorum locum succedunt, se lee en el epígrafe -- del título cuarto del Libro veinte del Digesto. (4).

El pago con subrogación como aparece en el Código simplex dum taxat et unum, debe su origen al antiguo Derecho Francés; donde Du-- moulim, Renusson, Loyseau y Pothier, recapitularon sin proponérselo sus preceptos en beneficio de los compiladores del Código Napoleón, que los reunieron, y en pocos artículos formularon las reglas, las - condiciones, los efectos de esta Institución. (5).

Como lo dejamos dicho, fue en el Derecho Romano que aparecie- ron los gérmenes de esta Institución, que aunque con distintas deno- minaciones no tuvo la fuerza suficiente como para crear una figura - jurídica con caracteres propios; no es, sino, en el antiguo Derecho que la teoría del pago con subrogación, adquiere su propia fisonomía, diferenciándose por sí, como una figura jurídica con caracteres pro- pios; Demolombe, al referirse al aparecimiento histórico del pago con subrogación dice: "Es sobre todo en nuestro antiguo Derecho Francés, hacia el siglo XVI, que la teoría del pago con subrogación comenzó a recibir una organización científica". (6).

2) CONCEPTO Y SIGNIFICADO

Enunciaremos el concepto que nuestro Código da de subrogación, pero antes de analizarlo o de dar otros conceptos del mismo, estu- diaremos los distintos significados que esa palabra expresa, para luego poder establecer, en que sentido, o mejor dicho, cual es el signific_ do en que nuestro Código toma la palabra subrogación.

El Art. 1478 C. nos da un concepto y dice: La subrogación es - la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero, que le paga.

Pero la palabra subrogación, tomada en toda su amplitud, no so- lamente significa lo que el artículo en mención dice, sino que ésta - es más amplia y abarca más, ya que según la define Mazeaud, "La subro- gación es la sustitución, en una relación de derecho, de una cosa en lugar de otra (subrogación real) o de una persona en vez de otra --- (subrogación personal) (7).

La subrogación real, pues, supone el cambio de una cosa por --

(4) Luis Claro Solar Tomo XII de las Obligaciones Pág. 224.

(5) Jorge Giorgi - Teoría de las Obligaciones en el Derecho mo- derno Tomo VII.

(6) Demolombe, Tomo XXVII No. 328 y siguientes.

(7) Mazeaud- Lecciones de Derecho Civil Parte II Volúmen III.

otra. En la subrogación personal, existe una sustitución jurídica de una persona por otra; esta segunda se beneficia, pues, de todos los derechos de la primera (7-A).

Como vemos en su acepción más amplia, la palabra subrogación expresa la idea de sustitución o reemplazo de una cosa por otra, o de una persona por otra persona, quedando la cosa que reemplaza o -- que sustituye, en una condición jurídica de igualdad con la sustituida. Hay por lo tanto, dos clases de subrogación, según este concepto: la primera que por referirse a las cosas se le puede llamar real, y la segunda que por referirse a las personas se llama personal. Comprende la subrogación en su significado más amplio tanto a las personas como a las cosas.

Veamos en que consiste cada una de ellas y a cual se refiere nuestro Código, o si comprende ambas. Como habíamos dicho anteriormente que la subrogación expresaba la idea de sustitución o reemplazo; en la subrogación real nos referimos, al acto mediante el cual, una cosa toma el lugar de otra y es reputada de su misma naturaleza y cualidad, para pertenecer a la misma persona a que ésta pertenecía; MAZEAUD, pone un ejemplo, para explicar la subrogación real y nos dice: En los regímenes matrimoniales, es frecuente que un bien ocupe el lugar de otro bien. Por ejemplo a uno de los cónyuges es vendido y reemplazado por otro inmueble adquirido al invertir el precio, el nuevo inmueble no solo reemplaza materialmente al inmueble vendido, sino que lo sustituye jurídicamente; quedará sometido al mismo régimen jurídico que el antiguo (7-B).

La subrogación es personal, cuando una persona es sustituida a otra y es llamada a reemplazarla y ocupar su sitio y lugar para -- ejercitar sus derechos y acciones (8).

Como dice don Luis Claro Solar, al definir de esta manera la subrogación personal, comprende todos los casos en que una persona sucede a otra y se encuentra, sustituida en sus derechos y acciones con facultad de ejercicios en su interés personal. Así, el heredero o sucesor universal es subrogado al difunto, representa su persona y le sucede en todos sus bienes, acciones y obligaciones transmisibles.

Igualmente el sucesor particular, es subrogado en los derechos y acciones de su autor, en cuyo reemplazo le sucede en la cosa que le es transferida o transmitida; como el comprador, el cesionario, el legatario. (8).

(7-A) Mazeaud- Lecciones de Derecho Civil Parte II Volúmen III.

(7-B) Mazeaud- Lecciones de Derecho Civil Parte II Volúmen III.

(8) Luis Claro Solar- de las Obligaciones Tomo XII Pág. 212.

Cabe hacernos una pregunta en este momento: Es a este tipo de subrogaciones que hemos dejado apuntadas que se refiere nuestro Código Civil, al hablar del pago con subrogación? Evidentemente la respuesta es, no, pues si tomamos en cuenta el Art. 1478 C. que dice: "La subrogación es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero que le paga". Pese a que el artículo en mención, al decir "que es la transmisión", nos da una idea como si estuviéramos en presencia de una donación revocable, esto no es así, ya que si bien es cierto, que en la sucesión por causa de muerte el heredero se subroga en los derechos y obligaciones del causante, esta situación, está contemplada y regulada extensamente en el Libro Tercero de nuestro Código Civil referente a las sucesiones por causa de muerte y de las donaciones entre vivos, y es más, en ese caso la subrogación es completa, tanto en derechos, como en obligaciones transmisibles, y en ese momento no se subroga al heredero en virtud de un pago, sino por disposición expresa del causante o de la ley (sucesión intestada) y con motivo de la muerte de éste.

Es evidente, pues que nuestro Código al hablar del pago con subrogación se está refiriendo a la subrogación personal y no a la real, pues no contempla el reemplazo de una cosa por otra cosa, Pero la subrogación personal que aquí se trata "Es la que se efectúa en provecho de la tercera persona que ha pagado al acreedor con sus propios bienes la deuda de otra persona, o que ha proporcionado a ésta los dineros destinados a pagar a su acreedor y que efectivamente ha empleado en este pago". Esto es según Luis Claro Solar, la acepción técnica especial, designada con la sola palabra "Subrogación", o más exactamente "Pago con Subrogación". (9).

Es pues, más restringido aún el significado que nuestro legislador da a la subrogación, ya que como lo dejamos dicho, lo que marca la pauta para que la subrogación a la que nos estamos refiriendo surta efecto, es que un tercero distinto del deudor pague la deuda de éste, pero que la pague con sus propios bienes, y no con bienes del deudor pues en este último caso estaríamos a presencia de un verdadero pago y nunca ante un pago con subrogación; es ese, en definitiva, el significado que nuestro Código le da a la palabra, subrogación; y es por eso que el artículo en mención da ese concepto de subrogación: "La subrogación es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero que le paga".

El concepto anterior, es idéntico al del Código Civil Chileno

(9) Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado Tomo XII de las Obligaciones Luis Claro Solar Pág. 213.

y que se encuentra plasmado en el Art. 1608, a esta disposición don Luis Claro Solar le hace una importante crítica, al decir: "La expresión "transmisión" está mal empleada: no se ha querido decir en efecto traspado o transferencia porque en la subrogación legal que se hace aún contra la voluntad del acreedor, no es admisible la idea" (10); acertada la crítica que el insigne tratadista hace de dicha disposición, pues como lo dejamos dicho, la expresión transmisión da la idea de que estamos en presencia de una donación revocable o que se está asemejando a la sucesión por causa de muerte, cosa que como lo dejamos dicho no es así: no podríamos tampoco, sustituir dicha expresión por la de transferencia, porque ella conlleva la tradición, que si bien es cierto en la subrogación convencional, que es voluntaria, por estar sujeta a las reglas de la Cesión de Créditos, si podemos hablar de tradición en la subrogación legal, que opera aún contra la voluntad del deudor, no es posible hablar de transferencia ya que en ella no tiene cabida la tradición, y como nuestro Código en su concepto abarca las dos clases de subrogación, es imposible hacer distinguos.

El tratadista Chileno Manuel Somarriva Undurraga dice: que esa impropiedad en la terminología usada por el legislador, tiene su atenuante, pues, la ley quiere remachar el concepto, reafirmar la idea de que el tercero que paga, reemplaza al acreedor primitivo en la misma forma que los herederos reemplazan al causante en la sucesión por causa de muerte (11). Con todo, puede ser una atenuante, pero nunca una justificación, ya que se trata de una institución con características propias que no necesita de otras instituciones para remachar, como dice Somarriva, su propia fuerza.

Al dar su definición de subrogación, Somarriva no emplea la expresión "transmisión", sino, que siguiendo el criterio de las escuelas que consideran la naturaleza jurídica de la subrogación como una Ficción legal, o también como una Cesión Ficticia, (más adelante hablaremos de estas escuelas) dice: "El pago con subrogación constituye una Ficción legal en virtud de la cual, cuando un tercero cancela con dineros propios la deuda, ésta se extingue entre el deudor y el acreedor primitivo, pero el tercero que paga entra a reemplazar al acreedor que recibe el pago". (11-bis).

(10) Luis Claro Solar. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, de las Obligaciones Tomo XII Pág. 220.

(11) Manuel Somarriva Undurraga- Curso de Derecho Civil, dictado a fines de 1962 en nuestra Universidad. Pág. 50.

(11-bis) Cita del mismo autor, pág. 51.

Don Luis Claro Solar, con el mismo criterio que Somarriva, es todavía más amplio al definirla y nos dice: "La subrogación es una ficción de Cesión del Crédito y todos sus accesorios, hecha por el acreedor al tercero que le paga y que permite a éste hacer valer la acción principal y las acciones accesorias a fin de reembolsarse de los desembolsos que ha hecho para el pago, o que efectúa la ley". -- (12).

Claro Solar, ha querido ser bastante explicativo en su definición, por lo que considero que ha sido innecesariamente amplio en su concepto, ya que con solo decir que el tercero que paga reemplaza en todos sus derechos al acreedor, se entiende lo que ellos comprenden y que son todos los derechos que el acreedor primitivo tenía, en relación con el deudor, pudiendo en consecuencia, omitir el decir cuáles son esos derechos y para que los va a ocupar el subrogado, ya que la idea principal y sobre lo que debe girar la definición de subrogación es en lo referente a esa sustitución de personas que se opera por ella y en virtud del pago, de ahí que las definiciones tendrán que variar según sea el criterio de la escuela que expliqué la naturaleza jurídica de la subrogación o la forma en que la justifique y que el expositor del derecho siga; un ejemplo: a lo anterior lo encontramos en el Italiano Jorge Giorgi que considera el pago con subrogación como una figura jurídica Sui Generis; ni toda cesión, ni todo pago. (13) y dice: "Para que pueda hablarse de subrogación es preciso un pago hecho por quien, no siendo deudor, o al menos no único o principal deudor, tenga derechos de regreso contra el deudor principal o el codeudor, para recuperar en todo o en parte la suma desembolsada". (13).

De estas definiciones se pueden sacar como rasgos comunes, -- dos puntos de contacto. a) Un pago previo y b) Una sustitución de -- persona en virtud de ese pago; de allí, que como dejamos dicho, la -- justificación jurídica que se le al por qué y a la forma en que opera esa sustitución, hará variar las definiciones, pero esa variación no alterará jamás el fondo de la institución ya que considero que -- esos rasgos comunes permanecerán inmutables.

Por participar del criterio que la subrogación es una figura Sui Generis, como lo explicaremos en el capítulo IV, propongo el siguiente concepto: "La subrogación, es la situación en que se coloca un tercero que paga, interesado o no, en cancelar con sus bienes la deuda de otra persona, consintiendo el acreedor o la ley en su caso y ocupando en virtud de ese pago, la misma situación que tenía el --

(12) Luis Claro Solar Tomo XII de las Obligaciones pág. 221.

(13) Jorge Giorgi. Teoría de las Obligaciones Tomo VII.

acreedor respecto del deudor"; considero que con este concepto se llenan todas las exigencias que a la luz de nuestro Código rodean a la subrogación ya sea legal o convencional.

3) UBICACION DEL PAGO CON SUBROGACION EN LOS MODOS DE EXTINGUIR LAS OBLIGACIONES.

El artículo 1438 C., hace una enumeración de los modos de extinguir las obligaciones, artículo que como dejamos dicho, no es taxativo, pues enunciamos además de los dichos por la disposición en comento, otros modos de extinguir las obligaciones, no comprendidas en el Art., pero ni en unos ni en otros expusimos como un modo especial con características propias independientes de los demás, "Al pago con subrogación", pero el Código Civil en el Capítulo VIII del Título XIV del Libro IV, lo regula y contempla de una manera específica en los artículos de mil cuatrocientos setenta y ocho al mil cuatrocientos ochenta y tres inclusive, precisamente en el título referente a los modos de extinguir las obligaciones, por lo que para ubicar el tema que es motivo de esta tésis, como un modo de extinguir las obligaciones, es menester despejar la incógnita, que al parecer podría ser motivo de equivocación, y es la de responder, el porqué no se encuentra regulada de una manera expresa en el Art. 1438 C. El problema es más aparente, ya que sí se encuentra regulado el pago con subrogación en el Art. en mención, pero de una manera indirecta, pues este dice en lo pertinente: Art. 1438.

Las Obligaciones se extinguen además:

1) Por la Solución o Pago Efectivo.

Y a continuación de ese artículo comienza nuestro Código a legislar sobre el pago, para luego seguir con lo que se ha dado en llamar modalidades del pago y precisamente, entre una de esas modalidades del pago, se encuentra el pago con subrogación, no como una institución con caracteres propios, sino bajo la sombra de otra y como una variedad de la misma; pero eso sí, se encuentra regulado en el título referente a los modos de extinguir las obligaciones.

4) CLASES DE SUBROGACION: LEGAL Y CONVENCIONAL.

Por razones de orden que me he propuesto seguir al desarrollar este tema, únicamente nos limitaremos por hoy a exponer las clases de subrogación que nuestro Código establece y las diferencias existentes entre una y otra, ya que desarrollaremos ampliamente cada una de ellas, cuando entremos al análisis crítico de las disposiciones legales pertinentes.

Nuestro Código establece dos maneras de subrogarse en los derechos de un acreedor, por lo que nos encontramos con dos clases de

subrogación, según proceda de la ley o de la convención y es así que decimos que puede ser legal o convencional.

La subrogación legal se efectúa por el solo ministerio de la ley, sin voluntad del acreedor ni del deudor.

La subrogación convencional, tiene lugar, como su nombre lo indica, en virtud de una convención celebrada entre el tercero, que sin tener interés en la cancelación de la deuda, paga al acreedor y éste recibe el pago, subrogando en sus derechos al tercero.

Cuando el legislador se refiere a la subrogación legal, expresamente dice en que circunstancias se efectúa, no haciendo lo mismo cuando a la convencional se refiere, pues este solo dice que estará sujeta a las reglas de la Cesión de Derechos; pero esto no siempre fue así, pues como la veremos más adelante, antes de la reforma que la ley del 22 de octubre de 1903 hiciera al Art. pertinente, si decía en que circunstancias se efectuaba la subrogación convencional, pero el hecho de que dicha disposición haya sido reformada no quita, en ningún momento el significado de la subrogación convencional, razón por lo que no varía su concepto.

No considero que los conceptos de subrogación legal o convencional, ocasione controversias entre los tratadistas del Derecho, ya que estos conceptos únicamente sirven para diferenciar la subrogación en atención a la forma en que se efectúa, ya sea por mandato de ley o por acuerdo de las partes, habrá variantes sí, en la forma que se regularán cada una de ellas según las distintas legislaciones. para ejemplo podemos traer a cuenta el Código Italiano (14) que al igual que el Francés (15) reconocen que la subrogación convencional puede darse con el consentimiento del acreedor y con el consentimiento del deudor, cosa que no sucede en nuestra legislación, o sea el de reconocer como subrogación convencional, la que se efectúa en virtud de un convenio entre un tercero y el deudor, pues solo reconoce la emanada entre acreedor y tercero, pues la que pueda emanar entre tercero y deudor está considerada entre nosotros como subrogación legal ya que consistiría en el pago efectuado con el consentimiento del deudor y que está contemplada en el No. 5 del Art. 1480. Pero lo anterior no hará variar lo sustancial de cada clase de subrogación, o lo que es lo mismo, la fuente de cada una de ellas, siendo siempre para la convencional, la convención de las partes, y para la legal, la ley. Entre nosotros debemos de considerar esa convención de las partes en el sentido de tercero y acreedor, puesto que el Art. 1479 en la parte pertinente dice: "Se subroga un tercero en los derechos del acreedor, o en virtud de una convención del acreedor; dando a entender que la subrogación convencional sólo puede darse en convenio en-

(14) Art. 1252 Numeral 1o. y 2o. del Código Italiano.

(15) Art. 1250 inciso 1o. y 2o. del Código Francés.

tre tercero y acreedor, ya que como lo dejamos dicho, si se celebrara entre deudor y tercero, de acuerdo con nuestra legislación estaríamos a presencia de una subrogación legal.

La subrogación convencional, es pues, el resultado de un convenio celebrado entre el tercero que está dispuesto a pagar la deuda, sin tener interés alguno en la extinción de ella, y el acreedor que acepta recibir el pago y subrogarlo. (16).

Como se aprecia, el deudor no es tomado en cuenta en esta convenición, por lo que no interviene, pese a que en cierto sentido se hace contra él, ya que el subrogado sucede en los derechos que el acreedor tenía contra él, pero pese a ésto el deudor no tiene consentimiento que dar o rehusar y la razón es muy sencilla: si el objeto principal de la subrogación es un pago; y el deudor no tiene que intervenir en el pago que efectúa un tercero extraño a la deuda y que puede pagar aún contra la voluntad del deudor, y que va en beneficio del acreedor del crédito que quiere recuperar lo que ha sido objeto de la obligación, el principal interesado es el acreedor y no el deudor que de todos modos tiene que cumplir su obligación en los términos pactados, sea quien fuere el poseedor del crédito; razón más que suficiente para que no haya necesidad de tomar en cuenta la opinión del deudor, aunque con ésto no ~~quiero~~ quiero significar que no se tenga que no notificar ese convenio, ya que el artículo 1481 dice que la subrogación convencional está sujeta a las reglas de la Cesión de Derechos y una de esas reglas dice: que hay que notificarle al deudor la Cesión; es más, como estaba regulada antiguamente la subrogación convencional expresamente decía que era una convención del acreedor. (17).

Hay que dejar sentado que en esta clase de subrogación es la voluntad del acreedor la determinante, ya que este es quien puede -- acordar subrogar o no en sus derechos al tercero que paga, pues, de lo contrario no podía subrogarse porque de lo que aquí se trata es -- cuando el tercero no tiene NINGUN INTERES EN LA CANCELACION DE LA -- DEUDA, ya que si lo ~~tuviera~~ tuviera por la ley se subrogaría y en el caso que nos ocupa es cuando no hay ningún interés.

La diferencia, existente en estas dos clases de subrogación -- no la encontramos en su esencia; ya que ambas se fundan en un pago, y las consecuencias de ese pago son las mismas, pues el que paga se subroga al acreedor que recibe el pago; es más, no se puede hablar -- de subrogación sin pago, pues mediante él, el acreedor pone al terc

(16) Luis Claro Solar- de las Obligaciones Tomo XI Pág. 263.

(17) Dr. Belarmino Suárez. El Código Civil con sus modifica-
ciones.

ro que le paga en su lugar y sitio y ésto se hace con el consentimiento del acreedor o en virtud de la ley. (18) La diferencia se encuentra en situaciones formales, ya que en la legal el tercero que paga, se subroga en los derechos del acreedor aún contra voluntad del acreedor que no quiere traspasar sus derechos, acciones, privilegios, hipotecas, etc., al tercero que le paga; además, las causas de subrogación legal están establecidas expresamente por la ley; también se puede subrogar sin que intervenga la voluntad del acreedor y el tercero. En cambio en la subrogación convencional se depende de la voluntad del acreedor en cuya facultad está el recibirle el pago al tercero y subrogarlo, pero no puede obligársele a recibir el pago, ya que no hay una disposición legal que lo obligue, cuando no se dan los casos de la subrogación legal naturalmente. Hay quienes establecen una diferencia en lo referente a que, para que la subrogación legal se dé, es necesario que el tercero que pague tenga interés en que la deuda sea cancelada, cosa que no sucede en la convencional, pues, una de las características de esta última, es que el tercero que efectúa el pago, no tiene ningún interés en que la deuda sea cancelada. No estoy de acuerdo en esta última diferencia, pues si bien es cierto que en la subrogación convencional, el tercero que paga no tienen interés en que la deuda sea cancelada, no es del todo cierto en la subrogación legal, pues en el numeral 5o. del Art. 1480, cuando el tercero paga con el consentimiento expreso o tácito del deudor, hay subrogación legal y en este caso, el tercero que paga no tenía ningún interés en que esa deuda sea cancelada.

5) DISPOSICIONES LEGALES EN EL CODIGO CIVIL SALVADOREÑO,- ANÁLISIS CRÍTICO, PROBLEMAS QUE SE PLANTEAN.

Antes de comenzar a desarrollar este tema, es importante hacer un poco de historia referente a cuando fue que apareció por primera vez en nuestra legislación, la institución del pago con subrogación; sabido es que nuestro Código Civil es copia del Código Chileno, pues como dice el Dr. Napoleón Rodríguez Ruíz (19) de que el hecho de que en la redacción del Código se siguió paso a paso al Código Chileno, lo confirma la misma comisión revisora en su informe al Encargado del Poder Ejecutivo; es más, al comparar los respectivos textos se confirman más aún esta afirmación; tan cierta es esta afirmación que desde la fecha en que se publicó el primer Código Civil, por mandato expreso del Art. 29 de nuestra primera constitución política promulgada el

(18) Luis Claro Solar. Derecho Civil Chileno y Comparado, de las Obligaciones Tomo XII.

(19) Dr. Napoleón Rodríguez Ruíz. Historia de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas Tomo I.

12 de Junio de 1824, que en el capítulo VIII del Libro IV del Código Civil de 1860 aparece regulado el Pago con Subrogación, en forma idéntica a la Chilena y no es sino por la ley publicada el 22 de Octubre de 1903, que este capítulo sufrió modificaciones en varios de sus artículos los cuales han permanecido inalterables hasta la fecha, habiendo cambios únicamente en la numeración del articulado. En el desarrollo de cada uno de los artículos iremos viendo su evolución. Bástenos por hoy, con dejar sentado el origen histórico de nuestra propia legislación, así como la forma en que apareció en nuestra ley, el pago con subrogación, que como dejamos dicho, se debe a la copia que del Código Civil Chileno se hizo, para elaborar el nuestro y que en lo referente al pago con subrogación no se diferenció en su origen en nada del Chileno, por lo que, cuando estudiemos el origen histórico de cada disposición lo haremos a través de la legislación Chilena, que es fuente de la nuestra, para que por medio de ella, tratemos de llegar a la fuente originaria de estas disposiciones y que fueron las bases del Chileno.

Dicho lo anterior pasamos a estudiar una a una las disposiciones legales que en nuestro Código comprende el pago con subrogación.

Art. 1478. "La subrogación es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero que le paga".

Esta disposición aparece por primera vez en nuestra legislación, con los mismos términos en el Art. 1542, en la edición de 1860, en la edición del año de 1880, siempre sin variar el concepto, en el Art. 1550; habiendo sido también cambiada su numeración, pero siempre permaneciendo inalterable en su redacción, en las siguientes ediciones: En la edición de 1893 era el Art. 1594 y en la de 1904 era el Art. 1496.

El Art. en comento fue tomado del Art. 1608 del Código Civil Chileno, reproduciéndolo en su totalidad, sin variación alguna, por lo que buscaremos, a la luz de esa legislación cual fue la base de dicho artículo, que por lógica consecuencia tendrá a la larga, relación con la nuestra; dice don Luis Claro Solar al analizar dicho artículo: "La redacción del Art. 1608 figura por primera vez en el proyecto inédito. En el primer proyecto, publicado en 1845 se había dicho: el acreedor puede ceder sus acciones a un tercero a cualquier título, aunque no intervenga pago efectivo; en el proyecto de 1847 se repitió la misma disposición, suprimiéndose la frase, aunque no intervenga pago efectivo; y en esa misma forma figura en el proyecto de 1853". Aparecía así la subrogación como una Cesión de derechos a título oneroso, pues se expresaba en todos estos proyectos que cuando interviene pago efectivo entre el acreedor y el tercero que le --

pagaba, había lugar a la subrogación". (20). Nació así, pues, el antecedente histórico del Art. 1608 del Código Chileno, concordando en tonces con la idea de Delvincourt con el origen principal de las disposiciones del pago con subrogación; Delvincourt refiriéndose al padre de la deuda por un tercero no interesado en la prestación y que paga la deuda, dice "que si este tercero paga en su propio nombre y no en nombre del deudor, a quien el acreedor subrogará en sus derechos, no había, hablando con propiedad un pago sino una especie de traspaso - del crédito y la obligación no se extinguiría (21).

Según vemos, hay una enorme similitud con la Cesión de Derechos, siendo más asentada ésta, con la subrogación convencional, es así, como en su origen, en el antiguo derecho Francés que se concebía esta institución; pero la redacción de dicho artículo se cambió con el objeto de dar una idea más exacta de la subrogación, pues si bien es cierto que se asemeja a la Cesión de Derechos cuando es convencional, no podríamos decir lo mismo en el caso de la legal, que como sabemos, opera aún contra la voluntad del acreedor, cosa que no sucede en la Cesión de Derechos, y para evitar, que al momento de definirla se omitiera comprender alguna de las clases de subrogación, legal o convencional, se tomaron los dos elementos esenciales en la subrogación, que como habíamos dicho antes, son dos: a) Un pago y b) La sustitución de personas, sin pormenorizar las condiciones, formas, etc. del pago.

Nunca he sido partidario de dar definiciones en un cuerpo de leyes, pues en verdad considero que no se obtiene ningún beneficio práctico con ellos, y lejos de eso, acarrea problemas y se expone a duras críticas, al incurrir en omisiones, por lo que es preferible que sea la doctrina, quién con más sentido filosófico se encargue de ello; prueba de lo dicho lo encontramos en nuestro Código, que da una definición de lo que es la subrogación, y como lo habíamos explicado, la definición de nuestro Código, no es completa y puede dar lugar a malas interpretaciones, por lo que es menester leer todo el capítulo para comprender cuando efectivamente se da la subrogación, pues si sólo nos quedáramos con lo que el artículo en comento dice que es la subrogación, habría que interpretarse que simple y llanamente cualquier tercero puede pagar y por ese solo hecho se subrogue, en los derechos del acreedor, dejando por fuera lo ya dicho al estudiar la subrogación legal y convencional, o sea que el artículo nada dice de que el tercero que paga debe tener interés en la cancelación de la deuda, y en caso contrario que el acreedor consienta en subrogarlo. Es pues incompleta esa definición, Cuando estudiamos el

(20) Luis Claro Solar. Explicaciones de Derecho Civil Chileno. Tomo XII de las Obligaciones pág. 220.

(21) Delvincourt, Tomo II, Pág. 169.

punto relativo al concepto y significado, comentamos ampliamente este artículo. Por de pronto, solo considero que nos falta recalcar sobre la inconveniencia de dar definiciones en un cuerpo de leyes, pues, como habíamos dicho, el omitirla no causa ningún perjuicio, sino que por el contrario, se evitarían un sinnúmero de problemas, que por lo incompleto o deficiente de una definición se plantea, considero por ello acertado, que el Código Civil Español, no de ningún concepto de subrogación, ya que este desde su artículo 1209 comienza a legislar sobre la subrogación, pero sin definirla. (22).

Art. 1479. "Se subroga un tercero en los derechos del acreedor o en virtud de la ley, o en virtud de una convención de la ley". Este artículo, al igual que el anterior, apareció a la luz de nuestra legislación en el Código de 1850, en el artículo 1543; y desde esa fecha a la actual, no ha tenido ninguna alteración en su contenido, variando únicamente en su numeración, pues en la edición de 1880, era el Art. 1550, y el Art. 1594, 1496 y 1479 respectivamente en las ediciones de 1893, 1904 y 1912, no sufriendo ya ninguna alteración en las demás ediciones, que han habido hasta 1967 que fue la última.

Considero que el antecedente histórico de dicho artículo, lo encontraríamos en el que sirvió al legislador Chileno para elaborar el Art. 1608, o sea con las ideas de Delvincourt, puesto que este artículo es un complemento del anterior, que viene a aclarar la situación planteada en lo referente al tercero que paga, que visto en la forma dicha por el artículo 1478, le da una amplitud sin límites, pero esta disposición en comento viene a estrechar ese círculo de acción de los terceros y a decirnos tácitamente que no es cualquier tercero que va a pagar, sino solamente aquél que por virtud de la ley o por una convención con el acreedor, se pone en la situación de pagar y subrogarse en los derechos del acreedor. Con lo que también nos viene a decir que la subrogación, en el pago con subrogación, es por consiguiente de dos clases: legal y convencional, según proceda de la ley o de la convención entre acreedor y tercero. (23).

Considero que por la estrecha relación que dicho artículo guarda con el anterior y ser éste un complemento de aquél, debió de estar regulado como un inciso del Art. 1478, ya que es una disposición que nos está diciendo cuando un tercero que paga puede subrogarse en los derechos del acreedor, puesto que como lo dejamos dicho,

(22) Quintus Mucius Scaevola. Código Civil Tomo XIX de las Obligaciones, Pág. 1240.

(23) Luis Claro Solar, Derecho Civil Chileno, Comparado de las Obligaciones. Tomo XII Pág. 227.

no es cualquier persona que teniendo la calidad de tercero, es la -- que puede pagar y subrogarse, como lo da a entender el Art. 1478, es pues, éste el que viene a establecer las limitaciones, a la palabra tercero.

Art. 1480. "Se efectúa la subrogación por el ministerio de la ley, y aún contra la voluntad del acreedor, en todos los casos señalados por las leyes, y especialmente a beneficio:

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

2) Del que habiendo comprado un inmueble, es obligado a pagar a los acreedores a quien el inmueble está hipotecado.

3) Del que paga una deuda a que se halla obligado solidaria o subsidiariamente.

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

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

El artículo que acabamos de transcribir, no nació a la vida -- institucional en la forma en que actualmente se encuentra redactado, pues, aunque todo lo que hoy comprende, lo regulaba desde entonces, -- no es menos cierto que en un principio constaba de seis numerales, y -- no de cinco como lo está hoy, por lo que decimos que fue suprimido un numeral y fue precisamente el numeral sexto el que se suprimió, dicho numeral decía: "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". Con haberse suprimido este numeral, se estableció una diferencia con el Art. 1610 del Código Chileno, que fue de donde se copió este Art.; el Código Chileno comprende esos seis numerales, que -- en un principio, cuando se dió la primera edición de nuestro Código -- Civil en 1860, apareció en el Art. 1544 y que también se repitiera en las ediciones de 1880 y 1893 en los artículos 1551 y 1596 respectivamente, no siendo, sino hasta el año de 1903 en la ley publicada el 22 de Octubre, que se suprimió el numeral 6o. del artículo en comento, y desde entonces hasta la fecha no ha sufrido variación alguna. En la -- edición de 1904 ya apareció el Art. 1498 que es el correspondiente, -- con la redacción actual; habiendo tomado la numeración que hoy tiene hasta en la edición de 1912, no sufriendo ningún cambio en las ediciones siguientes. Siendo pues únicamente la falta de ese numeral que lo diferencia del Chileno. Por ser idéntico en los demás el artículo en comento con el primitivo, es que omití transcribir en su totalidad el

primitivo artículo.

El artículo en comento se refiere a la subrogación legal; y tomando la voz legal en sentido lato denota cosa conforme con el ley; pero cuando está usada restrictivamente en materia de la subrogación, designa la especie de subrogación, que en contraposición a la convencional, su cumple ministerio legis al concurrir las condiciones exigidas, sin necesidad de consentimiento explícito ni sobreentendido de las partes. (24). En efecto, cuando concurren las condiciones exigidas, de mero derecho opera la subrogación, sin necesidad de que haya requerimiento del interesado para que se dé siendo entonces que en todo caso que la subrogación legal, sin perjuicio de lo contemplado en el Art. 1483, esta operará de mero derecho, sin necesidad de requerimiento; pero esto no siempre fue así, pues en el antiguo Derecho Civil "la subrogación legal no tenía lugar sino en favor del acreedor hipotecario posterior que pagaba al acreedor hipotecario anterior; en los demás casos, era necesario que el interesado en la deuda que la pagaba al acreedor, le requiriera la subrogación; (25) Con lo anterior nos damos cuenta como habían dos clases de subrogación legal, una que operaba de mero derecho y otra que solo tenía efecto cuando era exigida por requisición al acreedor por parte del que efectuaba el pago.

Pothier, en atención a la forma en que se regulaba la subrogación legal decía: "La subrogación se hace de diferentes maneras: o en virtud de la ley sola, o en virtud de la requisición que de ella se hace al acreedor, o en virtud de la convención con el deudor". (26). Había pues, dentro de la subrogación legal dos situaciones distintas, ya que por un lado, el acreedor hipotecario de grado superior, era subrogado por la ley sola de pleno derecho, sin tener que requerir la subrogación; por otro lado, un codeudor, un fiador, que pagaba, no obtenía, la subrogación sin requerirla; y cuando se planteaba la interrogante del proqué esta diferencia, se argumentaba, que en el primer caso la voluntad de adquirir la subrogación no era dudosa, ya que el hecho de que un acreedor hipotecario pagase al de grado superior, hacía presumir de una manera inequívoca que su voluntad era la de adquirir la subrogación; en el segundo caso, la voluntad de adquirir la subrogación no estaba suficientemente declarada, pues estimarse que pagan con la sola mira de satisfacer a su obligación.

(24) Jorge Giorgi- Teoría de las Obligaciones, Tomo VII.

(25) Luis Claro Solar. Explicaciones de Derecho Civil, Tomo XII de las Obligaciones. Pág. 229.

(26) Pothier- Teoría de las Obligaciones. No. 280.

La posición que acabamos de exponer, es a todas luces contraria a la equidad, pues esa desigualdad no tiene razón de ser, pues el acto del fiador, para el caso, que paga la deuda de otro que podía ser forzado a pagarla no es menos interesante que el del tercero que paga voluntariamente sin tener obligación; ésto lo vió Dumoulin y se nota en la primera de sus lecciones solemnes, dictada en Dole, en que pretendió, contra el parecer de todos los doctores", que un co-deudor solidario, un fiador, y en general todos aquellos que pagan lo que debían con otros o por otros, eran, al pagar, subrogados de pleno derecho, aunque no hubiesen requerido la subrogación. La razón que daba era que debía presumirse siempre no haber pagado, sino con cargo a esta subrogación que tenía derecho de exigir, no pudiendo presumirse que persona alguna descuide sus derechos y renuncie a ellos". (27) Pese a todo, no se tomó en cuenta en aquel entonces, dice Pothier, la tésis de Dumoulin y se siguió enseñando en igual forma la subrogación legal.

Con lo dicho por Dumoulin, vemos que en definitiva han sido sus doctrinas las que predominaron en el Código de Napoleón, al establecerse en la subrogación por el ministerio de ley en todos los casos en que tiene lugar, aún contra la voluntad del acreedor, pasando en esta forma a nuestro Código. Resultando así la subrogación legal, de la fusión realizada por Dumoulin en el siglo XVI, de dos instituciones de Derecho Romano; el beneficio de Cesión de Acciones y de *cessio in locum creditoris*. (28).

Con lo que dijimos anteriormente de que una vez se cumplan las condiciones exigidas para que se de la subrogación legal, no sería necesario ningún consentimiento de las partes, para que opere de mero derecho; se comprende que no puede hablarse de subrogación legal fuera de los casos en que un texto de ley la conceda expresamente; pero tampoco no debemos creer que la subrogación legal queda limitada a los casos contemplados en el Art. en comento, pues, pese a que la enumeración que el artículo 1480 hace, es muy completa "No es Taxativa" y esto se desprende de su mismo contexto, ya que el inciso primero dice: "Se efectúa la subrogación por el ministerio de la ley, en todos los casos señalados por las leyes y especialmente a beneficio", o sea, que en los casos que la ley señala se efectúa la subrogación y la enumeración que hace el artículo es una enumeración especial, pues el hecho de decir especialmente, está dando la pauta de que hay otros casos no especiales diseminadas en la ley; además de las otras que el mismo artículo determina, dando a entender, pues,

(27) Pothier, Tratado de las Obligaciones No. 280.

(28) Mazeaud, Derecho Civil~ Parte II Volúmen III.

que hay otros casos en que se da la subrogación y que no están contemplados en esta enumeración. Prueba de ello la encontramos en nuestro Código Civil, que contempla otros casos de subrogación legal no comprendidos en el Art. 1480, veamos cuales son: a) Art. 1247 C. b) 1393 - 2046 C.; c) Art. 2177 C; y Art. 2178 C. Con lo anterior queda demostrado que la subrogación legal no está limitada a los cinco casos a que se refiere el Art. 1480 - del Código Civil, porque si bien es cierto esta es la base de las disposiciones relativas al pago con subrogación, hay otras disposiciones en el mismo Código Civil, y en otras leyes, que conceden excepcionalmente subrogaciones legales por el pago, como ejemplo podemos mencionar el Art. 38 de la ley de Procedimientos Especiales sobre Accidentes de Tránsito; así como el Art. 646 y 1548 del Código de Comercio que entrará en vigencia el 1.º de Enero de 1971; expuesto lo anterior, nos concretaremos en este punto al estudio, de los cinco casos que desarrolla el artículo en comento y que son los principales casos de subrogación legal.

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

El motivo de esta subrogación tiene su origen en el Jus Offerendi, que el Derecho Romano concedía, en vez del derecho de subastar el fundo, al acreedor hipotecario posterior (28). En efecto, en el Derecho Romano el primer acreedor hipotecario tenía únicamente el derecho de hacer vender la cosa hipotecada para pagarse de su crédito. El primer acreedor podía a su voluntad, disponer como quisiera de su crédito, o sea, que podría vender el inmueble en las circunstancias que deseara, pudiendo en esa forma perjudicar a los acreedores posteriores, ya sea por proceder a la venta del inmueble hipotecado en circunstancias desfavorables, o dejar pasar circunstancias manifiestamente favorables; o también no haciendo absolutamente nada y perjudicando siempre por su inacción a los otros acreedores.

Y fue precisamente para proteger a los acreedores posteriores contra esos abusos, que se decidió por constituciones imperiales que el acreedor posterior en grado que pagara al acreedor preferente, le sucedería en su sitio y lugar, in locum ejus, y en caso de negarse éste a recibir el pago, el acreedor posterior tendría el derecho de ofrecerle el pago, que es lo que llamamos el Jus Offerendi pecuniae; de modo que la oferta regular--

(28) Jorge Giorgi- Teoría de las Obligaciones Tomo VII.

mente hecha equivaldría a su respecto al pago con subrogación - (29). Decía Pothier: "Este derecho de ofrecer el pago se concedía al acreedor, sólo para conservar y fortificar el derecho que tiene sobre los bienes de su deudor, y sólo se concede al acreedor hipotecario, el simple quirográfico sólo tiene derecho contra la persona de su deudor y ninguno contra sus bienes". (30). O sea que en el Derecho Romano esta subrogación solamente se daba entre un acreedor que no fuera hipotecario, con lo que se diferencia del Derecho Francés y por ende del nuestro, que si admite esta clase de subrogación en beneficio de un acreedor cualquiera; al decir acreedor cualquiera no quiere significar que sea de cualquier persona que quisiera pagar para subrogarse al acreedor privilegiado o hipotecario, con el objeto de hacerse de un crédito contra el deudor, pues, en este caso, podríamos estar frente a una subrogación convencional, pero nunca frente a una subrogación legal, que operará de mero derecho por el solo hecho del pago, nos referimos, pues, a aquellos acreedores que tienen interés en que la deuda sea cancelada, que es en favor de quienes opera la subrogación legal.

El caso primero contemplado en el Art. 1480 está de acuerdo con el No. 1 del Art. 1251 del Código Francés, según el cual: "La subrogación tiene lugar de pleno derecho en provecho del que, siendo el mismo acreedor, paga a otro acreedor que es preferente a él en razón de sus privilegios o hipotecas".

Contrario al Derecho Romano, este artículo admite la subrogación, en beneficio de cualquier acreedor, pero es indispensable que el acreedor a quien se ha pagado tenga derecho a ser preferido en razón de sus privilegios o de sus hipotecas. Faltaría en absoluto el texto y la razón de la ley si el pago se hiciera a un acreedor posterior o a un acreedor no provisto de privilegio o de hipoteca, sino de otro cualquier derecho meramente personal. (31).

Tiene esta subrogación, dice Claro Solar, la particularidad de que no se hace en beneficio del deudor; el que paga no es deudor, sino acreedor, y en su calidad de tal acreedor debe tener interés en pagar a otro acreedor privilegiado o hipotecario

(29) Tomado por Luis Claro Solar de "Las Instituciones Jurídicas de Romaino Tomo 2 Pág. 316 y sig.

(30) Robert J. Pothier Introducción au titre XX de la Coutume Orleano No. 72.

(31) Jorge Giorgi Teoría de las Obligaciones Tomo VII.

de mejor derecho. (32). Cabe hacernos en este punto una interrogación: Consiste este interés en traspasar estas garantías a su -- crédito propio que no se halla garantizado; o que tiene un grado inferior en virtud de su inscripción hipotecaria, o sea, que si -- por el hecho de pagar al acreedor de mejor derecho en relación a su crédito, su crédito se garantiza en virtud de ese pago eleván-- dose a la misma categoría del crédito en que se subroga, o que -- siendo de la misma categoría su crédito y está en inferior grado, se pondrá en la misma que del crédito subrogado? Para dar res--- puesta clara a esta interrogante que de antemano contestamos ne-- gativamente, ilustrémosla con los ejemplos que se plantean en ca-- da caso: Veamos, Juan es deudor de Pedro, José y Joaquín; Pedro y José tienen garantizado sus créditos por hipoteca en bienes de Juan, la de Pedro es primera hipoteca y la de José segunda hipoteca y Joaquín tiene un crédito personal contra Juan por cinco -- mil colones, viene Joaquín y le paga la deuda de Juan a Pedro -- subrogándose en los derechos de Pedro, pero no por ese hecho su crédito personal de cinco mil colones engrosará el derecho hipotecario en que se ha subrogado, sino que quedará en la misma situación en que se encontraba antes de subrogarse en los derechos de Pedro y José, siempre estaría en mejor derecho que él, en lo referente a su crédito personal, ya que el hecho de haberse subrogado en los derechos de Pedro, no lo haría acreedor hipoteca-- rio de primer grado por su crédito común, que resulta entonces -- como efecto de esta subrogación? El acreedor que paga y se subro-- ga queda premunido de dos créditos: 1) El crédito que tenía con antelación; y 2) El crédito que pertenecía al acreedor a quien -- paga y que se subroga en sus derechos. (33).

El segundo ejemplo sería que el crédito de Joaquín no fue ra personal, sino que hipotecario y entonces por razones de ins-- cripción en el Registro, su grado sería el de tercer acreedor hi-- potecario, aquí la interrogante es que si al subrogarse Joaquín en los derechos de Pedro, como primer acreedor hipotecario, tam-- bién por ese hecho su crédito, como tercer acreedor hipotecario, pasaría a primero? La respuesta es también negativa, ya que sería primer acreedor hipotecario; pero sólo en los derechos de Pedro en el cual se ha subrogado, ya que su propio crédito sería el de tercer acreedor estando siempre en lo que a su crédito se refie-- re en grado inferior a José, que es segundo acreedor. (Al enume--

(33) Manuel Somarriva Urdurruga: Curso de Derecho Civil Pág. 55

(32) Luis Claro Solar. Explicaciones de D. Civil Chileno: de las Obligaciones. Pág. 232.

rar en la forma de primero, segundo y tercero, nos estamos refiriendo a los acreedores hipotecarios de un mismo inmueble).

Este artículo es claro al decir, que el pago debe ser hecho a un acreedor de mejor derecho que el que paga, pero el mismo agrega: que este mejor derecho debe ser en "razón de un privilegio o hipoteca". Por lo tanto no sólo es necesario que el acreedor pagado sea de mejor derecho; sino que, esté mejor derecho -- consista en una causa de preferencia inherente al crédito para -- cuya seguridad se ha establecido y que estas garantías son las -- que gozan de un privilegio o de una garantía hipotecaria; Art. -- 2217 nos señala cuales son las causas de preferencia.

Privilegio, podríamos decir, que es lo que se aplica a -- una disposición particular de la ley, que otorga ciertas prerrogativas especiales que no concede el derecho común; se toma la -- palabra privilegio en sentido jurídico, de tal manera, que si el acreedor a quien se le paga, tiene otras ventajas que no constituyen un privilegio jurídicamente, hablando, no se opera la subrogación.

Hipoteca, es un derecho constituido sobre inmuebles, a favor de un acreedor para la seguridad de su crédito, sin que por eso dejen aquellos de permanecer en poder del deudor.

Como se nota, el acreedor que paga a otro acreedor de mejor derecho en razón de un privilegio o hipoteca, se subroga en los derechos por el solo ministerio de la ley, sin que el deudor preste su consentimiento, no tomando en cuenta tampoco el consentimiento del acreedor, pudiendo además hacerse aún contra la voluntad del acreedor, según reza el inciso primero de este artículo, ya que se ve que el acreedor que paga lo hace en su beneficio y sin que haya convenio alguno con el acreedor a quien paga; ésto último es de importancia para diferenciar el número primero con el número quinto del citado artículo, ya que en el primer caso la ley no somete a ninguna solemnidad o requisito especial al que paga conforme a ese numeral, cosa que no sucede, en el número quinto, que para que opere en ese caso la subrogación debe -- consentirlo expresa o tácitamente el acreedor.

Para terminar con este primer caso, cabe plantear el problema que se suscitara, sino se ha pagado en su totalidad al acreedor de mejor derecho el adeudo o mejor dicho; deberá entenderse que el pago debe ser de la totalidad del crédito del acreedor preferente, o bastará que el pago sea parcial, para que se efectúe la subrogación?.

Para resolver esta pregunta es menester recordar lo que dijimos en el capítulo referente al pago como modo de extinguir las obligaciones, y para eso es necesario traer a cuenta el Art. 1440 inc. 2o. "El acreedor no puede ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aún a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida"; para que el pago produzca sus efectos es necesario pues, que se "PAGUE LA TOTALIDAD DE LA DEUDA", ya que el acreedor no está obligado a recibir otra cosa que lo que le deba, o sea que nadie puede obligarlo a recibir por partes lo que se le deba. Pero este derecho que la ley le da al acreedor no es rígido, ya que el acreedor VOLUNTARIAMENTE puede recibir por partes lo que se le deba. Es más, no hay tampoco un motivo especial para que la subrogación no tenga lugar en el pago parcial, puesto que un acreedor de grado inferior, a quien no fuera posible hacer el pago total al acreedor preferente, bien podría obtener de este la paralización de sus gestiones ejecutivas, mediante un pago parcial. No habría pues, razón alguna para exigir el pago total de la deuda como un requisito para la subrogación legal en favor del acreedor que paga parte de su crédito al acreedor preferente. (34).

Dicho lo anterior, vemos que si el acreedor recibe parte de lo que se le debe, o sea, si acepta que se le pague parte de la deuda, (ya que nadie puede obligarlo a recibir por partes lo que se le debe) una vez recibido el pago parcial, la subrogación quedará hecha por el solo ministerio de la ley, que no exige para que se efectúe, el pago total. El artículo 1482 está permitiendo la subrogación parcial. Art. 1482 inc. 2o. "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".

Quiero recalcar que para que podamos hablar de subrogación parcial y como consecuencia caer en el inciso segundo del Art. 1482, es necesario, que, el acreedor acepte voluntariamente el pago parcial, ya que como habíamos dicho anteriormente, ni el deudor, ni nadie puede obligar al acreedor a recibir por partes lo que se le debe, ya que tiene el derecho de exigir la totalidad de la deuda.

SEGUNDO CASO: "Del que, habiendo comprado un inmueble, es obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado".

Este caso de subrogación viene del Derecho Romano y puede estimarse como una sutileza de los jurisconsultos que sancionó al fin el Emperador Alexander Decki. Si los acreedores preferentes a quienes estaba hipotecado el fundo (possessio) que dicen haber comprado con la condición (hac lege) de que con el precio, Tta ut pretium, fueran pagados los mismos primeros acreedores; y han sido efectivamente satisfechos con tu dinero, has sucedido en sus derechos; y puedes hacer valer esta defensa contra los acreedores inferiores a ellos. (35).

Cuando vimos el origen Romano del primer caso contemplado por el artículo 1480, hablamos del Jus offerendi con respecto a los acreedores hipotecarios y que esa oferta equivaldría al pago con subrogación; pero también habíamos dicho que para que procediera la subrogación legal, era necesario que al efectuar el pago, requirieran esta subrogación. Es esta la cuestión suscitada entre los Romanistas, o sea, si todo pago hecho por el tercer poseedor a los acreedores del predio adquirido por él producía la subrogación legal o si para la subrogación era necesario que al efectuar el pago requirieran esta subrogación. La subrogación -- por el ministerio de la ley aparece reconocida por Paulus, (36) siendo esta la opinión dominante entre los autores. Pothier (37) sostiene la opinión contraria o sea, que es necesario requerir la subrogación; pues, cuando no la ha requerido, no hay ley alguna que lo subrogue de pleno derecho. Los redactores del Código de Napoleón, se apartaron de esta doctrina de Pothier y mantuvieron este caso de subrogación por el ministerio de la ley en los términos del rescripto del Emperador Alexander, por lo que el -- Art. 1252 No. 2 de dicho Código dice: "En provecho del adquirente de un inmueble, que emplea el precio de su adquisición en el pago de los acreedores a quienes esta heredad estaba hipotecado".

Guarda perfecta conformidad con el No. 2 del Art. 1480 de nuestro Código, solamente que en nuestra legislación se ha generalizado aún más, aplicándolo a todos los casos en que el comprador hace este pago aunque no sea con el precio del inmueble; también el Código Francés, cuando hace referencia al precio, aunque esté hablando en general del adquirente de un inmueble hipotecado, da a entender que trata del comprador y no del que ha adquirido por otro título que la compraventa el dominio de ese inmue-

(35) Tomo XII Luis Claro Solar, de las Obligaciones Tomo XII Página 242.

(36) Ley 17 T. 4 del libro 20 del Digesto Tomada de Paulus el que compró a su deudor el predio gravado sólo ha de ser defendido en cuanto al dinero, procedente del precio, llegó al primer acreedor.

(37) R.J.Pothier Introductiona la contume d'Orleans, Tit.20 No.73.

ble (38). Esto no sucede en nuestro Código, que no se refiere al precio que el adquirente haya empleado en el pago de su adquisición, a los acreedores a quienes estaba hipotecado, sino que habla en general del comprador que es obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado.

Según don Manuel Somarriva Undurraga, este caso de subrogación constituye, por así decirlo, el record de incosecuencias jurídicas; sin embargo el legislador lo acepta porque mediante el mecanismo de la subrogación del número 2o. del artículo 1480 C, evita situaciones injustas para el que compre el inmueble (39).

Aparentemente este numeral está demás, digo aparentemente, porque sin profundizar mucho en el análisis del mismo y verlo superficialmente no tiene ningún interés práctico, veamos un ejemplo:

Si Juan compra a Pedro una casa, sin haber que ésta estaba hipotecada en favor de José y como una de las consecuencias de la hipoteca, es la de seguir el bien hipotecado no importando en manos de quién se encuentra, viene José y pretende despojar del inmueble a Juan, entonces Juan para no perder el bien se ve obligado a pagar a José; analizando el ejemplo a la luz del caso, en comento veremos dos situaciones: la.) Se ha cumplido con la parte del artículo que se refiere al que es obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble se ha hipotecado; o sea, que tiene que verse obligado a pagar. Dejando por fuera del alcance de este artículo, el caso común y corriente en que el comprador sabe y conoce que el bien está hipotecado y que en el momento de comprar paga la hipoteca y le da el resto al vendedor, quedando lo pagado al acreedor hipotecario, como parte del precio. 2a.) En virtud de haber sido obligado a pagar a Juan queda subrogado en los derechos del acreedor.

De que le sirve a Juan subrogarse en los derechos de José, si de todos modos lo que le servía de garantía a José para hacerse pagar la deuda, era la finca que ya Juan había comprado, o sea que Juan no podría perseguir a Pedro para hacer valer el derecho en que se ha subrogado, ya que prácticamente es acreedor del mismo, lo único que le quedaría a Juan es una acción personal contra Pedro, acción que no deriva de la subrogación: Visto así el problema este artículo estaría demás, pero la verdad es -

(38) Luis C. Solar. Explicaciones de Derecho Civil. Tomo XII Página 240.

(39) Manuel Somarriva Undurraga. Curso de Derecho Civil. Pág. 55.

que en el fondo no es ese el sentido ni la razón por la cual el legislador contempla el caso, sino que de una forma más efectiva e importante, por lo que es menester llegar al fondo de lo que el legislador quiere regular.

Para captar el alcance de este caso de subrogación, tenemos que trasladarnos al Art. 2176 C., referente a la hipoteca y es allí donde veremos la verdadera importancia de este numeral - 20^o del Art. 1480; sabemos que la hipoteca constituye un derecho real y como tal, el acreedor hipotecario puede hacer efectivos sus derechos en la casa hipotecada sin referencia a determinada persona; es lo que llamamos derechos de persecución, por lo que decimos que es consecuencia de ese derecho, que el titular de él, pueda perseguir el inmueble de que se trata en manos de quien se encuentre y a cualquier título que se haya adquirido. Esta es la regla general, que está contemplada en el inciso lo. del 2176, pero esta regla, a pesar de decir a cualquier título que se haya adquirido, no es absoluta, ya que tiene su excepción en el inciso 2o. del precitado artículo que dice así: "Sin embargo, esta disposición no tendría lugar contra el tercero que haya adquirido el inmueble en pública subasta en virtud de ejecución". De modo, entonces, que el derecho de persecución no existe contra el tercero que adquiere el inmueble en pública subasta, en virtud de Ejecución; y la razón de ello, es que en este caso se produce lo que jurídicamente se llama la caducidad la purga de la hipoteca. Consistiendo en que aunque hayan otras hipotecas, éstas no las pueden hacer valer contra el que adquirió el inmueble en esa forma o sea, si Juan adquiere en una subasta por razón de un juicio ejecutivo, una finca hipotecada por Pedro y el precio de la venta alcanza para pagarle además de a Pedro a José, y no a Joaquín que era tercer acreedor hipotecario, quien no por estar pagado Pedro y José, va a pagar a ser primer acreedor hipotecario, pues en virtud del segundo inciso del Art. 2176 C., se extingue su hipoteca.

El Art. 2176 establece además un requisito para que surta efecto esta excepción de que hemos venido hablando, requisito que lo encontramos en el inciso 3o. y que transcribiremos a continuación: Art. 2176 inc. 3o.: "Más para que esta excepción surta efecto a favor de tercero, deberá verificarse la subasta previa citación personal, del acreedor o acreedores hipotecarios, conforme al Pr." la razón es la de proporcionar la oportunidad para que éstos se defiendan, para que puedan hacer valer su derecho. En el ejemplo propuesto hay que citar a Pedro, José y Joaquín, para --

que se produzca la caducidad de la hipoteca de Joaquín, si se deja de citar a Joaquín, y no se llena el requisito que exige el artículo 2176 en su inciso 3o. la hipoteca de Joaquín subsiste, conserva intacto su derecho de hipoteca, y por lo tanto, continúa siendo acreedor hipotecario y tiene acción de persecución para hacer efectiva la hipoteca en el inmueble que adquirió Juan, y ahora con más peligro porque aparentemente como primera hipoteca, ya que las dos anteriores a la de él están pagadas; quedando en esta forma Juan, en una posición desventajosa y que desde ningún punto de vista llamaremos que sea justa, pues en el caso planteado y contemplándolo como lo hace el segundo caso el artículo 1480, Juan además de haber pagado el inmueble, tuvo que pagar las hipotecas de Pedro y José, o sea, dos veces el valor del bien, La interrogante que se plantea entonces es la siguiente: Como ampara la ley a Juan para evitarle un perjuicio? Es precisamente en este momento que cobra importancia esta institución tan especialísima, como es la de subrogación, pues de conformidad con el número 2o. del artículo 1480 C., Juan que compró el inmueble y que pagó a Pedro y José se subroga en los derechos de estos acreedores hipotecarios, y si se efectúa el segundo remate a requerimiento de Joaquín, no es tan favorable la situación del tercer acreedor hipotecario, ya que nunca se convertiría en primer acreedor hipotecario, porque en virtud de la subrogación Juan seguirá siendo primero y segundo acreedor, ya que se ha subrogado en los derechos de Pedro y José. En consecuencia, si en el segundo remate que se efectúa el inmueble vuelve a salir en la misma cantidad con las que pagó las dos hipotecas, Joaquín no se beneficia en nada, ya que éstas las recibe Juan que ocupa el lugar de Pedro y José que eran primero y segundo acreedor hipotecario.

Con lo dicho se explica la inconsecuencia jurídica que expone Somarriva, puesto que se presenta la situación de una persona, aunque sea por un lapso corto, que hace valer un crédito hipotecario sobre un bien propio, rompiendo todos los postulados de la institución denominada hipoteca; pues pese a no cumplirse con lo establecido en el artículo 2176 inc. 3o. C., al comprador no se le podrá quitar el bien, amparando en esta forma el legislador al comprador.

TERCER CASO: "Del que paga una deuda a que se halla obligado solidaria o subsidiariamente".

Este caso de subrogación legal no era regulada en el Derecho Antiguo, sino que más bien es una innovación del Derecho Mo-

derno, que ha venido a mejorar las reglas que al respecto existían en aquel entonces. De acuerdo con el Derecho Romano, los codeudores solidarios y los fiadores a quienes el acreedor demandaba el pago íntegro de la deuda, tenían el derecho de exigir del acreedor a quien pagaban la subrogación en sus derechos contra los otros obligados; si querían ser subrogados debían manifestar su voluntad, porque la voluntad, supuesta sin ninguna manifestación no era suficiente para adquirir la subrogación, a pesar de que el acreedor estuviera obligado a otorgarla y debiera forzosamente hacerlo desde el momento que le fuera exigida. (39).

Domoulin, en sus lecciones de dole sostenía lo contrario, o sea, que un codeudor solidario o un fiador, o en general todo aquél que pagaba lo que debía con otros o por otros, se subrogaba de pleno derecho, sin necesidad de requerir tal subrogación; que el simple hecho del pago de la deuda les otorgaba para poder repetir de cada uno de sus codeudores o del deudor principal lo que por ellos había pagado al efectuar dicho pago. (40).

Todos admitían que tenían el derecho de exigir la subrogación; pero decían que debían exigirla. Por otra parte, como vemos, Domoulin sostenía que ésto era inútil, opinión que fue secundada por Toullier, que calificaba de razonable esta opinión, decía que fue seguida en Bretagne, en virtud del Art. 194 de la Coutume reformada en 1580, y de ahí se le daba toda la extensión -- que podía conformarse la equidad como lo expresaba Duparo en sus principios, pero esta opinión no había prevalecido en la de París, ni en los demás contumes porque no puede haber subrogación de pleno derecho sin ley; y reproduciendo la respuesta que daba Pothier, agrega Toullier que éste razonamiento puede ser rigorosamente verdadero en la lógica; pero una buena legislación debe establecer lo que más conviene a la sociedad, lo que es más conforme con la equidad, sin apegarse con una minuciosa precisión a todas las consecuencias que el razonamiento puede deducir de un principio abstracto. El Código ha preferido, pues, sabiamente la opinión de Dumoulin, y la ha consagrado en términos que dejan al magistrado el poder de darle, como se hacía en Bretagne, toda la extensión que puede conciliarse con la equidad.(41).

(39) R.J. Pothier, Introducción a la Coutume. No. 727.

(40) Luis Claro Solar. (Explicaciones de Derecho Civil - Chileno de las Obligaciones. Tomo XII, pág. 247).

(41) Tomado de Luis C. Solar de las Obligaciones Tomo -- XII; Pothier, Introducción a la Coutume d'Orleans, Tit. 20 No. 280 Toullier, T. 7, No. 147.

Nuestro Código ha seguido esta solución que es mucho más conforme con la equidad, porque no deja al codeudor o al fiador, entregado a la buena o mala voluntad del acreedor, que talvez -- no desea ser pagado, que uno de los obligados que efectúe el pago, pueda inmediatamente después de efectuado, exigir su reintegro de los demás obligados, exponiéndole además a la pérdida de sus derechos contra éstos si no podría justificar que había re-- querido del acreedor la subrogación en sus derechos.

Giorgi, al referirse a esta clase de subrogación legal di ce: que esta es, en verdad, la más digna de favor; puesto que -- acude en defensa de quien se encuentra constreñido a pagar una deuda que en todo o en parte es deuda ajena. (42). Y así es en efecto, pues, quien más si no el fiador que en un momento dado -- se puede ver obligado a pagar al acreedor de su afianzado la deu da de éste, sin haber gozado por decirlo así, de la fortuna que el deudor recibió, y de la cual él no gastó un centavo, sería más injusto, no concederle la subrogación al fiador, que ha pagado -- con sus bienes la deuda de otro. Fue en gracia a la equidad, por la que estaba justificada, que la subrogación legal en favor de estas personas, se sancionó en el Código Napoleón, en el Art. -- 1231 No. 3o. y en el cual se decía que la subrogación tiene lu-- gar, de derecho, en favor de quién, estando obligado con otros o por otros al pago de la deuda, tenía interés en satisfacerla. -- (43). Con ese mismo sentido, pero con distinta redacción está -- tomado en nuestro Código, ya que son las mismas situaciones que regula.

Este numeral comprende dos casos: Cuando el pago de la -- deuda lo efectúa un codeudor solidario y cuando lo realiza un -- deudor subsidiario. En el segundo caso se está refiriendo al fia dor, pues los conceptos deudor subsidiario y fiador son equivalen tes.

Veamos el primer caso, o sea la subrogación que opera en favor del codeudor solidario que paga la deuda. El Art. 1393 C., nos dice: que la obligación solidaria puede presentar dos aspec tos que es importante destacar: 1o. Que la obligación que se -- contrae solidariamente interesa a todos y cada uno de los deudo res solidarios; y 2o. Que la obligación solidaria que se contrae

(42) Jorge Giorgi. Teoría de las Obligaciones. Tomo VII.

(43) Este numeral tiene una redacción más amplia, pues -- en la forma que está redactado, según sostienen la opinión de -- los autores, aún el deudor de una obligación indivisible, queda efectivamente subrogado en los derechos del acreedor a quien pa ga.

interese a alguno o algunos de los deudores solidarios, pero no a todos. Este caso se dá cuando el acreedor, temiendo que el deudor no pague la deuda le exige que constituya otros deudores solidarios, motivo por el cual, mediante pacto expreso, no sólo el que se beneficia con el préstamo, sino que los otros que dan obligados solidariamente. Una de las ventajas de la solidaridad es, que el acreedor puede demandar por el total de la deuda cualquiera de los deudores, sin importarle que éste sólo se haya beneficiado con una parte.

Conforme a los dos casos que contempla el Art. 1393 C., es forzoso distinguir si la solidaridad interesa a todos o sólo a alguno de ellos, para ver si opera o no la subrogación. En el primer caso, cuando la solidaridad interesa a todos, y uno de los deudores hace el pago, se entiende subrogado en los derechos del acreedor contra los otros deudores, porque la solidaridad interesa a todos los deudores. En cambio en el segundo caso, cuando la solidaridad interesa a algunos deudores solidarios y a otros no, no se opera la subrogación. La razón es que si el deudor que pagó es el que tenía interés personal en la deuda y con eso ha pagado su propia deuda; cómo va a subrogarse, cómo va a accionar contra los otros codeudores que sólo han concurrido en la obligación para garantizarla y no se han beneficiado con la solidaridad? Por ésto es que no se produce la subrogación, cuando existen codeudores solidarios que no tienen interés en la obligación, porque ellos han concurrido en el fondo como verdaderos fiadores. Tal es el criterio que sienta el Art. 1393 que en la parte que nos interesa dice: "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 este codeudor en la deuda. Si el negocio para el cual ha sido contraída la obligación solidaria, concernía solamente a alguno o algunos de los deudores solidarios, serán éstos responsables entre sí, según las partes o cuotas que les correspondan en la deuda, y los otros codeudores serán considerados como fiadores". En conclusión, la subrogación se opera en favor del codeudor que paga, en contra de los codeudores solidarios que tienen interés en la deuda, PERO NO EN CONTRA DE LOS QUE HAN CONCURRIDO PARA EL SOLO EFECTO DE CAUCIONARLA O DE GARANTIZARLA.

Este caso de subrogación presenta tres particularidades:

1) Quien efectúa el pago no es un tercero extraño a la -

deuda, sino que es el propio deudor que está unido por un vínculo jurídico con el acreedor;

2) Al subrogarse en los derechos del acreedor no se puede demandar la totalidad de la deuda, sino que la cuota que corresponda en el débito a cada uno de los deudores que tiene interés o que se han beneficiado con la deuda;

3) Al tenor del Art. 1393 C. La subrogación sólo opera -- cuando la obligación se ha extinguido por el pago o solución --- efectiva, o por un medio equivalente al pago, es decir, que ha -- significado al deudor que la extingue, un sacrificio pecuniario, económico, es decir, un empobrecimiento de su patrimonio, como -- sucede con la Novación, la compensación y la dación en pago. Hay que hacer notar que si la obligación se extingue por un medio no equivalente al pago, no se opera subrogación de ninguna especie, pues no ha existido un sacrificio económico, un empobrecimiento del deudor que extingue la obligación (44).

Es importante resaltar, que en el caso tercero del Art. - 1480 y que estamos comentando, el deudor que paga, además de la acción subrogatoria, puede obtener la restitución de lo pagado, mediante acción de reembolso y ésto se debe a que entre los co-- deudores solidarios existe lo que se llama un mandato tácito y - recíproco.

Veamos ahora el segundo caso que contempla el No. 3 del - Art. 1480, o sea "cuando el pago lo realiza un deudor subsidiario".

Como habíamos dicho, los términos deudor subsidiario y -- fiador son equivalentes; debemos de tomar en cuenta que en este - caso; a diferencia del anterior, el fiador no se ha obligado "con otros", sino "por otros". El fiador que paga goza de la acción -- subrogatoria en contra del deudor, pero puede acontecer que existan varios cofiadores, es decir, haya pluralidad de fiadores, y - en este caso según el Art. 2128 C., que dice: "El fiador que paga más de lo que proporcionalmente le corresponde, es subrogado por el exceso en los derechos del acreedor contra los cofiadores". - Significando con ésto que cuando el fiador se subroga en los derechos del acreedor, no puede demandar el total de la deuda a ca da uno de ellos, sino que, al igual que en el caso de solidari--- dad, sólo puede reclamar la parte o cuota que a cada uno le compe te en la deuda.

El fiador que paga también tiene una acción personal que - emana del contrato de fianza, contra el deudor y está regulada es ta acción en el Art. 2120 C., vemos pues, que el fiador tiene dos

(44) Manuel Somarriva Undurraga, Curso de Derecho Civil, pág. 62.

acciones: 1) La acción subrogatoria contemplada en el Art. 1480 No. 3 C., y 2) La acción de reembolso que estatuye el Art. 2120 C.

La subrogación legal que comprende este caso, no sería aplicable si se tratase de una obligación indivisible que sólo pudiera ser cumplida por uno de los deudores, a quien puede el acreedor demandar el cumplimiento total, porque siendo la indivisibilidad una cualidad real de la obligación que resulta de la circunstancia de que la cosa debida no sea susceptible de parte, sea física, sea intelectualmente, los deudores de una obligación indivisible no se obligan solidariamente, ni cada uno de ellos subsidiariamente respecto de los otros; y por consiguiente, aún en el caso en que el deudor demandado para el cumplimiento de la obligación indivisible no pueda pedir un plazo para entenderse con los demás deudores a fin de cumplirla, porque el solo puede cumplirla, no cabe subrogación en los derechos del acreedor como codeudor solidario o subsidiario, que no lo es, sino que le queda a salvo su acción personal contra los demás deudores, para la indemnización que le deben por la parte que a cada uno correspondía en la obligación indivisible; cosa que según la redacción del Código Francés se puede hacer, pero en el nuestro, NO.

Para concluir con este punto debemos de tomar en cuenta lo dicho por Mazeaud: "Toda persona que esté obligada por otro, se subroga en los derechos del acreedor, al que paga, con la condición de "Que el pago efectuado por otros sea relativo a la deuda misma por la que éstos estaban obligados"; (45), o sea que no puede haber subrogación si el fiador ha hecho un pago, que no es referente a la deuda que está asegurando.

CUARTO CASO. "Del heredero beneficiario que paga con su propio dinero las deudas de la herencia".

Esta clase de subrogación legal, no aparece en el Derecho Romano, sino que nos viene a nosotros del antiguo Derecho Francés (46) y de los Códigos que se modelaron sobre el napoleónico, de cuyo sentido se tomó el nuestro, puesto que, la redacción que el Derecho Francés le dá a esta clase de subrogación es como sigue: "En favor del heredero con beneficio de inventario, que ha pagado con su propio dinero las deudas hereditarias". Coincidiendo por lo consiguiente con nuestro Art. 1480 No. 4, y que ahora comenta-

(45) Mazeaud, Lecciones de Derecho Civil, Parte II, Volúmen III.

(46) Demolombe, Tomo IV, No. 19, que recuerda a Librum, -- Renusson y Bretonnico.

mas; el objeto que se propusieron los legisladores al instituir esta especie de subrogación, fue el facilitar la liquidación del pasivo hereditario, animando al heredero beneficiario a pagar con su propio dinero las deudas hereditarias, al darle la seguridad del reintegro, gracias a las acciones mismas de los acreedores pagados. (47).

Es este caso especialísimo de subrogación que la ley concede, pero para que ésta la conceda es necesario que concurren dos condiciones, a saber: a) Que se trate de un heredero beneficiario; y b) Que haga el pago con su propio dinero.

Cuando decimos heredero beneficiario, es lo mismo que estar diciendo, aceptación de herencia con beneficio de inventario; que significa que el heredero que ha aceptado una herencia con beneficio de inventario, no se le puede obligar a pagar con sus propios bienes las deudas hereditarias y testamentarias, en caso que el monto de éstos sea mayor que los bienes. Es evidente que en estas condiciones el heredero tiene interés en el pago de estas deudas, especialmente las hereditarias, a fin de activar la liquidación de la herencia y poder saber con firmeza, que saldo le queda, y que a él le pertenece. Es este interés del heredero que la ley toma principalmente en cuenta para conceder la subrogación legal a aquél heredero que sin hacer uso de los bienes de la herencia y sin haberlos incorporado efectivamente a su patrimonio, ha pagado con bienes propios deudas de la sucesión. El motivo de la disposición legal no es sólo porque el heredero sea el único interesado en el pago de las deudas, ya que también están interesados los acreedores hereditarios y los legatarios en que la herencia se liquide con los menores gastos posibles, pues sino es perfectamente saneada, sólo podrían obtener un pago parcial. Pero veamos la situación desde el punto de vista del heredero beneficiario que sin saber exactamente a cuanto asciende el monto de los bienes heredados, ni de las deudas, se aventura a pagar con sus propios bienes las deudas de la sucesión, contribuyendo en esa forma a prevenir la venta forzada de bienes de la herencia en circunstancias que pueden no ser oportunas y evitando también los gastos de consideración que acarrearán los procedimientos para efectuar las liquidaciones; arriesgándose que al haber el balance final de lo pagado con los bienes recibidos en la herencia, sean mayores los gastos que los bienes. Por esa razón es que la ley favorece el pago anticipado por el heredero; y lo hace otorgando al heredero beneficiario que lo efectúa, la subro

(47) Jorge Giorgi, Teoría de las Obligaciones. Tomo VII.

gación en los derechos del acreedor para asegurarle la eficacia de ese recurso que el beneficio de inventario le otorga; y gracias a esta subrogación, el heredero beneficiario que no conoce exactamente las fuerzas de la sucesión, no tiene ya el temor de hacer anticipos que pudiera estar expuesto a perder sin ella; -- y tendrá al contrario, la seguridad de recuperar sus fondos aunque la liquidación posterior venga a demostrar que el pasivo de la herencia es superior al activo.

Es importante hacer notar, que esta clase de subrogación se dá, unicamente cuando es heredero beneficiario y que éste ha pagado con sus propios bienes y no con los de la herencia, porque si se tratara de un heredero que no es beneficiario, la ley no le da este beneficio, ya que por eso solo hecho, está obligado a pagar las deudas de la sucesión hasta con sus propios bienes y el pagar antes de liquidar la herencia no le da ningún beneficio, ya que en una u otra forma este heredero siempre tendría -- que pagar todo, caso de aceptar la herencia. También no olvidemos que el pago debe ser hecho por el acreedor cuando aún no se ha liquidado la herencia, porque si lo hace después, el heredero no ha arriesgado nada, pues ya conoce cual es el monto de las -- deudas y el de los bienes de la herencia y si paga más de lo debido se presume que lo está haciendo a sabiendas; además, este -- pago no debe ser hecho con bienes de la herencia, porque si lo -- es, tampoco está arriesgando nada; que es lo que la ley garantiza, o sea el riesgo que pueda tener el heredero de pagar más de lo que debía y de no recuperar nada si no fuera por la subroga-- ción.

Los antiguos escritores Franceses afirmaban que podría -- igualarse el heredero beneficiario, el curador de la herencia ya -- cente; pero hoy en día está bien o está bien o mal abandonada, -- por la consideración de que no puede admitirse extensión por ana -- logía en materia de subrogación, ya que se trata de una institu -- ción de derecho estricto, que debe estar claramente manifestada en la ley para que ésta opere (48).

QUINTO CASO: "Del que paga una deuda ajena, consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor".

Debe sus antecedentes esta disposición al Derecho Romano, siguiendo los dictámenes de la equidad y de la conveniencia, ya que los Códigos modernos, reconociendo como válida la subrogación

(48) Jorge Giorgi- Teoría de las Obligaciones en el Dere -- cho Moderno Tomo VII.

concedida por el deudor a quien le presta el dinero para pagar, no han hecho más que ampliar las normas dadas por los juristas romanos. Para los Romanos el pacto estipulado por el mutuante con el deudor de que el dinero prestado debía emplearse en el pago de un acreedor precedente ut antecess dimitteretur, bastaba para subrogar al mutante en los derechos del acreedor anterior, ut idem pignus ei obligetur, et in locum eius succedat; si se trataba del pago de un crédito privilegiado y especialmente de un crédito Fiscal, la subrogación se sobreentendía siempre; pero tanto en este caso como en el caso ordinario, DICHA SUBROGACION NO REQUERIA NUNCA EL ASENTIMIENTO DEL ACREEDOR. Tales principios del Derecho Romano que permanecieron, se puede decir, sin alteración bajo el imperio del Derecho Común. (49). Pero esta clase de subrogación permanecía circunscrita a la transmisión del privilegio y de la propiedad del grado hipotecario, y no transfería todos los derechos del acreedor como hace la subrogación moderna. Por la forma tan imperfecta en que había sido fijada en el texto y tratada tan infelizmente en las obras de los antiguos jurisconsultos, es que las legislaciones modernas la han renovado por completo. Es con base a esta razón que muchos escritores le dan el origen de esta institución al antiguo Derecho Francés y la encuentran en una declaración promulgada por Enrique IV en 1609. (50), pero esa declaración tuvo por objeto impedir el fraude cometido por un deudor que teniendo varios acreedores hipotecarios, reembolsaba con su propio dinero a un acreedor hipotecario colocándose en el primer rango; para procurarse a continuación dinero, ofreciendo una garantía al nuevo prestamista, subrogada fraudulentamente a éste, en la hipoteca del acreedor pagado precedentemente; el nuevo prestamista pasaba así, por delante de los demás acreedores. Para impedir semejante fraude, la declaración de 1609 imponía ciertos requisitos de forma, que fueran completados por una sentencia de reglamento del parlamento de París, del 6 de julio de 1690, denominada "Sentencia de las subrogaciones". (51) De peso es, pues, la argumentación de los que sostienen que el origen de esta institución se encuentra en el antiguo Derecho Francés, pues como la regulaban los Romanos, era por decirlo así, de una forma imperfecta e incompleta, de tal suerte que tuvo que ser renovada totalmente, pero ésto no quiere decir que los Roma-

(49) Jorge Giorgi- Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno Tomo VII.

(50) R.J. Pothier, Introduction au titre de la Cont. d'Orleans, 89; Demolombe IV. Pág. 392 y sig.

(51) Enrique León U Jean Mazeaud, "Lecciones de Derecho Civil" Parte II, Volúmen III.

nos no hayan por lo menos, dado el gérmen de esta institución.

Hay que hacer notar, por la importancia que reviste, ya que en este sentido se aparte nuestro Código del Derecho Francés, que si bien es cierto que en ambas legislaciones se regula la subrogación consentida por el deudor, en el Derecho Francés es convencional, no así, en nuestra legislación que es considerada como legal, o sea, que opera de mero derecho por el simple hecho del pago. El Art. 1250 No. 2 del Código Francés dice: Esta subrogación es convencional: 2o. Cuando el deudor toma en préstamo -- una suma con el efecto de pagar su deuda, y de subrogar al prestador en los derechos del acreedor. Hace falta, para que sea válida, etc. (señala los requisitos). Esta subrogación se realiza sin el concurso de la voluntad del acreedor. Y todavía el Art. 1236 del referido Código admite que una obligación pueda ser solucionada por un tercero que obre en nombre y en liberación del deudor, o que obrando en su propio nombre, no sea subrogado en -- los derechos del acreedor; admitiendo así que esta subrogación -- convencional, puede tener lugar cuando este tercero paga en nom-- bre del deudor y no cuando paga en nombre propio. Pero en este -- segundo caso, cuando el tercero obra en su propio nombre, no acepta la ley, sino el pago definitivo de la deuda, temiendo que el tercero que paga no proceda con ánimo de servir al deudor y en -- su beneficio, sino para su utilidad personal y con interés de -- perjudicar al deudor.

Como vemos, pues, nuestro Código se aparta en ésto del Código Francés, ya que la subrogación consentida por el deudor es en nuestro derecho considerada como legal, es decir, que opera -- Ipso Jure; por lo que cabe una interrogante a este respecto: En que forma sería preferible regularla? cómo convencional o cómo -- legal? Cuando hablamos de las diferencias entre la subrogación -- legal y la convencional, dijimos que en la primera el pago era -- hecho por una persona no interesada en la deuda, y en la segunda por una persona interesada en la deuda; también que la legal se -- realizaba contra la voluntad del acreedor y la convencional por -- la voluntad del acreedor que consentía en subrogarlo en sus derechos; de lo anterior deducimos que ésta clase de subrogación participa de ambas características, o sea que tiene de convencional y de legal, ya que si bien es cierto, el tercero que paga es una persona no interesada en la deuda, tampoco importa la voluntad -- del acreedor ya que no se toma en cuenta; por lo que se hace dificil decir a que clase pertenece, tan es así, que Jorge Giorgi al comentar el Código Italiano, que reconoce la subrogación conven-

cional consentida por el deudor, dice al explicar uno de sus requisitos, referente al consentimiento y declaración de las partes respectivamente de prestar y de recibir a fin de extinguirse la deuda; lo siguiente. Pero esta declaración común equivale a voluntad de subrogar, y produce su efecto sin necesidad de que las -- partes hablen de subrogación: razón por la que dicha especie de subrogación se podría llamar más legal que convencional". (52).

Considero, que por equidad y justicia es preferible regularlo en la forma que lo hace nuestro Código, es decir, como subrogación legal, ya que constituye una eficaz garantía para aquél que sin tener obligación alguna y por deseo de servir al deudor, a quien el acreedor exige el pago, le paga él directamente al acreedor. Dando la ley por establecido que al consentir en el pago, el deudor acepta tener como acreedor en lugar del acreedor -- que es pagado, al tercero que sin estar obligado y sin tener tal vez interés personal alguno en liberar al deudor de un acreedor exigente y duro, le presta este servicio, por lo que lo menos -- que el legislador puede hacer, es considerarla como subrogación legal para proporcionarle las ventajas que ésta acarrea, o sea -- que opere demero derecho, aún contra la voluntad del acreedor.

Tres son los requisitos que deben concurrir para que se -- dé este caso, requisitos que hablan por sí solos del significado o del porqué de esta clase de subrogación legal, que dicho sea -- de pago, está sujeta a diferencia de los demás, a la solemnidad de que lo acepte expresa o tácitamente el deudor. No hay que confundirla con la subrogación convencional, que aunque parecen tener cierta semejanza, en lo que se refiere a quién es la persona que paga la deuda, un tercero que no tiene interés en que la deuda sea cancelada, son diferentes pues mientras en la convencio--nal, la subrogación pende de la voluntad del ACREEDOR, en el caso contemplado está sujeta a la voluntad expresa o tácita del DEU--DOR, persona que no es tomada en cuenta en la subrogación conven--cional.

Veamos cuáles son estos tres requisitos: (53).

1) Que el que paga sea un tercer extraño; pues de lo contrario caería en alguno de los otros casos, enumerados por el -- Art. 1480;

2) Que esa deuda se pague con dinero del tercero y no del deudor, pues de serlo así, estaríamos a presencia de un mandatario; y

(52) Jorge Giorgi Teoría de las Obligaciones en el D.Mo-- derno Tomo VII.

(53) Manuel Somarriva Undurraga, Curso de Derecho Civil, -- Pág. 64.

3) Que consiente expresa o tácitamente el deudor; y será cuestión de prueba en cada caso en particular, determinar si existe ese consentimiento.

El consentimiento prestado por el deudor no está sujeto a requisito o formalidad alguna y puede ser expreso o tácito. Es expreso, si efectivamente declara su voluntad de aceptar el pago que ofrece aceptar el tercero. Es tácito cuando teniendo el deudor conocimiento del pago proyectado por el tercero, no manifiesta su voluntad contraria. La actitud y conducta que observe el deudor ante un pago de su deuda que le ofrece a su acreedor un tercero no interesado en ella, podrá ser prueba suficiente de que presta tácitamente su consentimiento a ese pago.

El tercero que paga con consentimiento del deudor hace el papel de mandatario suyo para el pago; y tendría también la acción de mandato contra el deudor para exigirle el pago de sus anticipaciones de dinero con los intereses corrientes; como se ve, tiene dos acciones una la de subrogación y la otra personal que emana el mandato.

Art. 1481. "La subrogación convencional está sujeta a las reglas de la Cesión de Derechos".

Esta no era la redacción primitiva del artículo en comentario, pues cuando se publicó la primera edición del Código Civil en el año de 1860, la redacción era igual a la del Código Civil Chileno, que como dije antes, fue de donde se copió el nuestro, redacción que permaneció inalterable en las ediciones de los años de 1880 y 1893, estando regulada en los artículos 1551 y 1596 respectivamente; siendo la ley del 22 de Octubre de 1903, que reformó este artículo en la forma actual, por lo que en la edición del año de 1904, aparece con la redacción actual en el artículo 1499; siendo hasta la edición de 1912 y con la misma redacción que aparece en el Art. 1481, que sigue siendo el correlativo hasta la última edición en el año de 1967.

Esta disposición aparece en la edición de 1860 en el Art. 1545 así: "Se efectúa la subrogación en virtud de una convención del acreedor, cuando éste, recibiendo de un tercero el pago de la deuda, le subroga voluntariamente en todos los derechos y acciones que le corresponden como tal acreedor, la subrogación en virtud de una convención del acreedor, cuando éste, recibiendo de un tercero el pago de la deuda, le subroga voluntariamente en todos los derechos y acciones que le corresponden como tal acreedor: la subrogación en este caso está sujeta a la regla de la Ce

sión de Derechos y debe hacerse en la carta de pago". Y es precisamente esta redacción la más se asemeja a las normas del Derecho Romano, en las cuales, el acreedor que recibía el pago de un tercero, podría subrogarlo en sus derechos, con tal de que la subrogación se hiciera al mismo tiempo (*convenisset, ut mandarentur acciones*), sin lo cual, ni había lugar a subrogación ninguna en favor del tercero, ni este podía luego obligar al acreedor cederle sus derechos. Por otra parte, concedida la subrogación por el acreedor en el acto del pago, el tercero adquiría el derecho de ejecutar las acciones correspondientes al anterior acreedor, como si le hubiesen sido cedidas o las hubiese comprado (*pretium magis mandatarum actionum solutum, quan actio quae fuit, perempla videatur*).

Estas normas fueron seguidas por el antiguo Derecho Francés, el Código Napoleón, que en el artículo 1250 número 1. dispone que la subrogación convencional tiene lugar, cuando el acreedor, recibiendo el pago de una tercera persona, lo subroga en los derechos, acciones, privilegios o hipotecas que tiene contra el deudor; esta subrogación debe ser expresa y hecha al mismo tiempo del pago. (El número 2o. de este Art. ya fue comentado cuando vimos el quinto caso del Art. 1480). Como vemos, había semejanza también con esta disposición, pero debido a la reforma que nuestro legislador hizo de este artículo, fue que se estableció una diferencia entre ambas legislaciones.

Cabe preguntarnos, cual fue la razón del legislador para reformar dicho artículo?

En efecto, en el capítulo referente al pago con subrogación, no se regula por así decirlo, la subrogación convencional, ya que es el artículo 1481 el único que se refiere a ella, pero para decirnos que las reglas aplicables son las de la Cesión de Derechos, dando la impresión que la subrogación convencional por medio de este artículo queda asimilada a la Cesión de Derechos, o mejor dicho, este artículo le identifica total y absolutamente con ella, pero mal haríamos en creer en semejante afirmación, ya que hay diferencias marcadas entre una y otra institución, como lo demostraremos más adelante, así como explicaremos lo que a nuestro criterio ha querido expresar el legislador cuando dice: "Que la subrogación convencional está sujeta a la regla de la Cesión de Derechos" Y haremos la crítica pertinente a esa disposición. Por el momento cabe preguntarnos: Si por el hecho de que el Art. nos remita a la Cesión de Derechos se perderá la naturaleza de la subrogación convencional? No es la respuesta evidente, -

ya que no podemos olvidar que primitivamente este artículo estaba redactado en la misma forma que lo está actualmente el Chileno, o sea, que establecía primero los requisitos que debían concurrir para que la subrogación convencional se diera y luego se remitía a las reglas de la Cesión de Derechos, como último requisito. Veamos primero cuales son a la luz de ambas legislaciones esos primeros requisitos: a) Que una persona no interesada en el negocio le pague la deuda al acreedor; b) Que el acreedor subrogue voluntariamente en sus derechos a dicha persona; c) Que la subrogación se haga expresamente; y d) Que conste en el documento de pago que el acreedor subroga. Eran cuatro los requisitos que el texto de dicho Art. exigía antes de remitirse a la Cesión de Derechos; por lo que Claro Solar, al referirse a esa remisión que hace la ley a la Cesión de Derechos manifiesta: "Que la regla de la Cesión de Derechos a que el Art. se refiere, es a la consignada en el Art. 1902 "la notificación al deudor hecha por el subrogado, puesto que para la subrogación no se requiere la aceptación del deudor, ni el deudor puede impedir la subrogación". (54). Con referirse a la Cesión de Derechos en este artículo, lo que se ha conseguido es dividir la regulación de la subrogación convencional, ya que en el artículo en comento se regulan los requisitos de fondo, y en la Cesión de Derechos los requisitos de forma; y los requisitos que deben seguirse para poder exigirle al deudor su obligación uniendo así la subrogación convencional a la Cesión de Derechos, en cuanto a esos requisitos, ya que los cuatro requisitos de fondo estaban regulados en el capítulo del pago con subrogación", que es donde está ubicado el artículo en comento.

Cuando estudiemos cada uno de esos cuatro requisitos, que al agregarse la regla de la Cesión de Derechos suman a cinco, veremos que la Cesión de Derechos también participa de todos ellos. Con lo que considero acertada esta reforma, ya que si en ambas se requieren los mismos requisitos de fondo y de forma, razón asiste a nuestro legislador en querer unificar la regulación de las dos instituciones en los mismos artículos, en lugar de estar repitiendo en artículos separados lo mismo si con ello no se está atentando contra la naturaleza o finalidad de ambas instituciones, ya que el Art. 1481 sólo está diciendo, que la subrogación convencional se regulará por las reglas de la Cesión de Derechos, con lo que reconoce que se trata de dos instituciones --

(54) Luis Claro Solar explicaciones de Derecho Civil Chileno de las Obligaciones. Tomo XII Página 260.

distintas, pero para efecto de su regulación, se regirán por las mismas reglas.

Estudiemos como lo habíamos prometido, uno a uno estos -- cinco requisitos:

PRIMER REQUISITO: "Que una persona no interesada en el negocio le pague la deuda al acreedor". En la cesión de derechos, el cesionario es una persona distinta, a la que se obligó con el cedente, por lo que es una persona no interesada en el negocio.

Cuando establecimos las diferencias entre la subrogación legal y convencional, se dejó claro que una de ellas era que, en la subrogación legal, el que pagaba era una persona interesada, en que la deuda fuera cancelada, en cambio, en la convencional, el que pagaba, era una persona ajena y sin ningún interés en que la deuda fuera cancelada; es decir, una persona no comprendida - en el vínculo obligatorio, ni como codeudor solidario, ni como - fiador o deudor subsidiario, en fin no comprendido en ninguno de los casos en que opera la subrogación legal.

Este requisito no requiere mayor explicación y viene a -- ser de importancia únicamente, para aquella persona que paga siendo extraña a la obligación y que procede sin consentimiento ex-- preso o tácito del deudor; ya que si no se subrogara, la acción que tendría el tercero sería una acción personal contra el deudor.

El único problema que se plantea en este caso es el de, - si puede considerarse como convencional cuando: el pago es hecho por un codeudor no solidario de una obligación divisible, quien sólo debe una parte de la deuda y paga toda; cabe preguntarnos, estamos frente a una subrogación convencional o frente a una legal, o frente a ambas? O sea convencional por un lado y legal -- por otro? Considero que en este caso estamos a presencia de una convencional, pues no podemos hablar de las otras dos situacio-- nes, por las razones siguientes: 1) El codeudor no solidario, sólo está obligado a pagar su parte, ya que la obligación es divi-- sible, y pagando éste lo que le corresponde, ya el acreedor no - tendría acción contra él; y

2) Porque por la parte que debe o sea, por la que es co-- deudor solidario, no tiene calidad de tercero interesado, sino - que de deudor directo, que si paga esa parte está pagando su obligación, por lo que no podría subrogarse en los derechos del acreedor para convertirse en acreedor de él mismo.

Por lo expuesto, vemos que el codeudor solidario no tiene ningún interés en que se cancele el resto de la deuda y si él --

quiere pagarla, este pago solamente va en beneficio del acreedor, porque le evita tener que entenderse separadamente con cada uno de los deudores y demandar a cada uno el pago de su cuota, por lo que en este caso, el codeudor no solidario que paga la totalidad de la deuda, encontrará gran facilidad en que el acreedor lo subrogue en sus derechos, pero sin que pueda obligarlo, ya que la subrogación convencional pende de la voluntad del acreedor.

SEGUNDO REQUISITO: "Que el acreedor subrogue voluntariamente en sus derechos o dicha persona". La Cesión de Derecho, está sujeta a la voluntad del cedente; pues, nadie puede obligarlo a efectuar la Cesión.

En este requisito, la voluntad del acreedor tiene papel muy importante, ya que no opera de mero derecho (Subrogación Legal), sólo el propietario puede disponer de las cosas que le pertenecen; y la subrogación tiene por objeto poder hacer valer al subrogado los derechos del subrogante; por lo tanto, es el mismo acreedor que debe subrogar; el único que tiene derecho de hacerlo, como que la subrogación importa una disposición de bienes que le pertenecen. Pues Claro dice el Art. 1479 que esta subrogación opera en virtud de una convención del acreedor.

Se plantea una interrogante que se deduce del Art. 1446 C. que nos está diciendo a quien debe hacerse el pago para que éste sea válido, y nos enumera una serie de personas; además del acreedor mismo, a la persona que la ley o el Juez autoricen a recibir por él, a las que le hayan sucedido en el crédito, aún a título singular o a la persona diputada por el acreedor para el cobro;-- el problema es: Que si todos los que tienen facultad para recibir el pago por el acreedor, tienen derecho de subrogar?

La respuesta es SI cuando la facultad de recibir el pago, es una derivación del poder de administración; el tutor, el curador, el mandatario general, que tienen derecho de recibir el pago como administradores, puesto que el subrogante no queda obligado con la subrogación; y si subrogando, recibe el pago más fácilmente que esperándolo del deudor, el administrador mejora con la subrogación la condición de la persona cuyos intereses administra, por lo tanto, estas personas si pueden subrogar. Pero cuando el que recibe el pago obra como un mandatario especial, como una persona simplemente diputada para recibir el pago, y cuyo poder está limitado al cargo que desempeña, la respuesta es NO, pues según el Art. 1892 C, el mandato sólo confiere poder para los créditos del mandante, y tampoco le permite al mandatario, salirse de los límites del mandato, de donde se concluye que el mandato para reci

bir el pago no da derecho para subrogar.

TERCER REQUISITO: "Que la subrogación se haga expresamente". La Cesión de Derechos, por su misma naturaleza, es expresa, desde luego que tiene que manifestarse en el instrumento donde consta la cesión.

Este requisito reviste la importancia que refleja la subrogación convencional en todos sus aspectos, ya sea, en el aspecto aquel que debe ser el acreedor quien voluntariamente subroga al tercero en sus derechos, por lo que tiene que expresar su voluntad de una manera expresa y no tácita; y además en el aspecto jurídico que resulta del pago de la deuda y los efectos de la subrogación, expliquemos mejor este punto: sabemos que el pago extingue la obligación y con ello todos sus accesorios, y de aquí como ya lo explicaremos mas adelante, sólo de una manera figurada excepcionalmente puede considerarse que sigue existiendo una deuda que se cancela; de tal manera, que es necesario que expresamente se manifieste esa declaración de voluntad, porque de lo contrario, si no se manifestara expresamente que se subroga al tercero, se estaría haciendo un verdadero pago y con ello trayendo las consecuencias del mismo o sea extinguiendo la obligación principal con todos sus accesorios; en el caso de la subrogación legal, esta declaración, no es necesaria pues la suple la ley.

La manifestación de voluntad del acreedor de subrogar, es timo que no está sujeta a una fórmula sacramental, ya que la ley nada dice al respecto, lo único que requiere es, que se manifieste claramente la intención de subrogar, esto es, de hacer pasar los derechos del acreedor al tercero que le paga.

El Art. 1479 en lo pertinente dice: "O en virtud de una convención del ACREEDOR", o sea, que el artículo en mención está refiriéndose a que está en la voluntad del acreedor subrogar al tercero, ésto es, que si sólo es facultad de una persona, el acreedor en este caso, subrogar o no, no podemos hablar de subrogación tácita, pues es necesario que se diga expresamente que acepta subrogar al tercero en sus derechos, pues de lo contrario estaríamos en lo planteado al principio, o sea, a presencia de un verdadero pago; por eso aunque la ley no diga claramente que el acreedor deba expresar que subroga, debe presumirse que así debe ser, por las razones ya expuestas y además, porque con referirse el artículo a la regla de la Cesión de Derechos, se aplican éstas y se sabe que no hay cesión tácita.

CUARTO REQUISITO: "Que conste en el documento de pago que el acreedor subroga". La Cesión de Derechos, se hace constar siempre en el instrumento en que se efectúa el pago, ya que con la simple entrega del pago, no da lugar a presumir la Cesión, pues debe hacerse mención expresa de lo que está cediendo.

Este requisito tiene importancia bajo dos puntos de vista: 1) Como prueba de que el acreedor lo ha subrogado en sus derechos; y 2) Por la necesidad de cumplir con la ficción legal a que más adelante haremos referencia, o sea, si el pago es hecho lisa y llanamente la deuda queda extinguida en el mismo instante en que el pago se efectúa y no podría posteriormente al pago, venir el acreedor a decir que subroga en sus derechos al tercero, porque ya se han realizado actos que están regulados por otra institución o sea la del pago y no podríamos poner en juego la ficción legal que ocurre en la subrogación; en cambio si es en el mismo documento es que se hace el pago, que se expresa que lo subroga, se considera como que es todo en el mismo instante y no da lugar a que parezca que se ha hecho un pago lisa y llanamente, pudiendo en esta forma, entrar en juego esa ficción legal a que nos referimos y ese pago no extingue ninguna obligación, dejando en consecuencia las cosas como están, únicamente cambiando de acreedor, pero subsistiendo todo lo demás en el estado en que se encontraba antes.

Es más, de esta forma se evita que pueda hacerse revivir fraudulentamente un crédito extinguido por el pago, con la intención de procurar una preferencia a nuevos acreedores sobre acreedores antiguos de grado inferior al acreedor pagado.

Como ya habíamos dicho, este documento sirve de prueba también, pues con eso se demuestra de manera inequívoca, que se trata de un pago efectuado con subrogación, pues el tercero debe demostrar por algún medio que el acreedor había aceptado subrogarlo y ese medio de prueba, no puede ser verbal, ya que por tratarse de obligaciones de más de \$200.00 que deben constar por escrito; también por escrito debe probar sus pretensiones, por lo que ese documento le sirve de prueba.

QUINTO REQUISITO: "Que se sujete a la regla de la Cesión de Derechos".

Analizando este quinto requisito, que dicho sea de paso, aparentemente sería el único que en nuestra legislación requeriría para que se diera la subrogación convencional, o sea los mismos de la Cesión de Derechos y en el cual deberían conjugarse los anteriores requisitos, y no ponerlo como un requisito distinto, -

ya que el artículo 1481 asimila totalmente la subrogación conven
cional a la Cesión de Derechos, no considero que sea prudente, -
dado el estudio que nos hemos propuesto hacer, dejar pasar por -
alto los cuatro requisitos ya estudiados, que aunque también con
curren en la Cesión de Derechos, es importante resaltarlos de --
una manera especial por cuestiones de fondo y comprender en este
último requisito, las cuestiones puramente de forma de subroga--
ción convencional y los requisitos que podríamos llamar previos
a la entablación de una ejecución entre el deudor, sin olvidar -
en ningún momento que a la luz de nuestro Código la subrogación
convencional se regulará por las reglas de la Cesión de Derechos,
pero por razones prácticas en su estudio la hacemos de esta manera
sin olvidar tampoco, la consideración anterior, referente a
que por medio de este Art. se quiso traer unidad en la legisla--
ción; pero ésto no quiere decir tampoco, que aún dentro de la Cesi
ón de Derechos no podamos reconocer como requisitos de fondo y
de forma, los que acabamos de estudiar, que son comunes a ambas
instituciones y que antes estaban separados.

En este último requisito agruparemos, aquellos que nosotros
consideramos de forma y que se refiere al procedimiento a seguir,
una vez llenados aquellos cuatro requisitos enunciados anterior--
mente, ya que es en lo referente, a que pese a que el deudor no -
tiene porque intervenir, en lo que el acreedor y el tercero hacen,
tiene interés en conocer el cambio de acreedor que en virtud de -
esa operación se efectúa, por lo que hay que notificársele y to--
mar en cuenta los efectos de la notificación, así como la forma -
en que debe hacerse y que está regulado en los artículos 1962 y --
siguientes de nuestro Código Civil. Este requisito no podemos de-
cir que anula la validez de la subrogación, ya que este requisito
se exige únicamente para poderle exigir el subrogado al deudor --
que le pague a él, y para poder prevenir, que en caso de que el -
deudor le pague al primer acreedor, pues si hace ésto, y ya fue -
notificada la subrogación, este pago no lo libera del cumplimien-
to de su obligación y el nuevo acreedor siempre tendría las mis--
mas acciones contra él, cosa que no sucedería cuando no se ha he-
cho esta notificación, en que el pago sería perfectamente válido
para el deudor, extinguiéndose por lo consiguiente, todas las ac-
ciones del acreedor, quedando únicamente una acción personal del
subrogado contra el subrogante, de repetir lo pagado.

Los requisitos de forma que se requieren para la subrogación
convencional serían entonces: "La entrega material del documento
donde consta la existencia de la subrogación" y cuando "se trate -

de subrogarse en los derechos de un acreedor hipotecario, la inscripción del traspaso de la hipoteca en el Registro de Hipotecas, según lo exige el Art. 22 del Reglamento del Registro de Propiedad Raíz e Hipotecas, que al exigirlo para la Cesión de Derechos, se entenderá exigirlo para la subrogación convencional en virtud del Art. 1481.

Con haber analizado en esta forma la subrogación convencional he querido demostrar que tanto con la redacción primitiva como con la actual del Art. 1481, la subrogación convencional, no sufre ninguna alteración por el cambio de redacción de la disposición en comento, abonando con ésto un argumento más, a lo que trataremos a continuación, o sea, que la reforma de este artículo -- obedece más bien a una razón práctica del legislador, de unificar la regulación de dos instituciones asímiles.

CRITICAS QUE SE LE HACEN AL ART. 1481.

Al decir el artículo 1481, que la subrogación convencional seguirá por las reglas de la Cesión de Derechos, está equiparando en un ciento por ciento, la regla subrogación convencional con la Cesión de Derechos dice, Mannel Somarriva Urdurraga, (55) y continúa diciendo, que esa situación se confirma más al tenor del Art. 1482, que al hablar de los efectos de la subrogación, lo circunscribe a los efectos de la subrogación legal. Conclusión inobjetable entonces, el Código Salvadoreño equipara cien por ciento la subrogación convencional con la Cesión de Créditos. Será ésta una buena solución jurídica? La respuesta está en el conocimiento que se tiene de que existen diferencias fundamentales entre la naturaleza jurídica de la Cesión de Créditos y del pago con subrogación, resulta evidente que no se justifica, y que desde el punto de vista jurídico, es criticable esta equiparación absoluta que hace el Código Salvadoreño entre ambas instituciones.

Hay otros que afirman que el legislador confundió las dos instituciones al regularla en esa forma o sea, al considerarlas -- como dos cosas idénticas, dejando por un lado todo el sentido y -- significado propio que tiene la institución del pago con subrogación, sin tomar en cuenta sus características especiales que la -- diferencian de la otra institución y llegan a opinar que si iba a regular en esa forma mejor hubiera sido no decir nada sobre la -- subrogación convencional y cuando se necesitara efectuar algo semejante, se siguiera de una vez como una Cesión de Derecho y que

(55) Curso de Derecho Civil Impartido por Manuel Somarriva U. el 14 de Noviembre de 1962.

sería más preferible la omisión del legislador, a confundir dos instituciones que tienen diferencias fundamentales. (56).

Estoy en parte de acuerdo, con las críticas que desde el punto de vista doctrinario y jurídico, se hace a este artículo, o mejor dicho, a la forma como nuestro Código regula el pago con subrogación, y digo en parte, porque en mi opinión, respetando - la de los demás, considero que nuestro legislador no confunde los términos, pues de las mismas palabras de don Manuel Somarriva Un durraga, y de los que sostienen que mejor no se hubiera regulado la subrogación convencional y del Art. en comento, podemos colegir que el legislador no confundió las dos instituciones, puesto que al regular en el artículo en mención, que la subrogación con vencional, se regirá por las reglas de la Cesión de Derechos, es tá admitiendo que son distintas; pero que pese a eso, se regirán por las reglas de la Cesión de Derechos; en cambio, si no se hubiera dicho nada respecto a ella en el Código, si hubiera habido motivo de confusión, pues no se sabría si fue una omisión del le gislador o si confundió los términos y creyó que la subrogación convencional era lo mismo que una Cesión de Derechos, en cambio al hablar de ella en el capítulo del pago con subrogación, y de ahí remitirla a la Cesión de Derechos está reconociendo que se - trata de dos cosas distintas.

La justificación de este artículo la considero más de ín- dole práctica que doctrinaria, pues si bien es cierto, que se -- trata de dos instituciones distintas, no es menos cierto que am- bas y especialmente en la subrogación convencional tienen puntos de contacto, teniendo sus semejanzas, como lo acabamps de demos- trar al analizar los requisitos de fondo y de forma de ambos, -- por lo que para evitar equívocos o confusiones en la reglamenta- ción de una u otra institución o evitar repetir en artículos se- parados lo mismo, el legislador prefirió que se rigieran por unas mismas reglas y fue así que remitió la subrogación convencional, a las reglas de la Cesión de Derechos, unificando su reglamenta- ción, por razones de índole práctica y/^{no} jurídica. Además recorde- mos también que el pago con subrogación no tiene, como lo vere-- mos más adelante, ninguna justificación jurídica, a la vista de los tratadistas del Derecho, sino que práctica. Por esas razones es que estoy en parte de acuerdo, con las críticas hechas, pero sólo en lo referente a las de índole doctrinario y jurídico y no con aquellas que afirman que el legislador, confunde las dos ins

(56) Esta opinión la sostienen algunos compañeros y Aboga- dos con quienes comenté el tema.

tituciones, pues como lo demostramos, no es cierto.

Art. 1482. "En la subrogación legal, por el hecho del pago, se traspasan al nuevo acreedor todos los derechos, acciones, privilegios y garantías del antiguo, ya sean contra el deudor principal, ya contra terceros obligados solidaria o subsidiariamente a la deuda.

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".

En la edición de 1860, el contexto de este artículo, que en aquel entonces correspondía al 1546; era el siguiente: Art. 1546: "La subrogación, tanto legal como convencional, traspasan al nuevo acreedor todos los derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal, como con--tra cualesquiera terceros obligados, solidaria o subsidiariamente a la deuda.

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 solo ha pagado una parte del crédito".

Con esta redacción apareció en las ediciones de los años -- de 1880 y 1893 regulado en los Arts. 1554 y 1498, respectivamen--te; no fue sino, en virtud de la ley del 22 de octubre de 1903 --- que se reformó el inciso primero de este artículo, dejando con la redacción del texto antiguo el inciso 2o., por eso en la edición del año de 1904 apareció redactado en la forma actual en el Art. 1500; para que en la edición de 1912, fuera el Art. 1482 que no ha sufrido ya ningún cambio en su enumeración en las ediciones --posteriores.

La reforma sufrida por este artículo, fue consecuencia de la reforma del artículo 1481, que al remontar la subrogación convencional a la Cesión de Derechos, hizo necesario que se suprimiera de este artículo todo lo que a esa clase de subrogación se re--fiera.

Es poco lo que ha cambiado este artículo en relación con -- el derecho antiguo, que como lo vimos anteriormente, el subrogado, se beneficiaba de todos los accesorios del crédito, de todas las garantías; siendo en su origen el único efecto de la subrogación y que dicho sea depaso, es todavía hoy con su mayor interés, pero actualmente el efecto de la subrogación es más completo, ya que el subrogado también se beneficia del crédito mismo que ha pagado.

Nuestro Código en virtud de la reforma antes apuntada, ---

vino a cambiar su redacción primitiva que era igual a la que actualmente tiene el Código Civil Chileno, con lo que se aparta de éste. Ambas legislaciones se apartan en este artículo de la redacción del Código Francés, ya que pese a que en el fondo son los mismos efectos los que determinan tanto unos como otros, cambian la terminología empleada en la redacción de cada artículo. El Art. 1252 del Código Civil Francés dice: Art. 1252. "La subrogación establecida por los artículos precedentes tiene lugar tanto contra los fiadores, como contra los deudores; no puede perjudicar al acreedor cuando no haya sido pagado sino en parte; en este caso puede ejercitar sus derechos, por lo que se le siga debiendo, con preferencia a aquel del que no haya recibido más que un pago parcial".

Las palabras que emplean las disposiciones nuestras al igual que la Chilena son hasta cierto punto pleonísticas, por repetir lo mismo, pero se justifican porque en el antiguo derecho se había discutido mucho sobre los derechos que se transmitían por la subrogación, y prueba de ello era que en Francia, Remusson no admitía que la subrogación pudiera operar contra los fiadores en caso de ser hecha por convención del deudor; no debe dependerse, decía, de un deudor que ha prestado fianza, hacer cambiar a su fiador de acreedor cuando ocurra. (57). Con lo anterior se viene a comprender la razón del porqué en el Código Francés se dice que la subrogación tiene lugar contra los fiadores, terminando así, con esas diversidades de opiniones que en el antiguo Derecho Francés se suscitaban.

Este artículo regula los efectos de la subrogación legal, sabemos que por medio de la subrogación permanece inalterable la relación jurídica, ya que la misma obligación, subsiste, con el único cambio de que varía el acreedor quedando inalterable el resto. (En el capítulo referente a si extingue efectivamente la subrogación la obligación, ampliaremos este punto). En atención a este artículo es que el deudor está en la misma situación frente a su nuevo acreedor, como lo estaría, frente al acreedor primitivo; es decir, no cambia absolutamente nada, pues los mismos derechos que tenía el acreedor primitivo, tiene éste, así como, las mismas defensas o excepciones que el deudor tenía contra el acreedor primitivo tiene contra éste.

Pero lo más importante de este artículo, es el de señalar con mucha precisión el efecto que produce la subrogación respecto

(57) Explicaciones de Derecho Civil Chileno, Luis Claro Soler. Tomo XII de las obligaciones. Pág. 276.

al tercero que paga; así como la situación en que queda el subrogante, este artículo es explicativo y como dice Somarriva, escasi redundante, al ponerlo en comparación con el artículo 1696 C., que habla de los efectos de la Cesión de Créditos o Cesión de Derechos pues ese artículo dice: que la Cesión de un Crédito comprende sus fianzas, privilegios, e hipotecas, mientras que el 1482 dispone - que la subrogación legal, por el hecho del pago, se traspasan todos los derechos, acciones, privilegios y garantías del antiguo, ya sean contra el deudor principal, ya contra los obligados solidaria o subsidiariamente a la deuda. Es más amplio, más preciso, más claro, entonces el legislador en este artículo de la subrogación, que en el referente a la cesión de derechos.

Dos son los efectos que produce la subrogación legal, sea cual sea su fuente, efectos que se deducen del contexto del artículo: 1) El subrogado se coloca en el lugar del acreedor ya satisfecho, porque ha efectuado un pago.

Con el hecho de colocarse en el lugar jurídico del acreedor, el subrogado además de beneficiarse de todos los accesorios del crédito, de todas las garantías, se beneficia del crédito mismo que ha pagado; para el caso: Si se trata del crédito de un vendedor, tendría a su disposición la acción resolutoria; si el crédito consta de un título Ejecutivo, podrá interponer su acción ejecutiva. El subrogado se coloca, pues, en el mismo lugar jurídico del acreedor a quien pagó; pero para ponerse en ese lugar, el subrogado necesariamente ha tenido que dejar satisfecho al acreedor y para que esto ocurra es necesario un pago; razón por lo que se ha sostenido que el pago con subrogación constituye, a la vez, una subrogación y un pago.

Pero este artículo que plasma con toda claridad lo que es la subrogación, o sea la transferencia de los derechos del acreedor a un tercero, que le paga, llega en un momento dado a dar una ligera duda en lo referente a que la subrogación carecería de valor respecto de los terceros no obligados. O sea, aquellos terceros que no son obligados ni personal, ni hipotecariamente a la deuda; pero la verdad, es que el subrogado puede hacer uso de todos los derechos que el subrogante tenía en razón de su crédito.

Veamos un caso: Sabemos que el hecho del pago cancela la obligación y por ende todos sus accesorios, podría darse el caso, que si una persona que es segundo acreedor hipotecario del deudor, al darse cuenta que el primer acreedor hipotecario ha sido pagado, por un tercero que ocupaba referente al deudor el grado de tercer

acreedor hipotecario, quiera hacer valer su crédito colocándose como primer acreedor hipotecario, en vista de que el primer acreedor fue pagado por el tercer acreedor hipotecario; en el caso --- planteado, este segundo acreedor hipotecario no es ningún tercero obligado, ni solidaria, ni subsidiariamente, por lo que al parecer, como habíamos hecho ver anteriormente según la redacción del artículo en comento, el subrogado no tendría derecho de interponer ninguna acción, pues el artículo dice que las acciones, privilegios, etc. ya sean contra el deudor principal, ya contra tercero obligados solidaria o subsidiariamente a la deuda; como veremos ésto es falso, ya que el subrogado puede hacer uso de todos los derechos que el subrogante tenía en razón de su crédito. Por consiguiente el subrogado podrá alegar preferencia para el pago con el producto del inmueble hipotecado, porque el hecho del pago, dada la subrogación con que se ha efectuado, no ha extinguido la deuda ni la hipoteca, las cuales se han traspasado al subrogado para asegurarle el reembolso de lo que ha pagado al acreedor, por lo que puede hacer valer la preferencia del crédito del acreedor en cuyos derechos se subrogó. Ya que claramente lo dice el Art. 1482, que se traspasan todos los derechos etc. Y hace una enumeración completa de todo lo que en virtud del crédito se puede transferir.

No considero necesario por estar claro, y haberlo dicho ya en una forma general, cuales son todos esos derechos, acciones, privilegios, etc. que se traspasan, pues con sólo decir en términos sencillos, que lo único que cambia es la persona del acreedor y no lo demás, debemos entender que esos derechos, acciones, privilegios, etc., son los que emanan del crédito mismo. Considero así, responder a esta interrogante, cumpliendo con la claridad que se precisa para entender este artículo, ya que ese es el efecto de la subrogación por lo que considero demás importancia responder a la pregunta que en este momento nos formulamos, de: si hay algunos derechos que no se transfieren con la subrogación?

La respuesta que se dé a esta pregunta, si es en sentido afirmativo, podría establecer la que consideraríamos la excepción a este artículo, de lo contrario, estaríamos a presencia de una disposición que no tiene ninguna excepción y por consiguiente que la subrogación legal comprende todos los derechos que tiene el acreedor primitivo.

Para establecer una respuesta a esta interrogante, es necesario entender cuales son los derechos que emanan en favor del acreedor de una obligación, y según sean éstos veremos si pueden o

no transferirse (nótese que digo derechos que emanan de una obligación, pues esos son los que se transfieren por la subrogación). Hay derechos que no emanan directamente de la obligación, sino que de ciertas calidades inherentes, ciertas prerrogativas o derechos personalísimos que tienen que ver de una manera u otra con la obligación, pero que pese a no ser derechos que emanen de una forma directa con la obligación, tienen que ver con ella en un momento dado. En cuanto a los primeros no hay ninguna duda al respecto, pues no tratan de los comprendidos en el artículo en estudio, por lo que la respuesta a la pregunta formulada la encontraremos en esa otra clase de derechos que acabamos de enunciar.

Con base a lo dicho, modificaremos la pregunta inicial, ya en una forma más concreta, o sea: Si traspasa al tercero subrogante, estas facultades especialísimas que pueden tener el acreedor en un momento determinado? Veamos unos ejemplos donde se encuentran en favor del acreedor algunos de esos derechos. El artículo 2248 C. dice: "La prescripción ordinaria puede suspenderse, sin extinguirse: en ese caso, cesando la causa de suspensión, se le cuenta al poseedor el tiempo anterior a ella, si alguno hubo."

Se suspende la prescripción ordinaria, en favor de las personas siguientes:

1) Los menores, los dementes, los sordo-mudos y todos los que estén bajo patria potestad o bajo tutela o curaduría". Pues bien, suponiendo que el acreedor primitivo es incapaz, por lo que está gozando del beneficio o de la suspensión de la prescripción en el artículo transcrito le otorga, en este caso estamos en presencia de un derecho que aunque no emana de la obligación, si tiene que ver con ella, puesto que el deudor, mientras esté gozando el acreedor de ese beneficio no le puede oponer la excepción de la prescripción, entonces la pregunta sería: Por el hecho de la subrogación se transmitiría a ese derecho al que se subroga? La respuesta es NO, porque por muy amplio que sea el traspaso de los derechos, no pueden referirse a aquellos que emanan de cierta calidad particularísima que puede tener el subrogante, ya que la ley se refiere al incapaz y el hecho de que el acreedor primitivo sea incapaz no por eso y por efecto de la subrogación, se va a hacer incapaz al que subroga, siendo ésta una persona capaz. Es más, haciendo el parangón de la subrogación en que sólo se está refiriendo a la transferencia de determinados derechos, con la sucesión por causa de muerte, donde hay una transmisión amplia de los derechos que le corresponderían al causante, el Art. 952 C. en su inciso 2o. se refiere que se sucede al difunto en sus obligaciones

transmisibles, reconociendo tácitamente que hay obligaciones que son intrasmisibles, y esas son principalmente aquellas que la ley considera como personalísimas, por ir inherentes a la persona humana y que representan una calidad propia de ella, por lo que no se puede transmitir; como se ve entonces, ni aún aquí, se pueden transmitir todos los derechos, pese a la amplitud de la sucesión, mucho menos se puede pensar que en el pago por subrogación se --- transfieran esos derechos, siendo que ésto no tiene la amplitud de aquella, por lo que sería absurdo sostener la tésis contraria, ya que como lo dejamos dicho, se trata de derechos que representan una calidad propia e inherente a la persona.

Otro ejemplo sería, si nos colocamos en el caso del Art. - 18 Pr. y del 954 Pr. referente a la situación en que se encuentra una persona que solicita obtener el beneficio de pobreza para litigar, y demos el caso que el subrogante goza de ese beneficio, - por ser una persona pobre, cabe preguntarnos: Se traspasa ese derecho que la ley le da al subrogante, al subrogado, aunque ésta - sea una persona que tenga capacidad económica suficiente? La respuesta es a todas luces negativa, pues sería absurdo pensar que - si el subrogante puede invocar ese beneficio, también puede hacer lo el subrogado, no obstante de que sea un hombre de dinero. Si a lo anterior le agregamos también que está el Art. 959 Pr., que es establece que en cualquier estado del juicio, se le puede revocar el beneficio conferido toda vez se pruebe que es una persona que no debe gozar de él. Esto nos coloca aún más en la posición de reforzar nuestra argumentación en el sentido de que éstos derechos son personalísimos y que están inherentes a la persona por lo que no pueden transferirse, ya que en el ejemplo propuesto sólo se puede favorecer a la persona que verdaderamente lo necesita y aún a --- ella misma se le puede revocar ese beneficio una vez mejore su fortuna.

En conclusión, los derechos que se transfieren según el -- Art. 1482 son los que emanan directamente de la obligación y no - aquellos derechos que pese a tener relación con la obligación, no emanan de ella, sino de una calidad personal del sujeto, por lo - que ese artículo no es absoluto, ya que no comprende esos dere--- chos, o sea, que el acreedor no transfiere todos los derechos, -- puesto que esos a que nos hemos venido refiriendo son considera-- dos como intransferibles.

En lo que se refiere al segundo inciso del Artículo 1482, ya nos referimos a él cuando hablamos de los casos contemplados - en el Art. 1480 C., y más concretamente en el primer caso, pero .

no obstante, haremos un estudio profundizando más en él. Partiendo de lo dicho anteriormente, para que se dé este caso es necesario que el acreedor acepte voluntariamente el pago parcial, ya -- que ninguna persona puede obligar al acreedor a recibir por partes lo que se le debe, ya que tiene el derecho de exigir la totalidad de la deuda, por lo que no debe entenderse que este inciso 2o. -- del Art. 1482 sea un derecho de los acreedores que se encuentran en desventaja con su crédito respecto al acreedor que pagan, para obligarlo a recibir el pago parcial, lo que la ley trata de regular es el caso en que el acreedor voluntariamente ha aceptado un pago parcial, pero que aún se le debe el resto; por lo que, lo -- que el artículo viene a hacer, es a permitir ese pago parcial, pero que no obstante ese pago, él siempre sigue gozando de la preferencia que le da su crédito, en lo referente a lo que no se le ha pagado.

Hay que hacer notar, que este pago parcial que contempla -- el artículo en mención, es un pago que no perjudica al acreedor, pues el que paga no se pone en igualdad de condiciones con él, -- pues el acreedor siempre quedará con su crédito preferente a lo -- no pagado, y el que paga no puede exigirle al deudor que cumpla -- su obligación, en lo referente a la parte del crédito en que se -- ha subrogado, antes de que la cumpla respecto al acreedor primitivo, en lo referente a la parte que se le reste debiendo. Ilustremos este punto con un ejemplo: a José, quien es acreedor por treinta mil colones le paga un tercero solamente quince mil colones; -- en este caso hay subrogación parcial, porque el crédito se ha pa--gado en parte, pero el acreedor que conserva parte de su crédito goza de preferencia con respecto al tercero que le paga, según -- el tenor del Art. 1482 inc. 2o. De manera que si Juan (tercero) -- le paga a José, quince mil colones de la deuda de Joaquín, Pedro sigue siendo acreedor de Joaquín por los quince mil restantes y -- tendrá preferencia para pagarse del saldo de su crédito por los -- quince mil colones, antes que a José, ya que la preferencia la -- tiene José y sólo hasta que se le haya cancelado el resto a José puede exigir Juan que se le cancele el adeudo.

Para concluir con el estudio de este artículo, estudiare--mos las acciones que tienen los subrogados para exigir del deudor el cumplimiento de la obligación; veamos el tercero que cancela -- y que se subroga, en la mayoría de los casos goza de dos acciones para recuperar lo pagado, 1) De la acción subrogatoria y 2) De -- una acción personal que se deriva de la relación jurídica que lo -- une con el deudor, per el hecho de haber pagado por la obligación.

El problema de cual acción se debe entablar depende según el caso particular en que se trata, pues en ciertos casos es preferible - ejercitar la acción subrogatoria y en otros la acción personal de rivada del vínculo jurídico, pero será la situación del momento, es decir, del caso particular, lo que determinará cuál acción apli car, ya que por tratarse de acciones que podríamos llamar de aquellas paralelas, que no se entrecruzan y pueden actuar libremente a voluntad del acreedor, quedan al arbitrio de éste decidir, cuál acción le conviene más emplear, según el caso de que se trate, na turalmente.

Art. 1483. "No obstante lo dispuesto en el artículo ante--rior para que las hipotecas que garantizan la deuda se traspasen al nuevo acreedor, no basta el solo hecho del pago, sino que ade--más debe hacerse constar el traspaso en el Registro de Hipotecas en virtud de mandamiento judicial.

Este mandamiento se librará a solicitud del nuevo acreedor, por el Juez o Tribunal que intervino en el pago que motiva la sub rogación, pero si ese pago se hubiere hecho privadamente y el tras paso de las hipotecas que garantizan la deuda no se hizo con las formalidades ordinarias, el nuevo acreedor pedirá el mandamiento ante el Tribunal que corresponde, quien, previa audiencia por vein ticuatro horas al acreedor primitivo y justificada la subrogación legal, accederá ala solicitud.

Bajo el Art. 1547 de la edición de 1860, aparecía la si---guiente disposición: Art. 1547. 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 dife--rentes préstamos o subrogaciones.

Esta disposición es igual a la del Código Civil Chileno que se encuentra regulada en el Art. 1613.

Con iguales términos aparece en las ediciones de 1880 y --1893 en los artículos 1554 y 1593 respectivamente. No siendo, si--no en virtud de la ley del 22 de Octubre de 1903 que es sustitui--do por el artículo actual, que apareció en la edición de 1904 en el artículo 1501; para que en la edición del año de 1912 apareciera bajo el Art. 1483, el mismo que se ha mantenido en las edicio--nes posteriores.

Como dijimos, y siempre haciendo un análisis comparativo - de la forma en que cada uno de los artículos del pago con subroga ción, se regula en la legislación Chilena y Francesa diremos que sólo con la redacción primitiva era igual, aquella disposición a

la Chilena, ya que en el Código Francés no se encuentra regulada, pues no hay ninguna disposición que se refiera a ello.

La redacción actual del artículo en comento, es propia de nuestra legislación, y no se encuentra disposición semejante en ninguno de los dos legislaciones apuntadas. Pero la verdad es que con este artículo nuestro legislador dió un paso adelante en la regulación del pago con subrogación, pues como lo veremos, con ello se resolvió un problema que se había suscitado entre los tradistas del derecho y que aún, actualmente en Chile no han logrado que haya una unidad de criterio sobre el tema.

Este artículo viene a ser, por decirlo así, una excepción al principio que se ha venido sosteniendo de que la subrogación legal opera de mero derecho por el solo hecho del pago; o sea, que si siguiéramos dicho principio, el del Art. 1482, por el sólo hecho del pago se traspasarían también las hipotecas que garantizan la deuda al que se subroga; pero el artículo en comento viene a romper ese principio y establece un requisito, sin el cual no se podría traspasar las hipotecas que garantizan la deuda, o sea, el de hacer constar el traspaso en el Registro de Hipotecas.

En otras legislaciones existe el problema de que no hay una regulación expresa al respecto, pues no dicen nada y queda la duda que si las hipotecas que garantizan una deuda se traspasa *Ipso-Jure*, como es el principio que sigue la subrogación o si hay que seguir otros requisitos, habida cuenta, de que la hipoteca es una institución con características muy especiales, sino, veamos como la hipoteca está unida al inmueble, no importando en manos de quien esté, pero este problema nosotros no lo tenemos, ya que está resuelto por medio del Art. 1483 en que manda que el traspaso debe hacerse constar en el Registro de Hipotecas, por lo que no opera *Ipso-Jure*, es decir, que no basta el simple hecho del pago para que también se traspasen las hipotecas que garantizan la deuda.

Con este artículo se rompe lo que podríamos llamar la unidad de la subrogación, unidad que se ve en el Art. 1482. Al decir que por el hecho del pago, se traspasan al nuevo acreedor todos los derechos, y acciones, es decir, que no se necesitan de otros actos, para traspasar los accesorios de la deuda, sino que sólo el pago; en cambio, este artículo rompe esa unidad, ya que establece que una cosa es el pago en sí, y otra el traspaso de las hipotecas, los cuales no se hacen en un solo acto, sino que por separado, ya que es muy claro el artículo en comento al

decir: "No basta el solo hecho del pago", considero que ha sido un gran paso el que nuestro legislador haya regulado de una manera expresa, lo referente a los trasposos de las hipotecas, pues resuelve un problema, que para otros legisladores es grande, ya que como dijimos anteriormente, por tratarse de una institución con características tan especialísimas como es la de hipoteca, -- que dicho sea de paso está sujeta a muchas formalidades, ha hecho que se dividan las opiniones de los tratadistas del derecho, pues se encuentran dos instituciones en pugna, una, el pago con subrogación que dice: Que de pleno derecho se transfieren todos los derechos, acciones, privilegios, etc., por el solo hecho del pago -- y en virtud de esta disposición también debería traspasarse las hipotecas; y la otra, que establece el requisito de que la tradición del Derecho de Hipotecas se verifica por la anotación del -- traspaso en el Registro de Hipotecas, de lo contrario no tendrá valor alguno, o sea que para traspasar las hipotecas es necesaria la anotación. La doctrina está dividida en esos países, cosa que no sucede en nuestro Derecho, porque el artículo en comento lo resuelve y no deja lugar a dudas. El inciso primero nos está diciendo que ese traspaso es en virtud de mandamiento judicial, o sea, que el Juez competente debe mandar al Registro la orden para que ese traspaso se realice.

Este mandamiento judicial se debe dar en todo caso que no se haya hecho el traspaso de las hipotecas en Escritura Pública, digo en todo caso, porque el artículo en comento los contempla todos, pues se refiere tanto al pago hecho en un juicio, y que se le paga al Juez, y el de oficio lo da (inciso primero), como cuando en el juicio no se le paga a dicho funcionario, sino al acreedor mismo, realizando el pago extrajudicialmente, o mejor dicho -- privadamente, como lo refiere el artículo; pero también no se crea que sólo cuando hay juicio es que el Juez tiene que librar -- el mandamiento judicial para que se traspasen las hipotecas, que garantizaban la deuda que se cancela, sino que aún sin él, pues -- si el pago se efectúa, se puede recurrir al Juez, para que dé el mandamiento judicial, con la salvedad de que estos dos últimos -- casos, como el pago no se ha hecho a presencia del Juez, y se presume el desconocimiento por su parte de lo acordado por las partes fuera del juicio, es que existe la necesidad de darle a conocer dicho arreglo, no para probar la validez o invalidez del pago, sino para justificar la subrogación y suplir por medio del mandamiento judicial, las deficiencias en que han incurrido el nuevo -- acreedor y el primitivo, cuando no han hecho con las formalidades

ordinarias el traspaso de las hipotecas, como por ejemplo: cuando el pago es hecho privadamente y en la misma forma se hace constar la subrogación y por ende el traspaso de la hipoteca se hace en la carta de pago, y no por Escritura Pública, requisito exigido para traspasar las hipotecas, por lo que para suplir la omisión de ese requisito, se deberá recurrir al Juez que está conociendo o al Tribunal que hubiera correspondido conocer, en caso de que no se hubiera seguido ningún juicio, para que libere el respectivo mandamiento. Encuentro muy acertada esta disposición, porque cuando el traspaso de las hipotecas que garantizan la deuda, no se ha hecho con las formalidades ordinarias, en Escritura pública para el caso, no podría el Registrador, con solo la vista del documento del pago y el deseo de las partes interesadas en que la subrogación se efectúe, manifestado en ese documento, hacer el traspaso, pues se estaría tomando atribuciones que no le pertenecen, ya que sus funciones son meramente administrativas, razón por la cual no podría calificar él si hay subrogación o no, máxime si hay una ley expresa que le está diciendo como debe hacerse el traspaso de las hipotecas para que pueda inscribirse, por lo que es función de un Juez (Jurisdiccional) el de dar o negar la autorización para que se efectúe el traspaso.

Con lo antes expuesto, se deja más claro lo argumentado cuando comenzamos a analizar dicho artículo, en lo referente a que eran dos actos distintos e independientes entre sí, que aunque teniendo como factor común una deuda, siempre estaría por un lado, el pago propiamente dicho y el traspaso de las hipotecas; por lo que mi criterio es, que toda vez que se haga el pago privadamente(58) y no se llenen las formalidades ordinarias para que se efectúe el traspaso de las hipotecas, es necesario el mandamiento judicial, pero si se ha hecho el pago privadamente y se han llenado los requisitos ordinarios para efectuar dicho traspaso, no es necesario ese mandamiento, pues el Art. es muy claro al decir: "Pero si ese pago se hubiese hecho privadamente y el traspaso de las hipotecas que garantizan la deuda no se hizo con las formalidades ordinarias", o sea, que este mandamiento sólo le librará cuando no se llenen las formalidades ordinarias para efectuar el traspaso, de lo contrario no será necesario.

(58) Privadamente: debe entenderse ya sea dentro de un juicio, pero que fuera de él se hace el pago, extrajudicialmente; y cuando no hay ningún juicio. No debe entenderse como sinónimo de escritura privada.

Este inciso 2o. del Art. 1483, tiene la característica especialísima, de establecer el procedimiento a seguir, digo especialísima, porque se toma atribuciones que no le pertenecen, pues no es la ley sustantiva la que tiene que regular los procedimientos civiles, Considero que en este sentido hizo mal nuestro legislador, al establecer en este artículo el procedimiento a seguir, pues, está dando atribuciones que no le corresponde regular a la ley sustantiva, creo que lo correcto hubiera sido, que en lo que se refiere al procedimiento a seguir, en los casos que dicho artículo contempla, mejor nos hubiera remitido al Código de Procedimientos, que es donde se debe regular, Lo anterior viene a reforzar aún más nuestra argumentación de que tanto en el pago, como en el traspaso de las hipotecas, se trata de dos actos distintos e independientes entre sí, pues este artículo regula de una forma lo que es el pago en sí, admitiendo que puede efectuarse en una forma privada, etc. y de otra forma el traspaso de las hipotecas, ya que establece el procedimiento, pues reconoce que dicho traspaso debe llenar los requisitos ordinarios que establece la ley para que tenga validez, de lo contrario, o sea, cuando estos requisitos no se han llenado, se debe recurrir al Juez para que extienda el expresado mandamiento, admitiendo con ello que el traspaso no opera por el solo hecho del pago, que como se ve, primero se pagó y posteriormente al pago, el Juez ordenó el traspaso, haciendo éste último en un acto distinto al del pago, con formalidades también distintas a las requeridas para el pago.

CAPITULO III

DIFERENCIA ENTRE EL PAGO CON SUBROGACION Y LA CESION DE DERECHOS.

La semejanza que estas dos instituciones tienen entre sí, tiene su explicación histórica, ya que si recordamos lo dicho anteriormente, la subrogación legal resulta de la amalgama de dos -- instituciones romanas, una de ellas la Cesión de Acciones, que -- era una verdadera transmisión de derechos y acciones; y la otra, la *successio in locum creditoris* (Sucesión en el lugar del acree-- dor), simple Cesión del rango hipotecario. Por eso es que la sub-- rogación partidipa de la naturaleza del pago y de la Cesión de -- Créditos, ya que en gran parte constituye una transferencia de cré-- dito; pero, por seguir siendo un pago, no puede ser asimilada en-- teramente a la Cesión de Créditos, siendo por lo consiguiente di-- ferentes una de la otra, y precisamente por ser diferentes no obs-- tante la gran semejanza que guarda, es que es necesario hacer re-- saltar lo que diferencia una institución de la otra.

Dijimos que estas dos instituciones tienen sus semejanzas o puntos de contacto, pero no establecimos cuáles eran, por lo -- que, antes de establecer las diferencias, por cuestión de orden -- expondremos los puntos de contacto, para continuar después con -- las diferencias. Esos puntos de contacto se pueden establecer a -- través de dos importantes puntos de vista a saber; 1) Su lo vemos desde el punto de vista del acreedor, en ambos estamos a presen-- cia de un cambio de acreedor y este cambio no hace sufrir ninguna alteración a la obligación, ya que ésta subsiste en los mismos -- términos que se contrajo, pues, en la Cesión, el Cesionario reem-- plaza al cedente en la relación jurídica; y en el pago con subro-- gación, el tercero que paga toma el lugar del acreedor; y 2) Si -- lo vemos desde el punto de vista de los derechos que se traspasan, también hay semejanza, pues, son los mismos derechos los que pasan del cedente al cesionario que los que pasan del acreedor que reci-- be el pago, al tercero que lo verifica subrogándose en los dere-- chos del acreedor. Son estos grandes puntos de contacto que hacen que estas dos instituciones se asemejen, y en efecto, no podría -- ser de otra manera dado el origen histórico que dejamos ya expues-- to del pago con subrogación.

Existen diferencias profundas entre ambas instituciones, -- siendo más acentuadas éstas, con la subrogación legal. Aquí, en es-- te punto estableceremos por separado las diferencias existentes -- entre la Cesión de Créditos, y las distintas clases de subrogación legal o convencional, ya que por virtud del Art. 1481, la subroga--

ción convencional se regula por las reglas de la institución con la cual la queremos diferenciar y que hace, que no todas las diferencias con la subrogación legal sean para la convencional.

a) Diferencias entre la subrogación convencional y la Cesión de Derechos:

Como dejamos dicho, dada la redacción del Art. 1481, es difícil determinar a simple vista la diferencia entre una y otra, pero si vemos detenidamente el artículo en mención, nos daremos cuenta que no arremete contra la naturaleza de la subrogación, -- contra el objeto de ella, ya que sólo dice que la subrogación convencional se sujetará a las reglas de la Cesión de Derechos, por lo que es precisamente en la naturaleza de la Cesión de Derechos, por lo que es precisamente en la naturaleza de cada una de las -- instituciones que se encuentran las diferencias, y así nos damos cuenta que en la Cesión hay un acto especulativo, existe un espíritu de lucro de parte del cesionario que adquiere el crédito, ha sabido una verdadera venta del crédito, en la cual el cesionario ha adquirido el crédito a un precio distinto del valor real del crédito, con el objeto de beneficiarse con ellos, ya que el deudor deberá pagar la totalidad del crédito y no lo que el cesionario pagó; en cambio en la subrogación convencional, no existe ese ánimo de lucro, sino que más bien el tercero que paga por el deudor lo hace en el deseo de ayudarlo, ya que no hay ninguna venta, sino que un verdadero pago hecho por el tercero al acreedor, y es en virtud de ese pago que el acreedor lo subroga, por lo que el deudor deberá pagar únicamente la suma que el tercero desembolsó, sin importarle cual es el monto de la deuda, pues, si el acreedor, aunque no recibiera el pago total consiente en dar por pagada toda la deuda, esta situación aprovecha al deudor y no al tercero, pues éste solamente tiene acción para reclamar lo que desembolsó, cosa que como dijimos no sucede en la Cesión de Créditos, en que el cesionario tiene derecho de exigir el pago de la totalidad de la deuda, aunque lo haya adquirido por menos de su valor nominal.

Otra diferencia la encontramos en las acciones que poseen uno u otro. En la subrogación, por regla general, el tercero que paga además de la acción subrogatoria en los derechos del acreedor, puede gozar de una acción personal para obtener la restitución de lo pagado; no acontece lo mismo en la Cesión donde existe unidad de acción y el cesionario sólo puede demandar al deudor -- ejercitando los derechos del cedente.

Otra diferencia, la cual es muy discutida, en lo que a la

subrogación convencional se refiere, porque con la legal no hay duda, es la que se establece del Art. 1697, cuando nos habla de la obligación de garantía, por medio de la cual el cedente se hace responsable de su calidad de acreedor, de la existencia del crédito al momento de la Cesión. Para mayor ilustración transcribiremos el artículo: Art. 1697. "El que cede un crédito a título oneroso, se hace responsable de su existencia al tiempo de la Cesión, esto es, de que verdaderamente le pertenecía en ese tiempo; pero no se hace responsable de la solvencia del deudor, si no se compromete expresamente a ello; ni en tal caso se entenderá que se hace responsable de la solvencia futura, sino sólo de la presente, salvo que se comprometa expresamente la primera; ni se extenderá la responsabilidad, sino hasta la concurrencia del precio o emolumento que hubiere reportado de la Cesión, a menos que expresamente se haya estipulado otra cosa".

En cambio, en la subrogación no existe la obligación de garantía del acreedor que recibe el pago; con ésto no quiero decir, que si en un dado caso, el que paga se dá cuenta que el acreedor no tenía el carácter de tal, no tenga ninguna acción contra él, pues si la tiene, ya que puede ejercer la acción de repetición del pago de lo no debido, pero ésta es una acción distinta a la que emana de la obligación de garantía que es más amplia que la otra.

Dijimos que esta diferencia era muy discutida, en lo que a la convencional se refería, porque hay quienes afirman, que al estar asimilada la subrogación convencional a la Cesión de Derechos, este artículo también le es aplicable, por lo que en la subrogación convencional, concluyen, se establece también la obligación de garantía. No estoy de acuerdo con esta tésis, pues si nos fijamos en el Art. 1697, es taxativo al decir cuando es la obligación de garantía, o sea, cuando la Cesión es a título oneroso, en cambio si la Cesión no es a título oneroso, no se da esa obligación de garantía.

Para comprender mejor este punto, expliquemos mejor que quiere decir el artículo 1697 cuando dice: es a título oneroso; el Art. 1311 C. dice: que un contrato es oneroso cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio de otro, y el Art. 1312 hace una clasificación de los contratos onerosos en "Conmutativo" y "aleatorio". De dichos artículos podemos concluir que los contratos onerosos son aquellos que representan una utilidad, en beneficio a las partes que están tratando, y si vemos las clasificaciones que de dichos contratos

hace nuestro Código, veremos que la Cesión de Derechos es un contrato oneroso conmutativo, ya que la Cesión de Derechos no consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, sino por el contrario, el cesionario sabe positivamente cual puede ser su ganancia o pérdida, con solo ver el valor del crédito que compró, por lo que no podríamos decir que sea aleatorio, de tal suerte, que debemos entender que el Art. 1697 se está refiriendo a los contratos onerosos conmutativos. Sabemos que la compraventa es un contrato oneroso conmutativo, y si partimos que la Cesión de Créditos, es una verdadera venta, a diferencia de la subrogación que es un pago, no podemos hablar que este Art. 1697 abarque también a la subrogación convencional, cuando él mismo manifiesta: "Que cuando se cede un crédito a título oneroso" es cuando se da la obligación de garantía y no en otro caso; en efecto: el subrogante no está obligado a la garantía de existencia, porque no es vendedor, recibe solamente lo que se le debe; por lo que no podría tratarse de garantía donde no ha habido venta, ya que como he venido sosteniendo, una de las diferencias entre la Cesión y la subrogación es que en la primera existe un ánimo de lucro y que el cesionario se pone en el lugar jurídico del cedente, en virtud de la compra que le hace de su crédito, es una verdadera venta, cosa que no sucede en la subrogación, porque el subrogado se pone en el lugar jurídico del subrogante, en virtud de un pago y no de una venta, pues no existe ánimo de lucro. Es más, la subrogación no es un contrato oneroso, pues según se desprende del Art. 1311, el contrato es oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, cosa que no sucede en la subrogación, pues ni el subrogado, ni el acreedor que lo subroga, llevan por objeto perseguir alguna utilidad, ya que el subrogado sólo puede reclamar lo que desembolsó y el acreedor que lo subroga, recibe únicamente lo que se le debe, por lo anterior, es que considero que el Art. 1697 no comprende a la subrogación convencional, y sea ésta una diferencia entre ambas.

b) Diferencias entre la Cesión de Derechos y la Subrogación Legal.

Las diferencias establecidas entre la subrogación convencional y la Cesión de Derechos, son aplicables también a la subrogación legal, por lo que aquí enumeraremos aquellas que sólo concurren entre la subrogación legal y la Cesión de Derechos, dejando por establecido que también son diferencias, las que dejamos ya sentadas, pero por no repetir, las omitimos.

La primera diferencia se desprende del inciso lo. del Art.

1480, al decir que la subrogación legal se realiza aún contra la voluntad del acreedor, pues ésta no se ha establecido en su interés, sino que en el del tercero que paga, pues es él quien está interesado en suceder en los derechos del acreedor, cosa que no sucede en la Cesión de Derechos, que es siempre voluntaria, o sea, que no se realiza mientras el acreedor no consienta en ella, ya que la Cesión de Derechos es una verdadera venta, y la venta aprovecha a la vez al vendedor y al comprador, considerada como contrato conmutativo en su recíproco interés (1).

Otra diferencia; es que la subrogación legal, por el hecho de ser en interés del tercero, que puede en un momento dado estar en peligro, porque el deudor principal no cumpla con su obligación de verse perseguido por el acreedor, para que le cancele la deuda que debió pagar el deudor, es que ha establecido la ley, que una vez hecho el pago opere de mero derecho la subrogación, es decir, por el solo ministerio de la ley, cosa que no sucede en la Cesión de Derechos, que es siempre voluntaria, porque pende de la voluntad del acreedor vender o nó su crédito, y ni la ley ni nadie pueden obligarlo a venderlo.

Una última diferencia sería: Que en la subrogación legal, en caso de pago parcial de la deuda, el acreedor tiene preferencia sobre el tercero que se subroga para obtener el saldo de crédito. No acontece lo mismo en la Cesión de Derechos, porque si se cede parcialmente, conservando una cuota el cedente, no tiene privilegio o preferencia sobre el cesionario para pagarse el saldo; ambos concurren en las mismas condiciones, en igualdad jurídica.

No quiero terminar este capítulo, sin referirme al Art. 1698, que al parecer da una diferencia entre la Cesión de Derechos y la subrogación legal, al decir: Art. 1698. "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". Con ésto podría darse a entender, que por el hecho de que en el pago con subrogación, no se diga nada sobre lo que este artículo prohíbe, se pueden aplicar las reglas de la subrogación, a las letras de cambio, acciones al portador, etc. y que sería ésta una diferencia. El problema es más aparente que real, ya que como sabemos, en materia mercantil, lo que se busca es agilizar las operaciones que en el comercio se realiza, ya que los trámites son más rápidos, cosa que no sucede en materia civil, sino veamos como ejemplo: en el cheque, se subroga a una persona con

(1) Luis Claro Solar. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado Tomo XII de las Obligaciones.

el simple endoso, lo mismo que en las acciones al postador, etc. Entonces, es lógico pensar que el legislador quiere significar - con este Art. 1698, que con ésto no se contradice las disposicio nes del Código de Comercio, o de leyes especiales, y en las cua- les dije anteriormente hay una gran agilidad en el trámite. Este artículo se aplica a la subrogación convencional, aunque considero que está demás esta disposición, puesto que el Art. 4 está di- ciendo, Art. 4: "Las disposiciones contenidas en los Códigos de - Comercio, de Minería, del Ejército y Armada y demás especiales, - se aplicarán con preferencia a las de este Código", Como Vemos no era necesario que el Art. 1698 lo dijera, ya que aunque callara - al respecto, siempre se iban a aplicar las reglas del Código de - Comercio. Con lo anterior, vemos que, aunque no se diga nada en - lo referente a la subrogación legal, tampoco se aplicarán esas -- disposiciones, a las letras de cambio, etc. es más, dijimos que - la subrogación legal, sólo opera cuando la ley misma lo manda, -- por lo que en materia mercantil, solamente que la ley lo diga, po drá haber subrogación, en el capítulo anterior nos referimos a -- los casos de subrogación legal del Código de Comercio. No es, -- pues, ésta una diferencia entre la subrogación y la Cesión de De- rechos, ya que como lo dejamos demostrado, lo mismo rige para am- bas instituciones, pues considero que la única razón que pudo te- ner el legislador para dar esta disposición era la de recalcar -- que los únicos créditos que comprende este capítulo, son los cré- ditos nominativos, ya que sí recordamos la clasificación de los - créditos, en cuanto a la forma como están expedidos, éstos pueden ser: nominativos, a la orden y al portador, según sea que se indique la persona del acreedor y que éste no puede cederlo mediante endoso; o que estén expedidos con la frase sacramental, por así decirlo, a la orden de una persona determinada; o que no tenga nin- gún acreedor nominado, sino que el acreedor será el tenedor del - crédito. Vemos pues, que por exclusión de las otras clases de créditos, sólo regulará la Cesión de Derechos, los créditos nominativos, y nuestro legislador quiso con esta disposición recalcar esa situación, pues la otra clase de créditos (a la orden y al porta- dor), son los que comprende el Art. 1698, como los que se regula- ron por el Código de Comercio; pero repito, yo considero que está demás esta disposición.

Quiero terminar este capítulo, transcribiendo un párrafo - de Scaevola, en el cual se sistetizan con una bonita figura, la - semejanza y diferencia de estas dos instituciones, el pago con subrogación y la Cesión de Derechos, dice así: "Subrogación es la --

sustitución de un acreedor por otro como consecuencia del pago de la deuda. En ésto se diferencia de la Cesión, pues aunque algunos autores llegan a considerar sinónimos estos dos términos, es indudable que su relación no es de semejanza, sino de coincidencia, pudiendo ser equiparada a la que tienen entre sí las circunferencias secantes, puesto que obedeciendo distinto motivo, teniendo un centro diferente, ocupan en parte el mismo espacio; y así, si la subrogación procede del pago, al fin y al cabo se traduce en una Cesión de Derechos, como la Cesión, en sí misma independiente de la subrogación, tiene a su vez el efecto natural de traspasar al cesionario, cuantos derechos corresponden al cedente contra el deudor. (2).

(2) Quintus Mucius Scaevola. "Código Civil, Tomo XIX de las Obligaciones". Página 114.

CAPITULO IV

I- JURISPRUDENCIA SALVADOREÑA Y EXTRANJERA.

A nadie escapa la importancia de la Jurisprudencia que sobre una materia ha sentado una legislación, pero esa Jurisprudencia es - nuestro medio, seduce al mínimo por decirlo así, desde luego que únicaⁿmente he podido encontrar una sentencia que comprende los artícu-- los.

Pese a que el pago con subrogación es una institución de gran utilidad práctica, en la vida de los particulares, y que a diario se están dando un sinnúmero de casos, no es menos cierto que quizá por la naturaleza misma del documento de crédito en que el tercero se subroga, que no se llega a discutir en los Tribunales la procedencia o improcedencia de la subrogación, y si a eso agregamos además, que en la mayoría de documentos, de mútuo generalmente, en que los deudores

cuenta la urgencia que tienen en satisfacer sus necesidades, renuncian a todos los derechos procesales que puedan renunciarse en el momento de celebrar el contrato, como es el de renunciar a su domicilio y someterse al que su acreedor señale, renunciar al derecho de apelar de la sentencia de remate y toda providencia apelable, atándole en esa forma, a la sentencia del Tribunal, sin que trascienda a otra instancia.

Después de que exponamos la sentencia que forma parte de la Jurisprudencia Nacional, en lo referente al pago con subrogación, - nos referiremos por considerarlo de importancia y que en un momento dado podría servirnos a algunas sentencias que forman parte de la Jurisprudencia de otros países, con lo cual nos daremos cuenta del criterio que siguieron para interpretar sus disposiciones legales. Para lo cual he logrado obtener la de los países siguientes: Argentina, - Colombia, Chile y Francia. En el capítulo siguiente transcribiremos íntegramente, las disposiciones legales en que está regulado el pago con subrogación en esos países, por lo que omiteremos en el presente capítulo dicha transcripción, conformándonos con solo enumerarlos y a continuación exponer la Jurisprudencia que le es aplicable.

2- JURISPRUDENCIA SALVADOREÑA.

En la revista Judicial, Tomo XLXIII en la página 496, se encuentra la sentencia con fecha 31 de marzo de 1943 de la Cámara de Tercera Instancia de lo Civil de San Salvador, la sentencia en que se tomaron en cuenta los Arts. 1480 No. 5; 1482 y 1483 inciso 2o. y otros, el fallo de la Cámara consistió en determinar que:

I- Ninguna eficacia legal tiene la prueba testimonial para --

justificar en mandato, si éste se refiere a la obligación de ceder y obtener a favor del mandante la cesión de unos créditos hipotecarios que valen más de doscientos colones, y por otra parte la documentación invocada por el actor no constituye un principio de prueba por escrito.

II- Un tercero que paga con su dinero deudas hipotecarias ajenas, queda subrogado legalmente en los derechos de los acreedores para el cobro de las deudas; pero si los acreedores en vez de ceder -- sus derechos al tercero que paga, cancelan los créditos hipotecarios, como si la propia deudora hubiese pagado, incurren en responsabilidad civil respecto de dicho tercero; más si éste renuncia tácitamente a sus derechos, todo reclamo que haga en juicio a uno de los acreedores tratando de hacer efectivo esa responsabilidad pecuniaria, no tiene fundamento legal y procede la absolución del demandado.

El caso concreto al que se refiere la Jurisprudencia anterior consistía en lo siguiente: la casa comercial "H de Sola e hijos" representada por don Herbert De Sola, era acreedora hipotecaria de la señora Francisca Rodríguez Roger v. de Ferrer, así como también lo era Meardi Hermanos. El hijo de esta señora, don José Ferrer se sacó ₡ 30.000.00 colones en la lotería nacional, y con parte de ese dinero, ₡ 28.200.00 que le entregó a don Herbert De Sola, el señor Ferrer, quería que le traspasaran a su nombre las deudas hipotecarias de su madre, para lo cual ya había dado su madre el consentimiento tácito; pero el señor De Sola, en los libros de contabilidad anotó la entrada de los ₡ 28.200.00 colones, como un pago a la deuda que tenía la señora v. de Ferrer y no efectuó el traspaso de las hipotecas, con lo cual se subrogaba legalmente en sus derechos el señor Ferrer; posteriormente la señora v. de Ferrer, vendió a don Angel Bettaglio las propiedades hipotecarias, haciendo constar en ese momento, que se le cancelaba la deuda a los De Sola y Meardi Hermanos, haciendo relación también, que con anterioridad la deudora ya había -- cancelado parte de la deuda, los ₡ 28.200.00 que el señor Ferrer había dado. En el juicio apareció agregada una carta del señor Ferrer dirigida a don Herbert De Sola, en la cual le decía entre otras cosas que le había pagado parte de la totalidad de la deuda con lo que se sacó en la lotería, etc. y que así como le hizo quedó bien hecho etc.

Así a grozo modo el caso concreto, la Cámara estimó que había subrogación legal, y que si los De Sola, no habían subrogado a don José Ferrer, sino que por el contrario cancela los créditos hipotecarios como si la deuda hubiera pagado, incurren en responsabilidad civil respecto del señor José Ferrer para devolverle la cantidad dada

por él, más las respectivas indemnizaciones, hasta allí bien, pero -- como la Cámara también consideró, que con la carta antes dicha en -- que le decía al señor Herbert De Sola, pues así como se había hecho estaba bien, eso equivaldría a una renuncia tácita de sus derechos, pues al decir, esa expresión, el actor estaba aceptando la forma en que se hizo la cancelación, o sea, como si fuera la deudora quien directamente realizó el pago, y en base a ello absolvió el demandado,

En la regista judicial, Tomo XLVIII en la página 575, aparece la sentencia pronunciada el 11 de septiembre de 1943 por la Cámara -- de Tercera Instancia de la Civil de San Salvador, en la cual se re-- fiere a visa de ejemplo a los Arts. 1489 y 1483 C., en que se ordena que el traspaso de las hipotecas que garantizan una deuda, debe ha-- cerse constar en el Registro de Hipotecas. El caso que motivó la sentencia se refería a que una persona le cedió un crédito hipotecario a otra, y no hicieron constar el traspaso de la hipoteca en el Registro de la Propiedad Raíz, y cuando la acreedora a quien se le había cedido el crédito quiso hacer valer su garantía de primera hipoteca con que estaba garantizado el crédito cedido; la Cámara falló, que -- tal como en la subrogación legal, en que no basta el solo hecho del pago, para que las hipotecas que garantizan el crédito se traspasen al nuevo acreedor, sino que es necesario que se haga constar el traspaso en dicho Registro, Arts. 1482 y 1483 C. Por lo que la cesionaria sólo había obtenido un crédito personal y como tal, no se podía cancelar con preferencia a un crédito que estaba garantizado con segunda hipoteca. La Cámara reconoció la existencia de esa garantía hipotecaria, pero que sólo podía ser ejercida por el cedente, pues a nombre de él estaba en el Registro de Hipotecas, y que al cesionario -- únicamente había adquirido un crédito personal, por no haber llenado los requisitos que la ley establece para que se traspasen las hipotecas.

Quedó establecida en definitiva la Jurisprudencia de la si--- guiente manera:

I- Para que el cesionario de un crédito hipotecario adquiriera el derecho real correspondiente a la hipoteca, y sea portador legítimo ese crédito, con derecho a ejercitar la respectiva acción real, -- es preciso cumplir previamente con el requisito esencial de inscribir la cesión del crédito hipotecario en el Registro correspondiente. De lo contrario, será el cesionario dueño únicamente de un crédito -- personal, sin ningún derecho preferencial de pago con el producto -- del inmueble hipotecado y embargado.

II- El fallo de un Tribunal que descansa en la doctrina sus-- tentada en el párrafo anterior, no adolece de nulidad alguna alegada

en recurso extraordinario de nulidad.

Estas han sido las únicas sentencias que puede encontrar referente al pago con subrogación, siendo un poco pobre en lo que a ello se refiere nuestra Jurisprudencia.

3- JURISPRUDENCIA ARGENTINA (1)

Art.767. La Jurisprudencia Argentina contempla en este artículo una situación muy especial que a mi modo de ver, de un mismo acto nace un verdadero pago y un nuevo crédito.

El fallo dice así: "No se subroga en los derechos del primer acreedor hipotecario, el prestamista que al constituirse una segunda hipoteca se reserva el dinero necesario para levantar la primera y la paga, porque en este caso actúa como mandatario, del deudor" (2a. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Gaceta del Foro, noviembre 10 de 1917. Pág. 57).

Ya habíamos dicho, que en el caso resuelto estamos a presencia de un pago y el nacimiento de un nuevo crédito y no puede ser de otra manera, pues como acertadamente la resuelve la Jurisprudencia Argentina, si una persona presta dinero a otra y con ese mismo dinero que en el presente caso esta garantizado con primera hipoteca, aunque este pago sea hecho por el nuevo acreedor, no podrá subrogarse en los derechos del acreedor pagado, y se mira como un verdadero pago que extingue la deuda y sus accesorios. Y no podría ser de otra manera, pues el nuevo acreedor realmente lo que ha hecho en este caso es facilitarle el dinero al deudor para que pague la deuda anterior y al extinguirse dicha deuda con ella se extingue la primera hipoteca, por lo que el nuevo acreedor siempre estaría bien garantizado porque una vez extinguida la primera hipoteca, por su orden, la que le garantiza su crédito pasaría a ocupar el primer grado, dejándolo en un lugar preferente para que cuando él quiera recuperar su crédito pueda hacerlo, y su crédito comprende tanto lo que le entregó al deudor, como lo que le dió al acreedor de su deudor.

Otro fallo, con el cual se viene a reforzar el criterio de que por medio de la subrogación se transmiten todos los derechos que emanan, no sólo del crédito, sino los personales del acreedor subrogado, para conservarlo, es este: "Un acreedor subrogado puede entablar interdicto de recobrar la Posesión". (Cámara Federal, Gaceta del Foro, Enero 26 de 1917. Página 182).

Otro fallo interesante y que viene a ser una excepción de la

(1) Tomadas de la Obra del Dr. Daniel Antokoltz. Código Civil Argentino. Tomo I.

regla general de que la subrogación es de créditos no de deudas, para el caso sería: "Que un deudor subsidiario, no podría ser subrogado por el deudor principal, para que pague por él, la deuda que le reclama su acreedor"; (el fallo a que nos referimos establece esa regla general), pero a su vez da una excepción y es cuando ha habido contrato, entiendo que se refiere el fallo, a que conste expresamente en el contrato la intervención del asegurador (deudor subsidiario), y no al contrato en sí. Dice así: "La subrogación que regula el Art. 767 es de créditos no de deudas; pero el demandado puede solicitar la intervención subsidiaria del asegurador mediando contrato". (2a. Cámara de Apelaciones de lo Civil, Gaceta del Foro, Marzo 30 de 1927, Página 215).

Sobre los artículos 768, 769 y 770 del Código Civil Argentino, no hay Jurisprudencia.

Art. 771. Un fallo que establece por decirlo así la igualdad de derechos que tienen los acreedores subsidiarios, ya que ninguno de ellos puede tener mejores ni distintos derechos que el principal, o sea que no se podrá pretender tener otros derechos que el acreedor principal, sino que, quien marca la pauta para determinar los derechos que tienen es el principal. Dice así la sentencia: "Un acreedor subsidiario no puede tener otros ni mejores derechos que el principal". (Suprema Corte de Justicia Nacional, 2a. serie volúmen VIII, - 1877, Causa CXX, página 95).

Art. 772. Jurisprudencia, Ninguna.

4- JURISPRUDENCIA COLOMBIANA (2)

El pago con subrogación, se encuentra regulado en los Arts. 1666 a 1671 inclusive, encontrándose dos sentencias que se refieren al artículo 1668; por considerarlo de importancia transcribiré la interpretación de la Corte Suprema, del Art. 1666; dice así: "Como lo sostienen varios expositores del Derecho es incuestionable que el codeudor solidario que paga la totalidad de una deuda a que se halla obligado adquiera dos acciones contra su codeudor: la subrogatoria, procedente de la subrogación verificada por ministerio de la ley, -- por razón del pago hecho al acreedor, sea que éste le ceda sus derechos o no la personal o sección de reintegro o reembolso de lo que -- aquel pagó por éste, nacida del hecho mismo del pago; y la cual puede provenir de un contrato o mandato, si el codeudor por quien pagó lo ha comisionado al efecto, o del cuasi contrato de agencia oficiosa, si ha precedido sin autorización expresa o previa de él. En ---

(2) Tomada de la Obra de Jorge Ortega Torres, Código Civil.

ejercicio de la primera de las acciones indicadas el subrogatorio, - en virtud de la subrogación, sea legal o convencional, ocupa el lugar y la posición jurídica del primitivo acreedor, de quien adquiere todos sus derechos, acciones y privilegios, prendas e hipotecas que garanticen el crédito, conforme a lo dispuesto en los Arts. 1666 a 1670 del Código Civil, pero queda también sometido a las normas restrictivas que en punto de caducidad y prescripción de la acción establezcan las leyes especiales que reglamentan lo relativo a dicho crédito; en tanto que la acción personal o de reembolso, nacida del pago hecho por otro, que pudiéramos llamar directa o por derecho propio, ya que no proviene del primitivo acreedor, no la concede a quien verificó el pago, privilegio o garantía alguna, pero su ejercicio -- queda sometido al derecho común y no lo afectan determinadas reglas que pueden restringir el ejercicio de la acción subrogatoria". (Cassación, 27 de Septiembre de 1943, Gaceta Oficial No. LVI, Página 163).

La Jurisprudencia del Art. 1668 (se refiere a la subrogación legal), dice así:

El primer fallo, que se refiere al No. 5 del Art. 1668, es en lo referente al consentimiento tácito del deudor, de que le pague su deuda un tercero. "El consentimiento tácito en el caso del ord. 5o. del Art. 1668 del C.C., no existe por el simple silencio de la persona que debe preguntarlo; se necesita la ejecución de un hecho que revele la intención oculta; en derecho el que calla ni otorga ni niega". (Sentencia, 26 de Febrero de 1894, Gaceta Oficial No. IX, Página 224).

Este fallo, confirma lo que sostuvimos anteriormente de que - el consentimiento tácito del deudor, se debe manifestar por ciertos actos inequívocos en caminados a demostrar que consiente en ese pago, pues si no hay ningún acto demostrativo del deudor en consentir en - ese pago, o en no consentir, no se mirará su silencio, ni como una - afirmación, ni tampoco como una negación.

Otro fallo y que viene a reforzar nuestra tesis, de que en materia de subrogación legal no cabe la analogía, sino que debe estar expresamente manifestada en la ley, dice así: "Los casos de subrogación determinados expresamente por la ley, no pueden extenderse a -- otros por analogía; pues en materia de subrogación hay una especie - de ficción de derecho que consiste en dar por vigente una deuda, que en realidad de verdad se ha extinguido, mediante el pago hecho por - un tercero al acreedor, y sabido es, que tales ficciones deben interpretarse restrictivamente". (Sentencia del 26 de Febrero de 1894, Gaceta Oficial No. IX, Página 224).

5- JURISPRUDENCIA CHILENA (3)

Las disposiciones legales que comprenden el pago con subrogación en la legislación Chilena son el Art. 1606 a 1613 inclusive, -- disposiciones que ya enunciamos cuando desarrollamos el capítulo II.

La sentencia de la Corte de Santiago, de 14 de Noviembre de 1913. Revista de Derecho y Jurisprudencia. T. 21, 1924, seg. parte, sección primera página 149. Ha fallado, en lo referente a en la subrogación legal, puede haber subrogación parcial que: "El pago de una parte del crédito hecho a un acreedor preferente produce la subrogación en su parte".

Otro fallo, en lo referente al ordinal 2o. del Art. 1610 dice: "Que embargado por el primer acreedor hipotecario el inmueble dado en garantía de su crédito y pagado a éste por orden del Juez el precio de la subasta, el subastador se subroga, por este solo hecho y por el ministerio de la ley, en todos los derechos, acciones e hipotecas de aquel acreedor hasta concurrencia de la cantidad pagada; y que abandonado más tarde dicho inmueble por el subastador, a consecuencia de la acción de desposeimiento ejercitado por un segundo acreedor -- hipotecario no citado al primer juicio, el comprador puede hacer valer contra el segundo acreedor los derechos que correspondían al primero, en virtud de la subrogación y por el precio pagado por él". -- (Casación, Sentencia 26 de Septiembre de 1919, revista de Derecho -- y Jurisprudencia, T. 17, 1920, seg. parte, sec. prim. página 542).

En esta sentencia se ve claramente la importancia de esta clase de subrogación legal, que cuando la estudiamos detenidamente en su oportunidad, dijimos que en apariencia no tenía sentido, de que el dueño de la finca se subrogara en los derechos que un acreedor hipotecario tenía sobre su propio inmueble.

Otro fallo, referente al mismo ordinal 2o. del Art. 1810 es el que se pronunció para rechazar la casación de una sentencia en -- que se alegaba no había subrogación de parte del comprador que había pagado al primer acreedor hipotecario, el caso concreto dice Luis -- Claro Solar es el siguiente: Un Banco, acreedor Hipotecario, cobrando ejecutivamente su crédito que ascendía a \$ 26.365.40, sacó a remate el inmueble hipotecado, rematándose al fin por un tercero en el precio de \$ 22.222.22, que el subastador pagó al Banco y pidió se le cancelara la hipoteca, lo que así se hizo. Un segundo acreedor hipotecario, no citado al remate, del inmueble embargado por el Banco se presentó después ejercitando su acción hipotecaria contra el subasta

(3) Tomada de la Obra Luis Claro Solar. Explicaciones de D. C. Chileno y Comparado. Tomo XII, de las Obligaciones.

dor quien le abandonó el inmueble; pero alegó preferencia para el pago de \$ 22.222.22 que el había pagado al Banco como precio de su subasta invocando la subrogación. Por sentencia de la Corte de Talca de 22 de Junio de 1917, que confirmó sin variación la del Juez de Primera Instancia, se declaró válida la subrogación y que no era tendible la alegación de que cancelada la inscripción de la hipoteca del Banco no era procedente la preferencia invocada por el tercerista como subrogatorio del Banco desde que la subrogación se había efectuado legalmente. La Corte Suprema para rechazar el recurso de casación interpuesto contra este fallo tuvo presente: "Que para que se efectúe por ministerio de ley la subrogación, o sea, la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero, que le paga y que ha comprado un inmueble que está hipotecado a favor de aquél, basta que el tercero comprador sea obligado a pagar al acreedor y que efectivamente efectúe el pago"; y que el subastador al pagar en el hecho al Banco ejecutante, se subrogó por este solo hecho y por el ministerio de la ley, en todos los derechos, acciones e hipotecas del antiguo acreedor hasta la concurrencia de la cantidad pagada; y por consiguiente, al declararlo así la sentencia recurrida no ha violado las disposiciones de los Arts. 1608, 1609 y 1610 y 2434 del C.C., sino que les ha dado cabal cumplimiento". (Casación, fondo de 26 de Septiembre de 1919, Revista de Derecho y Jurisprudencia. T. 17, 1920 segunda parte, sec. prim. página 524).

Otro fallo, es el referente al ordinal 5o. del Art. 1810, que trata del consentimiento expreso o tácito del deudor, en que un tercero le pague su deuda. La Corte Suprema ha resuelto que: "La existencia o no existencia del consentimiento del deudor importan un hecho de la causa que corresponde establecer a los Jueces del fondo, apreciando, para hacerlo, con Jurisdicción exclusiva todos los antecedentes pertinentes" (Casación, fondo 28 de Septiembre de 1908, Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 6, 1908 seg. parte sec. prim. página 58. Ese mismo criterio se siguió en la Corte de Santiago, 16 de Junio de 1916). (Revista, T. 14, 1917, seg. parte, sec. seg. página 22).

6- JURISPRUDENCIA FRANCESA (4)

En pago con subrogación está regulado en esa legislación en los artículos comprendidos desde el 249 hasta el 1252 inclusive.

En lo referente al No. 3 del Art. 1251 ha fallado la Corte Francesa, para demostrar que la ley se refiere, cuando dice: "Al que

(4) Tomada de la Obra Mazeaud, Derecho Civil Parte II y de Luis Claro Solar, Explicaciones de Derecho Civil Tomo XII "De las Obligaciones".

ha comprado un inmueble, no solo a todo inmueble corporal negociable, sino también por regla general, a los inmuebles incorporeales. Por -- consiguiente, se refiere al comprador de la propiedad plena, total o parcial del inmueble hipotecado y a la propiedad solamente o al usufructo, y en general a todo derecho real inmueble que es susceptible de hipoteca. La Corte de Casación Francesa ha aplicado esta disposición de la ley a la concesión perpetua de un derecho de extracción -- del predio del concedente de la materia, apropiada a la fabricación de la porcelana, a la sentencia de la Corte de Apelaciones que había desconocido la eficacia de esa subrogación". (Casación, Cir. Sentencia de 28 de Diciembre de 1853. Dalloz. P. 1854, I Págima 10).

Otro fallo, en lo referente a en que momento es que se debe -- hacer la subrogación convencional, la "Corte de Gremoble, en un caso en que un acreedor había prometido la subrogación antes del pago; -- que era por lo tanto, un pago con subrogación; y en la carta de pago, dada en el momento de efectuarse éste, se reservó el derecho de realizarla posteriormente; la Corte admitió la subrogación porque tal ha -- bía sido la intención de las partes y había sido hecha así al mismo tiempo que el pago, entendiendo que nada se oponía a que la subrogación se realizara en un acto posterior al pago; pero su resolución -- fue casada por la Corte Suprema, según la cual había un obstáculo -- en la ley, cuyo texto preciso no dejaba a la disposición de las partes, ni de los Tribunales el cuidado de establecer las reglas y las garantías que pueden asegurar la validez de la subrogación convencional. (5).

Otro fallo, dado por la Corte Francesa, referente al Art. --- 1250 incisos 1o. y 2o. para establecer la diferencia entre la subrogación convencional consentido por el deudor y la consentida por el acreedor, estableciendo que el único caso en que el acreedor puede -- subrogar al de solvens (tercero que paga) es cuando el pago ha sido hecho directamente por el Tercero "solvens" y también la Jurisprudencia aplica la regla del Art. 1250 inciso 2o. diciendo que el único -- caso en que el deudor puede subrogar al tercero, es cuando el tercero ha entregado los fondos al deudor, que se los ha entregado por sí mismo a su acreedor. (Req. 3 de Febrero de 1936, cfe. infra. lectu-- res) Resumiendo, sólo cuando el deudor paga directamente al acreedor, con dinero del tercero es que puede subrogarlo el deudor.

El fallo de la Corte de Casación vino a suavizar un poco el -- rigor de la Jurisprudencia anterior, al establecer que el Solvens -- puede ser subrogado por el acreedor cuando, aunque no le haya entre-

(5) Puede verse la sentencia en Dallz, Rep. V Obligations Tomada de Claro Solar.

gado directamente el dinero, le haya dado mandato para efectuar el pago; la sentencia a que hago referencia dice:

"La Corte: Sobre el motivo único, basado en la violación de los artículos 1250, 1984 y siguientes y 2101 del Código Civil, del artículo 549 del Código de Comercio y del artículo 7o. de la ley del 20 de Abril de 1810, por falta y contradicción de los fundamentos y por carencia de base legal; Considerando que la Banca Gaillard, Ceillier, Lévesque y Cía., ha demandado su inclusión, porque se ha subrogado, en una suma de 272.424.25 francos, en los derechos de los obreros o empleados de dicha sociedad, a quienes ha pagado, para liberación de la sociedad y por subrogación convencional, desde principios de marzo de 1930 a fines de Julio del mismo año.

"Considerando que por haber juzgado la Corte de Apelaciones (de Rennes), confirmando, por adopción de los fundamentos y por motivación propia, un fallo del Tribunal de Comercio de Nantes, que la Banca Gaillard, Ceillier, Lévesque y Cía. justificaba su privilegio por la suma de 272.424.25 francos, el recurso reprocha a la sentencia impugnada el haber fallado así cuando da por probado que la Sociedad L. y C. había efectuado por sí mismo con el dinero anticipado por la banca, el pago de los salarios a los obreros, y que en consecuencia, la subrogación no podía resultar para la banca prestadora sino de un documento de préstamo y de un recibo otorgados ante Notario.

Pero considerando que, para admitir la subrogación convencional de la banca en el crédito privilegiado de los obreros de la Sociedad L. y Cía, frente a su patrono, la sentencia declara que, si los fondos necesarios para el pago han sido entregados a los obreros por mano de L., provenía de la banca misma que, para saldar la deuda de L., le había encargado efectuar el pago a los derechos habientes; y que, al proceder así L., no se comportaba sino como mandatario de la banca, por estar probado dicho carácter por diversas circunstancias de hecho, apreciadas soberanamente por la Corte.

"Considerando que, de acuerdo con los hechos probados y las apreciaciones de los mismos, la Corte de Rennes ha justificado legalmente su resolución, sin violar los textos legales citados como motivos.

"Rechaza" (Req. 3 de Febrero de 1936, 1936 I 128).

Otro fallo y que consagra la opinión de la Corte Francesa que explica la subrogación por la ficción de una cesión; desde que se reputa cedido el crédito, se sigue que el subrogado tiene todos los derechos que adhieren al crédito; es colocado en todo y por todo en el sitio y lugar del acreedor a quien paga; puede todo lo que él podía

para satisfacción de su crédito nacido del pago con subrogación. Dice así: "Por efecto de la ficción que sirve de fundamento a la subrogación, sea legal, sea convencional, el crédito satisfecho se reputa subsistir con todos los derechos que le son inherentes, a fin de asegurar al tercero, que es subrogado, la eficacia de su recurso para el reembolso de lo que ha pagado". (Sala de lo Civil, sentencia de rechazo de 3 de Abril de 1861 "Daloz, 1861, I. página 153").

No sin gran esfuerzo, dada la dificultad que ocasiona la falta de una buena fuente de información, logre reunir la Jurisprudencia transcrita, que nos proporciona una pequeña fuente de información para conocer el criterio que los tratadistas del derecho de otros países, siguen en lo referente a esta institución que tanto beneficio práctico a traído y que es conocida como "El pago con subrogación". Espero haber llenado, en la medida de mis posibilidades, las exigencias que el tratar de un tema como es la Jurisprudencia extranjera requiere.

CAPITULO V

DERECHO COMPARADO

Siempre ha sido del criterio, de que la subrogación es una -- institución con características, propias que la hacen merecedora a -- ser considerada como una institución independiente y autónoma; pero los tratadistas del Derecho le han negado hasta la fecha esa autonomía, esa independencia que la diferencia de las demás, ya que lejos de diferenciarla han venido tratando de asimilarla a alguna de ellas, poniendo de manifiesto, como lo veremos en el capítulo siguiente, el temor de los tratadistas del Derecho de arremeter contra los cimientos de las ya tradicionales instituciones conocidas, como son el pago, la novación, la cesión de derechos, etc., sin darse cuenta que -- quiérase o nó, bajo cualquier ángulo que se vea, siempre habrán puntos radicales que las diferencian.

Creo que a la razón antes apuntada se debe que no haya unidad en las distintas legislaciones en la forma de ubicar en un cuerpo de leyes a la subrogación, pues como lo veremos a continuación, en algunos Códigos, como el Hondureño para el caso, no tiene una sección especial, sino que, en la sección correspondiente a la novación, se regula la subrogación; en otros países como Guatemala, a diferencia -- del nuestro que considera a la subrogación como una modalidad del pago, ésta la considera como una forma de transmisión de las obligaciones, ya que a pesar de estar regulada en un capítulo aparte, está -- comprendida en el título correspondiente a la "Transmisión de las -- Obligaciones". Bástenos por el momento para reforzar nuestra opinión, los ejemplos antes apuntados, ya que veremos detenidamente la forma como está regulado el pago con subrogación en los países de Centro -- América y en algunas otras legislaciones del mundo, y nos daremos -- cuenta como no hay unidad en ese punto, ya que aunque en el fondo no se altere la naturaleza jurídica de la subrogación, siempre existirá la gran divergencia entre una legislación y otra en la ubicación que en su cuerpo de leyes se le da a esa institución, divergencia que en mi criterio, es el resultado de negarle a la subrogación esa autonomía que le pertenece y que los tratadistas del Derecho no han querido darle.

Expondremos primero, la forma como está regulada la subrogación en las legislaciones de Centro América, para luego continuar -- con las legislaciones de otros países, y a través de esa exposición nos daremos cuenta sin ningún esfuerzo, de la forma diferente a la -- nuestra que está regulada y ubicada la subrogación, en esas legislaciones.

1) LEGISLACIONES CENTROAMERICANAS

GUATEMALA:

La legislación guatemalteca regula la subrogación en el capítulo II, título III del Libro V del Código Civil, es de hacer notar como lo habíamos dicho ya, que el Libro V de dicho Código trata "Del Derecho de Obligaciones" y el título III, del cual la subrogación -- ocupa el capítulo II, se refiere a la "Transmisión de las Obligaciones", por lo que concluimos que los legialadores guatemaltecos, a diferencia de los nuestros, consideran a la subrogación, como una forma de transmitir las obligaciones. La subrogación, pues, está com---prendida en el Código Civil de Guatemala en los Arts. 1453 a 1458 inclusive. Veamos:

Art. 1453. "La subrogación tiene lugar cuando el acreedor substituye en el tercero que paga, todos los derechos, acciones y garantías de la obligación".

Art. 1454. El que subroga no puede ejercer los derechos y acciones del acreedor, sino hasta la concurrencia de la suma efectivamente pagado por él para liberación del deudor.

Art. 1455. La subrogación tiene lugar por ministerio de la ley, sin necesidad de declaración alguna de los interesados.

1- Cuando el que es acreedor paga a otro acreedor que le es preferente;

2- Cuando el tercero que paga tiene interés jurídico en el -- cumplimiento de la obligación;

3- Cuando el tercero no interesado en la obligación paga con enuencia del deudor; y

4- Cuando un heredero paga con sus bienes propios alguna deuda de la herencia.

Art. 1456. Cuando la deuda fuere pagada por el deudor con dinero que un tercero le prestare con ese objeto, el prestamista subrogará el acreedor por ministerio de la ley, en sus derechos, si el -- préstamo constare en documento fraciente en que se declare que el dinero fue prestado para el pago de la deuda.

Art. 1457. La subrogación legal en provecho del que ha pagado una deuda a la cual estaba obligado con otros, lo autoriza a ejercer sus derechos y acciones del acreedor, salvo los efectos de la confusión en cuanto a la parte que corresponda al subrogado en la obligación.

Art. 1458. Si el subrogado le hubiere sido sólo en parte y -- los bienes del deudor no alcanzaren a pagar la totalidad del crédito, el pago se hará a prorrata.

La legislación guatemalteca, a diferencia de la nuestra, regula la subrogación en términos muy generales, ya que sus disposiciones en ese sentido permiten demasiada amplitud, ocasionando serios problemas de interpretación o de armonía con otras instituciones, para el caso está el Art. 1453 que determina cuando la subrogación tiene lugar, así como el que todos los derechos, acciones y garantías de la obligación pasa al tercero en virtud de la subrogación, sin decir nada respecto al traspaso de las hipotecas, ya que no vuelve a legislar sobre ello, presumiendo de conformidad a estas disposiciones que no se necesita de ninguna otra formalidad distinta de la subrogación para que se traspasen las hipotecas, ya que garantizan la deuda.

En lo que se refiere a la subrogación legal, que es a la única que se refiere la ley guatemalteca, ya que no dice nada de la subrogación convencional, esta clase de subrogación, permite demasiada amplitud. El Art. 1455 No. 1 da ese derecho a cualquier acreedor preferente, a diferencia con el nuestro que sólo la concede al preferente en razón de un privilegio o hipoteca. Es todavía más general en el No. 2o. cuando concede la subrogación legal en favor del que tiene interés jurídico en el cumplimiento de la obligación. No reconoce el consentimiento tácito del deudor, cuando un tercero no interesado en la obligación paga la deuda; uno de los problemas que debe ocasionar a los tratadistas de ese país en el No. 4 del Art. 1455, pues en la forma que está redactado ese numeral, se está atentando contra el verdadero objeto de subrogar al heredero que paga con sus propios bienes alguna deuda de la herencia, pues, si aceptamos que el heredero se mirará como una sola persona con su causante para el cumplimiento de sus obligaciones y el ejercicio de sus derechos, como es posible que se subroge en los derechos del acreedor, al heredero que paga deudas de la herencia, cuando ésta es lo suficientemente fuerte para cancelarla y aún dejar bastante capital libre. Se está atentando, pues, contra el objeto de esta clase de subrogación legal, ya que en la forma como está redactado y no decir nada del heredero beneficiario, da la impresión que no importa el monto de la herencia y las deudas para concederle al heredero la subrogación legal.

En Arts. por separado sigue regulando otras clases de subrogación legal, pero sin decir nada de la subrogación convencional y aunque el Art. 1454 contemple ese principio de que el subrogado sólo puede recuperar lo que pagó que la subrogación convencional, cuando se de seguirá los liniamientos de una cesión de derechos.

A simple vista se ve como, aunque no perdiendo su naturaleza, la forma de regularla difiere mucho con nuestra legislación.

HONDURAS;

La legislación hondureña regula la subrogación, en la sección correspondiente a la novación, ya que comienza hablándonos de la novación y luego, sin separarlas nada, comienza regulando la subrogación, en los artículos comprendidos del 1490 al 1494 inclusive.

Se encuentra, pues regulada en el Libro IV de las obligaciones y contratos, en el título I, capítulo III que trata de las diversas especies de obligaciones, en la sección sexta, "De la Novación".

Art. 1490. La subrogación de un tercero en los derechos del acreedor no puede presumirse fuera de los casos expresamente mencionados en este Código.

En los demás será preciso establecerla con claridad para que produzca efecto.

Art. 1491. Se presumirá que hay subrogación:

- 1) Cuando un acreedor pague a otro acreedor preferente.
- 2) Cuando un tercero no interesado en la obligación, pague -- con aprobación expresa o tácita del deudor.
- 3) Cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvo los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda.

Art. 1492. El deudor podrá hacer la subrogación sin consentimiento del acreedor, cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero por escritura pública, haciendo constar su propósito en -- ella, y expresando en la carta de pago la procedencia de la cantidad pagada.

Art. 1493. La subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas.

Art. 1494. El acreedor a quien se le hubiere hecho un pago -- parcial puede ejercitar su derecho por el resto con preferencia al -- que se hubiese subrogado en su lugar, a virtud del pago parcial del mismo crédito.

Existen muchos puntos de contacto entre nuestra legislación y la hondureña, puesto que, aunque no comprenda expresamente algunos -- de los casos de subrogación legal que se reconocen en nuestra ley, -- con la redacción que tiene el No. 3 del Art. 1491 del Código Civil -- Hondureño, parece abarcarlos; pues cuando dice: "el que tenga inte-- rés en el cumplimiento de la obligación, está considerando esas po-- cas palabras a todos los interesados de la cancelación de la deuda, -- comprendiendo, a los fiadores, deudores solidarios y en general a --

todos aquellos que de una manera u otra se veían afectados si la obligación no se cancela. Pero no todos los casos de subrogación legal que nosotros reconocemos, están comprendidos en esa expresión, puesto que, no se comprende al heredero beneficiario que paga con sus bienes las deudas de la herencia, pues el interés a que se refiere ese No. 3, no se manifiesta en el caso del heredero, ya que si las deudas iban a ser más grandes que el monto de los bienes, el deudor no tiene ningún interés en cancelarlas, puesto que no le re-pondrá beneficio alguno, es más en ese caso el heredero con no aceptar la herencia, resolvía su problema, y si también recordamos, el objeto que se persigue con esa clase de subrogación, veremos que no hay interés, pues con ello lo que se quiere es animar al heredero beneficiario a pagar con su propio dinero las deudas hereditarias, dándosele la seguridad del reintegro, gracias a las acciones mismas de los acreedores pagados.

Existen también otras diferencias con nuestra legislación y que saltan a simple vista, como lo es la forma en que se traspasan las hipotecas que garantizan una obligación. Considero que es una característica muy especial, además de acertada, la forma en que está regulada la subrogación en nuestra legislación, pues, el Código Hondureño reconoce, que por el simple hecho del pago se están transfiriendo al subrogado, las hipotecas que garantizan en obligación, cosa que no sucede en nuestra legislación, que expresamente dice: que las hipotecas no se traspasan por el solo hecho del pago, sino, en virtud de la inscripción en el Registro de Hipotecas.

Reconoce la legislación hondureña, la subrogación consentida por el deudor, contra la voluntad del acreedor, situación que no está reconocida en nuestro derecho, pues creo que está demás, desde luego que hay una forma más sencilla de efectuar la subrogación consentida por el deudor, y es cuando se paga con el consentimiento expreso del deudor, Art. 1480 No. 5o. pero en fin, nuestra legislación no regula en esa forma, esa situación.

NICARAGUA:

La legislación nicaragüense regula en forma semejante a la nuestra el pago con subrogación, se ve también la gran influencia que la legislación Chilena ha tenido sobre ella, ya que existen disposiciones literalmente idénticas a aquellas.

El pago con subrogación está ubicado en el Libro III, Título II que se refiere a los modos de extinguir las obligaciones en el capítulo III, del Art. 2042 a 2049 inclusive.

Art. 2042. "La subrogación de los derechos del acreedor en ---

favor de un tercero que paga, es convencional o legal".

Art. 2043. La subrogación es convencional:

1) Cuando el acreedor al recibir el pago de un tercero, lo -- subroga en sus derechos, acciones, privilegios o hipotecas que tiene contra el deudor: esta subrogación debe ser expresa y hecha al mismo tiempo que el pago.

2) Cuando el deudor toma prestada una cantidad a fin de pagar una deuda y de subrogar el prestamista en los derechos del acreedor.

Para la validez de esta subrogación es necesario que el acto - de préstamo y el de pago tengan fecha cierta: que en el acto del --- préstamo se declara haberse tomado éste para hacer el pago; y que en el de pago se declare haberse tomado éste para hacer el pago; y que en el de pago se declare que éste se ha hecho con dinero suministrado a este efecto por el nuevo acreedor. Esta subrogación se efectúa sin el concurso de la voluntad del acreedor.

Art. 2044. La subrogación tiene lugar por disposición de la - ley:

1) En provecho del que, siendo acreedor, aún por documento privado, paga a otro acreedor que tiene derecho a ser preferido en razón de un privilegio o hipoteca.

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

3) En provecho del que, estando obligado con otros o por otros al pago de la deuda, tenía interés en pagarla.

4) En provecho del heredero que ha pagado con sus propios fondos las deudas de la sucesión. (1).

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

Art. 2045. La subrogación tanto legal como convencional, tras pasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones, privilegios, -- prendas o hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal, como contra cualesquiera terceros, obligados solidaria o subsidiariamente a la deuda.

Si el acreedor ha sido solamente pagado en parte, podría ejercer sus derechos, relativamente a lo que se le reste debiendo con -- preferencia al que sólo ha pagado una parte del crédito.

Art. 2046. De esta preferencia disfrutarán únicamente los a-- creadores originarios, o sus cesionarios, sin que pueda pretenderla cualquiera otro subrogado.

(1) En Nicaragua los herederos responden de las deudas de su causante, hasta por la cantidad de los bienes heredados. Art. 1404 inc. 2o.

Art. 2047. No habrá subrogación parcial en deudas de solución indivisible.

Art. 2048. El pago de los subrogados en diversas porciones - del mismo crédito, no bastando éste para cubrirlas todas, se hará se gún la prioridad de la subrogación.

Art. 2049. Si varias personas han prestado dinero al deudor pa ra el pago de una deuda, no habrá preferencia entre ellas, cuales--- quiera que hayan sido las fechas de los diferentes préstamos o subroga ciones.

A diferencia de las legislaciones ya relacionadas, e incluyendo la nuestra, el Código Nicaragüense, al igual que el de Costa Rica, regula de una manera expresa la subrogación convencional, ya que nos dicen los requisitos necesarios para que haya subrogación convencional (Art. 2043 Código Civil de Nicaragua), o lo que es lo mismo cu an do hay subrogación convencional; en las otras legislaciones, se deduce que reconocen la subrogación convencional, pero no dicen cuando - es que ésta se da, o como el caso de nuestra legislación que la regula en forma indirecta, a través de las reglas de la Cesión de Derech os.

Hay muchas disposiciones idénticas a las nuestras, con lo que se ve que el sentido o naturaleza de la subrogación es el mismo en - una legislación o en otra; el Código Civil de Nicaragua cuenta con - una disposición, Art. 2047, que considero está demás, pues este precepto sanciona un principio innecesario; ya que es de sentido común de que no puede existir subrogación parcial, en deudas de solución - indivisible, pues como se va a pagar parcialmente una deuda que como su nombre lo indica, no se puede dividir. Esta disposición no está - en nuestro Código, aunque si se encuentra en el Código Civil Mexicano. (Art. 2060). Al igual que las anteriores tampoco dice nada, del traspaso de las hipotecas, dando la impresión, que por el solo hecho del pago se traspasan éstos sin necesidad de inscripción en el respectivo Registro, por lo que será con disposiciones distintas al pago con subrogación que se resolverá esta situación.

COSTA RICA:

Esta legislación es de todas las legislaciones centroamericanas la que regula en una forma más extensa el pago con subrogación, pero sin alterar por ello la naturaleza jurídica de la subrogación, pues siempre consiste en la sustitución personal del acreedor, por un ter cero que lo paga, teniendo además disposiciones muy peculiares, que le dan cierta distinción con otras legislaciones, para el caso el -- Art. 792 que establece: que la subrogación puede restringirse por -- acuerdo de las partes a ciertos derechos y acciones, o sea, que puede

por voluntad de ellos no traspasarse todas las acciones y derechos - que tenía el acreedor, sino sólo algunos de ellos.

Se encuentra regulado el pago con subrogación en el Libro III, Título IV, del pago y la compensación, Capítulo II; en los artículos comprendidos del 786 inclusive.

Art. 786. El acreedor que recibe de un tercero el pago de la deuda, aunque no esté obligado a subrogar a éste en sus derechos y - acciones, puede hacerlo, con tal que la subrogación y el pago sean - simultáneos y que conste aquella en la carta de pago.

Art. 787. Comenzará esa subrogación a surtir efectos con respecto al deudor y terceros desde la notificación al deudor o desde - la aceptación de éste.

Art. 788. El deudor que toma prestada una suma de dinero para pagar puede subrogar al prestamista en los derechos y acciones del - acreedor, sin que sea necesario el concurso de la voluntad de éste - último.

Art. 789. Para la validez de la subrogación consentida por el deudor es necesario que el préstamo haya sido hecho con el único fin de pagar deuda cierta y determinada, debiendo hacerse constar así en el acto de verificarse y que al efectuarse el pago se declare el origen del dinero.

La existencia de estas dos condiciones debe comprobarse por - medio de escritura pública, sin que sea necesario, por otra parte, - que el préstamo y el pago sean simultáneos.

Art. 790. La subrogación se opera totalmente y dé pleno derecho.

1) En favor del acreedor que paga de su peculio a otro acreedor de mejor derecho que él, en razón de su privilegio o hipoteca.

2) En favor del comprador de un inmueble que emplea el precio de su adquisición en pagar a acreedores a quienes el inmueble estuvo afecto.

3) En favor de aquél que paga una deuda a lo cual estaba obligado con o por otros.

4) En favor del heredero que haya pagado de su peculio deudas de la herencia.

5) En favor del que paga totalmente a un acreedor después de haberse declarado en estado de insolvencia al deudor.

Art. 791. La subrogación, sea legal o convencional, traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y privilegios del an-

tiguo, tanto contra el deudor principal como contra cualesquiera terceros obligados a la deuda, salvo las modificaciones establecidas en los artículos siguientes:

Art. 792. El efecto de la subrogación convencional puede restringirse por el deudor o acreedor que la consiente a ciertos derechos y acciones.

Art. 793. La subrogación legal o convencional en favor de uno de los obligados sólo le da derecho para cobrar de los demás coobligados la parte por la cual cada uno de ellos debe contribuir al pago de la deuda.

Art. 794. La subrogación legal en provecho del tercero que ha adquirido un inmueble gravado con hipoteca impuesta por el deudor -- principal no autoriza a aquél para perseguir al fiador del deudor, -- aunque la hipoteca hubiere sido establecida con posterioridad o la -- caución.

Art. 795. Si el monto total de una deuda se halla a la vez garantizado con caución y con prenda o hipoteca prestada por un tercero que no se ha obligado personalmente, el tercero y el garante, --- aunque subrogados en los derechos y acciones del acreedor, no pueden reclamarse uno al otro sino la mitad de la suma pagada.

Pero el dueño de la cosa dada en prenda o hipoteca deberá la mitad de lo pagado si el valor de la cosa fuere igual al monto de la deuda o mayor que él, pues si fuere menor solo deberá contribuir con la mitad del valor que tenga la cosa al tiempo del pago, y ésta será la base para establecer la proporción cuando la fianza o la prenda -- o hipoteca no garantizaron el total de la deuda.

Art. 796. El acreedor que ha sido pagado parcialmente puede -- cobrar del deudor el resto de la deuda con preferencia al subrogado legalmente que haya satisfecho parte de ella.

En esta forma regula la legislación Costarricense el pago con subrogación, pero aunque sólo haya semejanzas entre esta legislación y la nuestra en lo que a la subrogación legal se refiere, no significa en manera alguna que sean distintas en cuanto a la naturaleza jurídica y los efectos, pues éstos son los mismos, con la salvedad en cuenta a los efectos se refiere, de lo disponen los Arts. 792 y siguientes, que tratan de regular situaciones particulares, ajenas a la subrogación como tal, pero que por la índole o circunstancias en que debe operar la subrogación y en atención también al número de personas que deben intervenir, es que se regulan expresamente. Contempla también la subrogación consentida por el deudor, clase de subroga---ción que en nuestra legislación no está contemplada.

2- EL PAGO CON SUBROGACION EN OTRAS LEGISLACIONES:

MEXICO:

La legislación Mexicana ubica el pago con subrogación en el título tercero, referente a la transmisión de las obligaciones, evidencialmente aún más lo que dejamos dicho al inciso de este artículo, que no había unidad de criterio en las legislaciones del mundo, sobre como considerar el pago con subrogación, pues por lo que unos lo colocan como una modalidad del pago, otros como algo semejante a la novación, y algunos, como una transmisión de obligaciones, y todo por no quererle dar su autonomía al pago con subrogación. Prueba de lo anterior, pues la tenemos en el Código Civil Mexicano que le regula en el Libro IV. Título III, de la transmisión de las obligaciones, - Capítulo III, de la subrogación, comprendida en los artículos 2058 a 2061, inclusive; nótese que el capítulo lleva nombre "De la subrogación" y no como nuestro Código que dice "Del pago con subrogación", quedando de evidencia que la legislación Mexicana no la considera como una modalidad del pago.

Art. 2058. La subrogación se verifica por ministerio de la ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesados:

I - Cuando el que es acreedor paga a otro acreedor preferente;
II- Cuando el que paga tiene interés jurídico en el cumplimiento de la obligación;

III- Cuando un heredero paga con sus bienes propios alguna deuda de la herencia.

IV - Cuando el que adquiere un inmueble paga a un acreedor que tiene sobre él un crédito hipotecario anterior a la adquisición.

Art. 2059. Cuando la deuda fuere pagada por el deudor con dinero que un tercero le prestare con ese objeto, el prestamista quedará subrogado por ministerio de la ley en los derechos del acreedor, si el préstamo constare en título auténtico en que se declare que el dinero fue prestado para el pago de la misma deuda. Por falta de esta circunstancia, el que prestó sólo tendrá los derechos que exprese su respectivo contrato.

Art. 2060. No habrá subrogación parcial en deudas de solución indivisible.

Art. 2061. El pago de los subrogados en diversas porciones del mismo crédito, cuando no basten los bienes del deudor para cubrirlos todos, se hará a prorrata.

Fuera de que contempla la legislación Mexicana la subrogación consentida por el deudor, cuando le prestan el dinero para pagar su

deuda, que entiendo la toman como subrogación convencional, puesto que no está comprendida en la enumeración que el Art. 2058 hace, dicha legislación, en una forma escueta, sólo regula la subrogación legal y calla sobre los efectos de la subrogación y en lo que a la subrogación convencional se refiere, no dice absolutamente nada, y lo que es peor ni siquiera reconoce esa clase de subrogación. Para resolver los problemas que se plantean sobre los efectos que se producen en la subrogación considero que los han de resolver los juristas Mexicanos, haciendo uso del sentido gramatical de la palabra, y de la doctrina, que sobre el pago con subrogación han escrito los diversos tratadistas, pues en lo personal considero que es exageradamente escueta, la forma como está regulada en el Código Mexicano la subrogación.

CHILE:

Pese a que al igual que el Código Francés, el Chileno lo estudiamos comparativamente en el Capítulo II de esta tesis, en el análisis crítico de las disposiciones legales, por cuestión de orden, enunciaremos las disposiciones legales con los que dichos países regulan el pago con subrogación.

En el Libro IV, Título XIV del modo de extinguirse las obligaciones, sección VIII, del pago con subrogación, en los Arts. 1608 a 1613 inclusive.

Art. 1608. La subrogación de la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero que le paga.

Art. 1609. Se subroga un tercero en los derechos del acreedor, o en virtud de la ley, o en virtud de una convención del acreedor.

Art. 1610. Se efectúa la subrogación por ministerio de la ley, y aún contra la voluntad del acreedor, en todos los casos señalados por las leyes y especialmente a beneficio:

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

2) Del que habiendo comprado un inmueble, es obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado;

3) Del que paga una deuda a que se halla obligado solidaria o subsidiariamente;

4) Del heredero beneficiario que paga con su propio dinero las deudas de la herencia;

5) Del que paga una deuda ajena; consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor;

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.

Art. 1611. Se efectúa la subrogación en virtud de una convención del acreedor, cuando éste, recibiendo de un tercero el pago de la deuda, le subroga voluntariamente en todos los derechos y acciones que le corresponden como tal acreedor; la subrogación en este caso está sujeta a la regla de la Cesión de Derechos y debe hacerse en la carta del pago.

Art. 1612. La subrogación, tanto legal como convencional, tras pasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecadas del antiguo, así contra el deudor principal, como contra cualesquiera terceros, obligados solidaria o subsidiariamente a la deuda.

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.

Art. 1613. Si varias personas han prestado dinero al deudor para el pago de una deuda, no habrá preferencia entre ellas, cualesquiera quiera que hayan sido las fechas de los diferentes préstamos o subrogaciones.

FRANCIA:

El Código Francés regula el pago con subrogación en el Libro III, Título III, que trata "De las contratos o de las obligaciones convencionales en general"; Capítulo V que se refiere la extinción de las obligaciones, en el número 2o. de la sección I, que lleva por título "Del pago con subrogación en los Arts. 1249 a 1252 inclusive".

Art. 1249. La subrogación en los derechos del acreedor, a favor de una tercera persona que le paga, es convencional o legal.

Art. 1250. Esta subrogación es convencional:

1) Cuando el acreedor, al recibir su pago de una tercera persona, la subroga en sus derechos, acciones, privilegios o hipotecas contra el deudor; esta subrogación debe ser expresa y hecha al mismo tiempo que el pago;

2) Cuando el deudor toma en préstamo una suma con el efecto de pagar su deuda, y de subrogar al prestamista en los derechos del acreedor. Hace falta para que sea válida esa subrogación, que el documento del préstamo o el recibo se hayan otorgado ante notario; que en el documento de préstamo se haya declarado que la suma ha sido prestada para el pago, y que en el recibo se haya declarado que el pago se ha hecho con el dinero proporcionado para ese efecto por el nuevo acreedor. Esta subrogación se realiza sin el concurso de la voluntad del acreedor.

Art. 1251. La subrogación tiene lugar de pleno derecho:

1) A favor del que, siendo por si mismo acreedor, paga a otro acreedor que sea preferente a él en razón de sus privilegios o hipotecas;

2) A favor del comprador de un inmueble, que emplea el precio de su adquisición en el pago de los acreedores a los que estaba hipotecada esa heredad;

3) A favor de aquel que estando obligado con otros o por otros al pago de la deuda, tuviere interés en pagarla;

4) A favor del heredero a beneficio de inventario que haya pagado con su dinero las deudas de la sucesión.

Art. 1252. La subrogación establecida por los artículos precedentes tiene lugar tanto contra los fiadores como contra los deudores; no puede perjudicar al acreedor cuando no haya sido pagado, sino en parte; en este caso puede ejercitar sus derechos, por lo que se le siga debiendo, con preferencia a aquel que no haya recibido más que un pago parcial.

VENEZUELA:

Está regulado el pago con subrogación en la legislación Venezolana, en el Libro Tercero, Título III, Capítulo IV, Sección Primera, en los artículos 1298 a 1301, inclusive, Como se verá cuando transcribamos una a una las disposiciones que regulan el pago con subrogación en el Código Civil de Venezuela, quedará en evidencia la influencia que la legislación Francesa ha ejercido sobre ella, ya que con raras variaciones en sus disposiciones, son literalmente iguales, por lo que no varía en lo sustancial el fondo de una u otra institución; veamos cada una de esas disposiciones;

Art. 1298. La subrogación en los derechos del acreedor a favor de un tercero que paga, es convencional o legal.

Art. 1299. La subrogación es convencional:

1) Cuando el acreedor, al recibir el pago de un tercero, lo subroga en los derechos, acciones, privilegios o hipotecas, que tiene contra el deudor; esta subrogación debe ser expresa y hecha al mismo tiempo que el pago.

2) Cuando el deudor toma prestada una cantidad a fin de pagar su deuda y de subrogar al prestamista en los derechos del acreedor.

Para la validez de esta subrogación es necesario que el acto de préstamo y el de pago tengan fecha cierta; que en el acto de préstamo se declare haberse tomado éste para hacer el pago, y que en el pago se declare que éste se ha hecho con el dinero suministrado a este efecto por el nuevo acreedor. Esta subrogación se efectúa sin el concurso de la voluntad del acreedor.

Art. 1300. La subrogación se verifica por disposición de la ley:

1) En provecho de quien siendo acreedor, aún quirografario, - paga a otro acreedor que tiene derecho a ser preferido por razón de privilegio e hipoteca.

2) Enprovecho del adquirente de un inmueble que emplea el precio de su adquisición en pagar a los acreedores en cuyo favor está - hipotecado el fondo.

3) En provecho de quien, estando obligado con otras o por --- otros al pago de la deuda, tenía interés en pagarla.

4) Enprovecho del heredero a beneficio de inventario que ha -- pagado con sus propios fondos las deudas de la herencia.

Art. 1301. La subrogación establecida en los artículos procedentes da lugar tanto contra los fiadores como contra los deudores.

El acreedor a quien se ha pagado en parte y quien lo ha hecho parcial, concurren juntos para hacer valer sus derechos, en proporción de lo que se les debe.

COLOMBIA:

Si la legislación Venezolana es bastante igual a la Francesa, la legislación Colombiana regula en el Código Civil, "El pago con subrogación en una forma idéntica a la legislación Chilena, con la única diferencia que el Art. 1609 del Chileno no se consagró en el Código Colombiano y que este último en el Art. 1671, en la parte final dice: "Préstamos y Subrogaciones" diferenciándose con el correspondiente de la legislación Chilena. Art. 1613, que dice en la parte final "préstamos o subrogaciones", cambiándose la "Y" por la "O" por lo demás todo es completamente idéntico.

Está regulado el pago con subrogación en la legislación Colombiana en el Libro IV, Título XIV, que trata de los modos de extinguirse las obligaciones, y primeramente de la solución o pago efectivo, Capítulo VIII en los Arts. 1666 a 1671. Es de hacer notar que lo que trata ese título, es lo mismo que trata el título XIV, de nuestra legislación, que como ya dijimos recibió la gran influencia de la legislación Chilena. Pasemos a enunciar esas disposiciones.

Art. 1666. La subrogación es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero, que le paga.

Art. 1667. Se subroga un tercero en los derechos del acreedor, o en virtud de la ley o en virtud de una convención del acreedor.

Art. 1668. Se efectúa la subrogación por el ministerio de la ley, y aún contra la voluntad del acreedor, en todos los casos seña-

-lados por las leyes y especialmente a beneficio.

- 1) Del acreedor que paga a otro acreedor de en razón de un privilegio o hipoteca.
- 2) Del que habiendo comprado un inmueble, es obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado.
- 3) Del que paga una deuda a que se halla obligado solidaria o subsidiariamente.
- 4) Del heredero beneficiario que paga con su propio dinero las deudas de la herencia.
- 5) Del que paga una deuda ajena, consintiéndole expresa o tácitamente el deudor.
- 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.

Art. 1669. Se efectúa la subrogación en virtud de una convención del acreedor, cuando éste, recibiendo de un tercero el pago de la deuda, le subroga voluntariamente en todos los derechos y acciones que le corresponden como tal acreedor; la subrogación en este caso está sujeta a la regla de la Cesión de Derechos, y debe hacerse en la carta de pago.

Art. 1670. La subrogación, tanto legal como convencional, traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal como contra cualesquiera terceros, obligados solidaria y subsidiariamente a la deuda.

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.

Art. 1671. 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 y subrogaciones.

ARGENTINA:

Concluiremos este capítulo, enunciando las disposiciones legales del Código Argentino, que regulan el pago con subrogación; y que aunque la terminología jurídica que emplea el legislador Argentino para regular esta institución, difiere de las otras, no se diferencian en manera alguna en su naturaleza jurídica, desde luego que se reconoce esa sustitución personal que se opera en la subrogación en virtud de un pago hecho al acreedor; así como el que los efectos sean

los mismos, aunque con unas pequeñas limitaciones, que a excepción - del No. 2o. del Art. 771, que considero, va contra lo que se ha reconocido, de que uno de los efectos de la subrogación es que se trasmierfen TODOS los derechos y acciones del acreedor, y no parte de ellos, en los demás numerales, son disposiciones de la propia naturaleza de la subrogación, el No. 1o. y de derecho común el No. 3o., que no era necesario incluirla, en mi criterio, en las disposiciones legales de dicho Código.

El pago con subrogación está ubicado en el Código Civil Argentino en el Libro II, Título XVI, Capítulo V "Del pago con Subrogación", en los Arts. 767 a 772 inclusive.

Art. 767. El pago con subrogación tiene lugar, cuando lo hace un tercero, a quien se transmiten todos los derechos del acreedor. La subrogación convencional puede ser por consentida sea por el acreedoror, sin intervención del deudor, sea por el deudor, sin el concurso de la voluntad del acreedor.

Art. 768. La subrogación tiene lugar sin dependencia de la cesión expresa del acreedor a favor.

1) Del que siendo acreedor paga a otro acreedor que le es preferente.

2) Del que paga una deuda a que estaba obligado con otros o - por otros.

3) Del tercero no interesado que hace el pago, consintiéndolo tácita o expresamente el deudor, o ignorándolo.

4) Del que adquirió un inmueble, y paga el acreedor que tuviere hipoteca sobre el mismo inmueble.

5) Del heredero que admitió la herencia con beneficio de inventorio, y paga con sus propios fondos la deuda de la misma.

Art. 769. La subrogación convencional tiene lugar cuando el - acreedor recibe el pago de un tercero y le trasmite.

Art. 770. La subrogación convencional puede hacerse también - por el deudor, cuando paga la deuda de una suma de dinero, con otra cantidad que ha tomado prestada, y subroga al prestamista en los derechos y acciones del acreedor primitivo.

Art. 771. La subrogación legal o convencional, tras pasa al - nuevo acreedor, todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, tanto contra el deudor principal y co-deudores, como contra los fiadores, con las modificaciones siguientes:

1) El subrogado no puede ejercer los derechos, y acciones del

acreedor, sino hasta la concurrencia de la suma que él ha desembolsado realmente para la liberación del deudor.

2) El efecto de la subrogación convencional puede ser limitado a ciertos derechos y acciones por el acreedor, o por el deudor -- que la consiente.

3) La subrogación legal, establecida en provecho de los que han pagado una deuda a la cual están obligados con otros, no los autorizó a ejercer los derechos y las acciones del acreedor contra sus co-obligados, sino hasta la concurrencia de la parte, por la cual cada uno de estos últimos estaban obligados a contribuir para el pago de la deuda.

Art. 772. Si el subrogado en lugar del acreedor hubiere hecho un pago parcial, y los bienes del deudor no alcanzaren a pagar la -- parte restante del acreedor y la del subrogado, éstos concurrirán -- con igual derecho por la parte que se les debiese.

CAPITULO VI

CONCLUSIONES

EXTINGUE EL PAGO CON SUBROGACION REALMENTE LA OBLIGACION

Grande importancia revistirá para resolver esta interrogante, lo que dejamos dicho en el punto referente a las generalidades sobre el pago, pues con las bases que dejamos expuestas referente a lo que es el pago, trataremos de contestar la incógnita que ahora es motivo de este capítulo.

Se dice que una obligación ha sido extinguida, cuando la prestación a que una persona estaba obligada se ha realizado, trayendo como lógica consecuencia, que todas las personas directamente interesadas en su calidad de acreedores y deudores, así como sus accesorios, fianzas, prendas e hipotecas, que les servían de garantía, quedan libres, ya que la obligación que les había dado nacimiento ha dejado de existir, o sea que ya no se puede hablar de acreedores, ni deudores porque han dejado de serlo entre sí, y para todas las personas que los rodean, sean interesadas o nó, pero en el caso del pago con subrogación, como lo veremos no se puede hablar en términos jurídicos de una extinción de la obligación, ya que allí lo único que hay, ésto es al referirnos exclusivamente a lo que regula nuestro Código Civil, una substitución o reemplazo de una persona por otra persona, en el caso que nos ocupa se cambia un acreedor por otro acreedor, pero sin alterar lo demás, como es la prestación y el vínculo o relación jurídica, por lo que siempre existirá un deudor y un acreedor, aunque distinto al anterior, así como los accesorios de ellos, como las fianzas, prendas e hipotecas que les sirven de garantía, por lo anterior, mal haríamos en considerar la obligación únicamente supeditada a una persona, estimando lo demás, pues aunque el acreedor sea distinto, el deudor tiene que realizar la prestación en favor de su nuevo acreedor para extinguir la obligación, o sea que el deudor en lugar de pagarle a Juan, deberá cancelarle a Pedro, Sacando conclusión que el pago con subrogación NO EXTINGUE REALMENTE LA OBLIGACION, ya que ésta siempre subsiste, pues siempre hablamos de acreedor y deudor, así como de una prestación y la relación jurídica que nace de ella, y si la obligación no se extingue. Qué es entonces el pago con subrogación? Antes de responder a esta interrogante, veremos a continuación unos casos concretos, en que si se extingue realmente la obligación con todos sus accesorios, para luego demostrar la importancia y la justificación que puede dársele a esta figura jurídica que se ha denominado del pago con subrogación, con lo que contestaremos la interrogante planteada.

Con lo que hasta ahora hemos dicho de la subrogación y tomando el concepto que de ella dimos, cabe contemplar aquellos casos en que otra persona distinta del deudor hace el pago y que no por ese hecho se subroga en los derechos del acreedor.

Como dejamos dicho: el pago por regla general, extingue la obligación totalmente y con ella como lógica consecuencia sus accesorios, pero ese pago se puede hacer de diversas formas:

1) Cuando es el deudor el que paga ejecutando la prestación a que se había obligado; y

2) Cuando es un tercero el que paga la deuda del deudor.

Puede ser hecho el pago, pues por el propio deudor o por un tercero, en el primer caso el efecto es inmediato y la consecuencia también, pues una vez realizada la prestación, se extingue la obligación principal y sus accesorios y todas las acciones que de ella derivaban, realizándose en esta forma los efectos del pago. Pero como dijimos también que el pago puede ser hecho por un tercero, debemos de distinguir en que forma actúa este tercero, así como con el dinero de quien realiza la prestación, ya que, según sea en una u otra forma, así será como distinguiremos en concepto de que ha podido proceder el tercero, vayamos por partes y distingamos cada caso:

1) Un tercero paga con dinero a nombre del deudor, actúa como simple mandatario y el pago se mirará como hecho personalmente por el deudor, y se producen los efectos del pago.

2) Un tercero paga con su dinero, la deuda del deudor, sin tener ningún interés jurídico en extinguir la obligación, en este punto debemos de distinguir: a) Si paga sin conocimiento del deudor; b) Con el consentimiento del deudor; c) Con el consentimiento del deudor, ya sea expreso o tácito ese consentimiento; y d) Contra la voluntad del deudor. Dado que estamos exponiendo los casos en que el pago extingue totalmente la obligación, no diremos nada por el momento, de aquellos casos en que el pago hecho por un tercero no produce los efectos naturales de extinguir la obligación; cuando el pago es hecho sin el conocimiento del deudor o contra la voluntad del deudor, la obligación si se extingue, pues en el primer caso se aplica la regla que contempla el Art. 1444 del Código Civil, pero el hecho que digamos que se extingue la obligación, no quiere decir que, el tercero que paga queda desamparado, pues tiene una acción personal contra el deudor para que le reembolse lo pagado, pero esta acción es distinta a la emanada del crédito extinguido; en el segundo caso, cuando el tercero paga contra la voluntad del deudor, la situación es más difícil aún para el tercero, ya que, aunque con ese pago extinga

la obligación, no tiene ninguna acción contra el deudor, sino cuando esa gestión le hubiere sido efectivamente útil, de lo contrario, el tercero que ha pagado en esas condiciones, ha extinguido totalmente la obligación y los accesorios que la garantizaban, y también ha perdido su dinero.

Resumiendo, el pago extingue la obligación en los casos siguientes:

1) Cuando es el deudor el que paga personalmente; 2) Cuando es un tercero el que paga por encargo y con dinero del deudor, en este caso se mira como hecho personalmente por él; 3) Cuando es el representante legal o el heredero o legatario del deudor, en estos casos, también se mira el pago como hecho personalmente por el deudor; 4) Cuando se paga sin conocimiento del deudor; y 5) Cuando se paga contra la voluntad del deudor.

Si vemos detenidamente cada uno de los cinco casos planteados, en que el pago extingue totalmente la obligación, nos daremos cuenta, que en unos casos quienes pagan están de una forma u otra directamente obligados a hacerlo; y en otros, en que sin tener ningún interés en la extinción de la obligación y sin que nadie se los pida o los obligue han efectuado el pago por su propia iniciativa, y riesgo. Sería justo que la ley les diera una mejor protección a estas personas, que sin tener interés alguno, paguen una deuda ajena? La respuesta negativa a esta pregunta se impone, pues en razón de que va a proteger la ley, aquellas personas, que si se colocan en una situación desventajosa y de riesgo para sus intereses, es por su propio gusto sin que nadie las obligue y lo que es peor, sin tener interés alguno en que la obligación se extinga. Cuando veamos la razón de justicia, que asiste al pago con subrogación, veremos como en esos casos si hay razón de que la ley le dé una mejor protección al tercero que paga. Por el momento, ya vistos los casos en que el tercero que paga extingue la obligación, pasemos a ver aquellos, que no obstante, se ha pagado al acreedor, este pago no extingue la obligación y por ende no libera al deudor.

Debemos distinguir en este punto dos situaciones: a) El del tercero que paga sin tener interés alguno en que la deuda sea cancelada; y b) El del tercero que tiene interés jurídico en extinguir la obligación. En el primer grupo podemos mencionar a aquellos terceros que efectúan el pago con el consentimiento expreso o tácito del deudor; y en el segundo grupo a aquellos terceros que tienen interés en que la deuda sea cancelada, puesto que, de no ser cancelada pueden verse en peligro de hacerla ellos o de perder su crédito, ejemplos típicos son el del fiador o deudor subsidiario, el de los codeudores

solidarios y el del tercer poseedor de la finca hipotecada. Estas tres personas a que estamos aludiendo son personas que tienen interés en extinguir la obligación, pero cuando ellos efectúan el pago, se producen efectos jurídicos muy distintos al caso en que el pago es realizado por el propio liberatorio para el deudor, ya que la deuda no se extingue en virtud de haber operado la subrogación; consistiendo en que el tercero interesado en extinguir la obligación, en virtud de ese pago entra a ocupar el lugar del acreedor que recibe el pago; lo mismo ocurre en el caso planteado anteriormente, o sea, cuando el tercero que paga lo hace con el consentimiento expreso o tácito del deudor.

Pero que sucede aquí entonces, si al acreedor se le pagó lo que se le debía, como es entonces posible que no se produzcan las consecuencias inmediatas que el pago hecho al acreedor acarrea y lejos de eso nos damos cuenta que no todo pago extingue la obligación y sus accesorios que de ella deriva, sino que arremetiendo contra los principios generales del pago, aparece la subrogación en que, a pesar de que el acreedor se le paga lo que se le debe, este pago no produce sus efectos naturales, sino que por el contrario, la obligación subsiste, lo mismo que los accesorios que de ella derivan como si no hubiera habido ningún pago, en cuanto a sus efectos, porque para el acreedor únicamente si es un verdadero pago; es algo pues, que arremete contra la lógica jurídica y que ha dado motivo para que muchos tratadistas traten de buscarle una justificación jurídica, así como el de quererla ubicar en algunas de las instituciones conocidas, y es precisamente en ese afán que se han dado diversas teorías. Veremos si en los sistemas empleados para encontrarle la justificación jurídica a la subrogación, encontramos respuesta a la interrogante que es motivo de este capítulo, y que desde un principio he contestado negativamente.

Expongamos esos sistemas que han sugerido para justificar la subrogación, bajo el punto de vista jurídico.

A) Un primer sistema sostiene que bajo un nombre diferente, la subrogación no es otra cosa que una Cesión de Derechos, de modo que el crédito mismo pasa del subrogante al subrogado con su causa y naturaleza propias y con todas sus garantías accesorias.

Tal sería el carácter que su origen histórico le atribuye y que ha conservado, según los sostenedores de este sistema, quienes invocan la autoridad de los jurisconsultos Romanos; Julianus quien decía que para favorecer a los fiadores se obligaba al acreedor a ceder sus acciones contra los demás al que estaba pronto a pagarle lo

que se le debía; (1) y Paulus, quien refiriéndose al caso de un crédito afianzado en que el acreedor, recibiendo el pago de uno de los fiadores, le debe sus acciones, se podría decir que tales acciones ya no existían, porque recibiendo lo que tenía derecho a exigir, habían quedado libres todos, expresaba que tal solución no sería exacta porque no había recibido un simple pago, sino que en cierto modo venció el crédito del deudor y por lo tanto tiene las acciones que está obligado. Calificaban estos jurisconsultos de venta, la sucesión del fiador que pagaba en los derechos o acciones del acreedor contra los demás obligados. Es esta la base de Pothier, para definir la subrogación como "una ficción de derecho por la cual el acreedor es reputado ceder sus derechos, acciones, privilegios e hipotecas a aquél de quién recibe lo que se le debe". (1).

Si nos atenemos al origen histórico de esta institución.

Como apareció, en su forma primitiva el pago con subrogación ha sido combatido totalmente por las doctrinas posteriores, ya que no es posible sostener un argumento suficientemente valedero, de que la subrogación sea en realidad una Cesión de Derechos, pero con distinto nombre; sin embargo, este sistema ha sido sostenido por autores como Delvincourt, Toullier y Duvergier, quienes haciendo una distinción entre la subrogación legal y la convencional. Reconocen que la subrogación legal es diferente de la cesión, pero pretendiendo que no existe diferencia entre la cesión y la subrogación convencional, especialmente cuando la subrogación convencional es consentida por el acreedor en provecho de un tercero que le paga. (2) En definitiva.

B) Otra escuela, que encabezada por la autoridad de Merlin, sostiene que la subrogación no traspassa al subrogado el crédito que pertenecía al subrogante; este crédito ha sido extinguido por el pago y ha sido reemplazado por el nuevo que resulta de este mismo pago en provecho del que ha pagado; y a este nuevo crédito acceden las seguridades accesorias que garantizaban el crédito extinguido por el pago y que servirán para asegurar a su vez el reembolso de la cantidad empleada en dicho pago. (3). Si nos detenemos aquí, nos daremos cuenta, que según esta escuela, la subrogación es una novación por cambio de acreedor.

(1) Luis Claro Solar, Explicaciones de Derecho Civil Chileno, Tomo XII, de las Obligaciones". Las citas de Julianus y Paulus, aparecen en la L. 17 T. 1. De fidejuss et mandt. lib. 46 del Digesto, tomada de Julianus en la L. 36 T. 10. de Fidejuss et. mandt. lib. 46 del Digesto de Paulus.

(2) Luis Claro Solar, Explicaciones de D. C. Tomo XII de las Obligaciones.

(3) Luis Claro Solar, Explicaciones de Derecho Civil, Tomo XII, de las Obligaciones.

Basándose en el lenguaje empleado para denominar al pago con subrogación, Merlín hace una serie de observaciones, para concluir -- con su teoría, dice: "La subrogación no hace más que acompañar el pago; la operación esencial llamada subrogación, consiste en pagar una deuda garantizada por derechos accesorios; ahora bien, el pago extingue el crédito. Cómo es admisible que un crédito extinguido pase al subrogado? Podría tener la subrogación el poder de hacer revivir un crédito que ha dejado de existir? Sería un milagro; y el derecho no conoce los milagros (4). Merlín se coloca así exclusivamente dentro de la lógica, y califica de absurdo e inconcebible a que un crédito sea extinguido por el pago, pero que a su vez sea traspasado por la subrogación.

La misma lógica empleada por Merlín se vuelve contra él, pues si el parte del principio que el pago extingue la obligación, y ese mismo principio también establece que una vez extinguida la obligación principal se extinguen sus accesorios, sería también contra la lógica, lo sostenido por Merlín de que sólo se extinga la obligación principal y no los accesorios que aseguraban el pago de aquel crédito, pues no se fija, que como accesorios esas garantías han tenido -- que extinguirse en el terreno de la lógica también con la obligación principal a que accederían y que ha sido extinguida; pues recordemos que Merlín dice que al nuevo crédito acceden las seguridades accesorias que garantizaban el crédito extinguido por el pago.

Conforme a esta teoría, a diferencia de la anterior, la interrogante planteada se podría contestar afirmativamente, o sea, que el pago con subrogación si extingue realmente la obligación, pues como vimos, según la tesis de Merlín, hay una verdadera extinción de la obligación, pues la subrogación se realiza en dos actos, el primero el pago que extingue la obligación, y el segundo, el que le da nacimiento al nuevo crédito garantizado con los accesorios del que se extingue. Pero con base a la doctrina de Merlín no podemos sostener de que el pago con subrogación extinga realmente la obligación, pues, -- como dejamos demostrado: primero, confunde la subrogación con la novación (cambio de una obligación por otra), y segundo, su misma lógica se vuelve contra él, razones más que suficientes para no tenerla como verdadera base para responder acertadamente dicha interrogante.

C) Otra escuela y que cuenta entre sus sostenedores a Murlon, Larombiere, Colmet de Santens, Zachariae y Aubry y Rau, mantienen un sistema intermediario, tratando de reunir los elementos que los anteriores separan. Mientras que el primer sistema no ve sino en la subro

(4) Luis "Claro Solar, Explicaciones de Derecho Civil, Tomo - XII, de las Obligaciones.

gación una Cesión de Derechos y el segundo, solamente un pago, este tercer sistema ve al mismo tiempo un pago y una cesión; la subrogación sería una operación compleja que importa un pago en las relaciones del acreedor subrogante con el tercero subrogado que le paga, y que tiene los caracteres de una cesión en las relaciones del subrogado con respecto al deudor, cuya deuda le ha pagado a su acreedor. (5). En pocas palabras, es para el acreedor un pago y para el deudor una cesión de Derechos.

Según esta escuela el pago con subrogación no extingue la obligación, pues aunque se hable de un pago respecto del acreedor y que los efectos del mismo se produzcan para el acreedor, no es óbice para creer que la obligación se ha extinguido, pues esos efectos del pago no alcanzan al deudor, ya que la obligación la vemos del lado del deudor, quien es el que debe cumplirle y no del acreedor, por lo que según esta teoría, la obligación del deudor no se extingue en virtud de ese pago, ya que respecto del deudor no hay un pago, sino que una Cesión de Derechos.

D) En este grupo, comprendemos a aquellas escuelas que buscan la justificación jurídica de la subrogación, tomando en cuenta las diferentes causas de que procede la subrogación, según se trate de subrogación legal o convencional, si se trata de una subrogación consentida por el deudor y en que no interviene el acreedor. Esta escuela no considera que se extinga la obligación por medio de la subrogación, ya que reconoce que la obligación siempre subsiste, únicamente distinguen, para justificarla, la clase de subrogación de que se trate, y así un lado será la subrogación legal y por otro la convencional.

E) Podemos agrupar aquí, a aquellos autores que consideran a la subrogación como una Cesión de Derechos ficticia, entre sus sostenedores, a Pothier Laurent, Claro Solar, Somarriva, etc. Ya habíamos dicho que Pothier definía la subrogación como "una ficción de derecho por la cual el acreedor es considerado a ceder sus derechos, acciones, privilegios e hipotecas a aquel de quien recibe lo que se le debe". (6). Dice Luis Claro Solar: la subrogación es una ficción que impide que el efecto natural del pago hecho al acreedor se realice; pues la subrogación se opera con respecto al crédito mismo que el tercero paga al acreedor y como consecuencia de ello respecto de las garantías personales y reales del mismo crédito. Esta ficción, establecida en interés del subrogado, consiste en que se reputa que ha

(5) Luis Claro Solar, Explicaciones de Derecho Civil, Tomo XII, de las Obligaciones.

(6) R.J. Pothier, Tratado de las Obligaciones No. 559.

comprado más bien que pagado el crédito: La subrogación se presenta así como una Cesión de Derechos ficticia. (7)!

Vemos como tampoco conforme a esta escuela el pago con subrogación extingue la obligación, sino que aparece traspasada al tercero que le paga al acreedor, y por consiguiente, el deudor siempre es tará obligado a cumplir con su obligación, no obstante sea otro el acreedor.

Habíamos dicho que en un afán de encontrar la naturaleza jurídica de la subrogación, los tratadistas se han dividido en diversas escuelas, las cuales a través de distintas épocas han tratado de asimilarla a alguna de las instituciones jurídicas conocidas otras, comprendiendo que es imposible, dada la naturaleza misma del pago con subrogación, asimilarla totalmente a alguna de las instituciones ya conocidas, hacen uso de una salida muy fácil, consistiendo en imaginar como real, algo que verdaderamente no lo es, pero que en virtud de una ficción se considera como si fuera lo que se pretende ser; para ser más concretos, en el caso que nos ocupa, dada la semejanza que hay entre la Cesión de Derechos y la subrogación, han dado en considerar a la subrogación como una Cesión de Derechos ficticia, reconociendo que se trata de dos cosas distintas, pero que en virtud de una ficción se considerarán como idénticas, correspondiendo la real a la Cesión de Derechos y la ficción, a la subrogación. Con el respeto -- que desde luego se merecen tan insignes tratadistas del Derecho, considero muy simplista y falta de fuerza jurídica esa salida, ya que con considerar como ficción a la subrogación se está reconociendo con ello, que se trata de algo distinto a lo que se quiere asemejar. Si Tomamos también la teoría de los que sostienen que la subrogación es, a la vez, una cesión de derechos y un pago, por participar de las -- dos características; vemos también que ese solo hecho la hace ser diferente al pago y a la Cesión de Derechos, ya que si tiene caracte~~er~~ísticas propias de esas instituciones, amalgamadas en una sola institución, la subrogación, la hace ser distinta a ellas, y por ende, porqué no decirlo, la hace ser independiente a ellas y la hace resurjir más como institución con caracteres propios que deben tomarse en cuenta para respetar su propia autonomía.

Considero criticable que se trate de buscar la justificación jurídica de una institución, no importando los artificios de que se valgan, bajo la sobra de instituciones ya conocidas, simplemente por que guardan gran semejanza, o por el temor de que, de no hacerlo así se estaría arremetiando, contra las bases de otras instituciones, --

(7) Luis Claro Solar, Explicaciones de Derecho Civil, Tomo -- XII de las Obligaciones.

pues, considero que por el temor de los tratadistas en arremeter contra los simientos de los efectos que produce el pago, principios que al parecer son inmutables, es por lo que andan con rodeos, en una imposibilidad de entrar al fondo mismo del problema y reconocer la autonomía de la subrogación. Por eso es que creo al igual que Giorgi (8) que el pago con subrogación es una figura jurídica suigeneris; ni toda sección, ni todo pago. No es posible llamar la cesión entre el tercero que paga y el deudor, y un pago entre el tercero y acreedor, Tampoco es posible llamarla una cesión oculta, saliendo de una dificultad para entrar en otra; ya que si se reputare que el acreedor había cedido el crédito. Cómo explicar que no se verifiquen los efectos de la Cesión? El pago con subrogación es una institución con caracteres del todo propios y especiales que lo distinguen de cualquier otra. Al referirse a los efectos del pago con relación a la subrogación Jorge Giorgi, argumenta acertadamente, que se detuvo ante una sutileza legal quien observó que el pago debía necesariamente extinguir la obligación. Ciertísimo en las relaciones entre quien paga y quien recibe el pago; pero si quien paga es un tercero, he aquí la obligación extinguida con respecto al acreedor, pero viva y subsistente con respecto al deudor. El no tener en cuenta esta distinción, y el ciego respecto a la sutileza legal, impidieron al pago con subrogación obrirse paso a cara descubierta en las antiguas legislaciones; pero finalmente el uso y la necesidad, que a menudo suplen a la ciencia, introdujeron el pago con subrogación en la práctica de los negocios, y llenaron el vacío dejado por la legislación. Y hoy que ha tomado lugar en el Código, sería mejor desengañarse y confesar francamente, continúa diciendo Giorgi, que el famoso principio por el que el pago extingue a todos efectos la obligación, es un principio exagerado y no conforme con la verdad, porque existen pagos que no obran su efecto más que solo por un lado. La ciencia no sufriría con ello y la armonía volvería entre las diferentes disposiciones que rigen el pago (9).

Considero pues, que el pago con subrogación es una institución con características propias que la hace diferente a las otras, y esas características son las que le dan su propia autonomía como institución independiente a las demás y que le dan el derecho a ser tratada como tal, pues si aunque bien es cierto que tiene muchas particularidades especiales que la asemejan a otra no es menos cierto que hay francas diferencias. Por esas semejan-

(8) Jorge Giorgi, Teoría de las Obligaciones Tomo VII.

(9) Jorge Giorgi. Teoría de las Obligaciones Tomo VII.

zas y diferencias es que Giorgi acertadamente la califica como una institución Sui Generis.

Tomado en este sistema propuesto, el pago con subrogación tampoco extingue realmente la obligación, ya que lo que se persigue con el pago con subrogación es precisamente eso, que no se extinga la obligación, y es más, con lo que se ha sostenido a través de la exposición de este criterio, vemos que lo que se persigue es romper ese criterio rígido de que todo pago extingue la obligación, para darle paso a la subrogación, por lo que considero respondida en esa forma la interrogante de que si el pago con subrogación extingue realmente la obligación. Pero si la subrogación no extingue realmente la obligación. Qué es entonces la subrogación? Ya lo dejamos dicho, una institución sui generis que tiene más que una justificación jurídica, una justificación práctica, ya que dada la diversidad de criterios, y el respeto a las otras instituciones, que es caso imposible encontrarle una justificación bajo el punto de vista jurídico, pero su razón de justicia, que justifica su razón de ser lo encontramos en su gran utilidad práctica, (antes dijimos que era una lucha entre la práctica y la teoría), pues mentiría quien negara que por medio de la subrogación se beneficiarían tanto a acreedores como al que hace el pago y a los demás interesados en la extinción de la deuda, como los acreedores, como al que hace el pago y a los demás interesados en la extinción de la deuda, como los acreedores hipotecarios, fiadores, etc., a los primeros, porque salvarían su crédito evitándose las molestias de un juicio y además reciben lo que se les debe; a los que pagan por el deudor o hacer el pago, porque sucede al acreedor en sus derechos y las garantías accesorias de la deuda le aseguran el reembolso de sus anticipaciones; y los que garantizan la deuda no pueden quejarse, puesto que el pago con subrogación no altera la situación en que se encuentran, ya que su obligación no se extingue mientras el deudor no pague la deuda. (10).

Para concluir, quiero recalcar, que el pago con subrogación no extingue realmente la obligación y que no lo haría jamás, porque lo que se persigue por medio de él, es garantizar al tercero que paga y la única forma de garantizarlo, es haciendo que el pago que éste haga, no extinga la obligación, sino que por el contrario, esa obligación subsista para el deudor, con relación al tercero que paga.

(10) Luis Claro Solar, Explicaciones de Derecho Civil, Tomo XII, "De las Obligaciones".