

LA SUBROGACION PERSONAL SIN PAGO

Juan Carlos Dörr Zegers
Profesor de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica de Chile

1. Nuestro Código Civil, como la mayoría de los códigos civiles en el derecho comparado, consagra la figura del “pago con subrogación”, esto es, la transmisión de los derechos del acreedor al tercero que le paga, subrogación que opera por el solo ministerio de la ley o por convención entre el acreedor y el tercero. Por la subrogación legal, la transmisión se produce independientemente de la voluntad de las partes; por la convencional, independientemente de la voluntad del deudor.

2. Por la subrogación se produce una transmisión de los derechos del acreedor a un tercero, transmisión que es entre vivos y a título singular. Tal subrogación tiene, entonces, como efecto que un tercero ajeno a la relación jurídica que liga al acreedor con su deudor, “subentra” en esa relación y pasa a ocupar la posición jurídica que tenía en la obligación el acreedor subrogado. Es en virtud de esta transmisión que el subrogante (tercero) adquiere todos los derechos del acreedor, sus acciones, privilegios y garantías, sin limitación.

Nadie discute que la subrogación personal “es un fenómeno de subingresso en una posición jurídica”¹, en cuya virtud un nuevo elemento activo pasa a ocupar el lugar dejado por otro en una relación jurídica inalterada en los demás elementos.

3. La ley ha reconocido que la subrogación que proviene del pago del tercero puede tener su fuente en el acuerdo de las partes, esto es, que se produzca la transmisión de la parte activa de la obligación entre vivos y a título singular, por acuerdo de voluntades del acreedor y del tercero.

Si el Código Civil regula esta subrogación personal como una consecuencia del pago del tercero, ¿es jurídicamente aceptable que tal subrogación personal pueda tener efecto entre las partes por su acuerdo de voluntades sin mediar el pago?

La rara unanimidad de los autores, incluso los más actuales que han escrito sobre el tema², inexplicablemente sitúan la subrogación personal sólo

¹ E. BETTI, “Teoría General del Negocio Jurídico”, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pág. 28.

² JACQUES MESTRE, “La subrogation personnelle”, *Bibl. de Droit Privée*, T. 160, 1979; LOUIS LORVELLEC, “Paiement avec subrogation”, *Repertoire de Droit Civil Français*, Fasc. 76, 1987; J. GHESTIN, “La transmission des obligations en droit positif français”, *Travaux des IX journées d'études juridiques Jean Dabin*, 1980; *Weil et Terré*, “Les Obligations”, *Precis Dalloz*; P. CHAUMETTE, “La subrogation personnelle sans paiement?”, *Rev. trim. dr. civil*, 1986; LAURENT AYNES, “La Cession de Contrat”, prefacio de P. Malaurie, *Colection de Droit Civil*, dirigida por C. Larroumet, París, 1984, etc.

en caso del pago del tercero teniendo como única explicación el hecho de que la ley sólo la ha regulado en ese caso. No aceptan, así, que pueda convenirse la subrogación sin que medie el pago de tercero.

La respuesta que se dé a esta interrogante que nos planteamos, esto es, si es o no posible la subrogación personal sin mediar el pago del tercero, no es de modo alguno indiferente sino, por el contrario, de la mayor importancia; porque si las partes pueden convenir la subrogación en la posición jurídica de acreedor independientemente del pago, no habría razón para que no fuera aceptable en la posición jurídica del deudor; ni en la posición contractual. Nos encontraríamos, así, con la verdadera naturaleza jurídica de la cesión de créditos, de la llamada cesión de deudas y cesión de contratos y se romperían las rigideces que para algunos impiden que, en cuanto al lado pasivo de la obligación, como en los contratos, pueda haber transmisión entre vivos y a título singular. Fácil es, entonces, apreciar la importancia de la materia enunciada en el título de este trabajo: La subrogación personal sin pago.

4. Es nuestro propósito en este trabajo dejar sentadas las líneas centrales de una tesis que podríamos resumir diciendo que existe una forma general de transmisión de obligaciones y contratos, a título singular y entre vivos, constituida por la subrogación personal convencional, aun cuando no medie el pago del tercero; y que esta subrogación personal es la verdadera naturaleza jurídica de tres instituciones centrales del derecho civil, esto es, la cesión de créditos; la mal llamada cesión de deudas y la cesión de contrato.

5. Inicialmente en Roma no era admisible ninguna forma de transmisión de los derechos ni obligaciones. Ni siquiera era ello posible en el caso de muerte del titular del derecho real o personal. El derecho clásico aceptó sólo la transmisión de los derechos y obligaciones por causa de muerte y a título universal³, reconociéndose que el heredero "ocupaba la posición jurídica" que en los derechos y obligaciones tenía el *de cuius*.

También se aceptó en Roma la transmisión universal entre vivos en la figura de la *conventio cum manu* y la *adrogatio*.

No llegaron, sin embargo, a aceptar la transmisión a título singular entre vivos sino hasta el derecho post clásico cuando se elaboró el concepto de la *successio in unam rem* comprensiva de varias relaciones particulares⁴, entre las que aparece la *procuratio in rem suam*, que utilizaba para obtener los efectos de la transmisión tanto del lado activo como pasivo de la obligación.

Es esta *procuratio* el antecedente de la cesión de derechos tal como la conocen hoy los códigos civiles.

6. No es extraño que en la evolución del derecho civil se haya aceptado en un principio la cesión de los créditos y no así de las deudas. En primer término, la persona del acreedor será normalmente indiferente para el deudor, mas no la persona del deudor para su acreedor. Además, el derecho del acreedor, por representar un valor positivo, fue fácilmente concebido como

³ FRANCISCO SAMPER, "Derecho Romano", Ediciones U. Internacional SEK, 1991, pág. 188.

⁴ FRANCISCO SAMPER, *ídem*.

objeto posible de “transferencia” del mismo modo que un derecho real. En cambio la deuda, representada como un “antivalor”, hacía muy difícil concebirla como objeto de otra obligación. De esta forma, la cesión de crédito se conceptualizó como la transferencia de un “bien” constituido por el objeto de la obligación del deudor, esto es, la prestación, declarándose imposible la cesión de deudas.

Siguió la evolución del derecho civil con la aceptación por el Código Civil alemán de la “cesión de deudas”, esto es, del lado pasivo de la obligación, cuando primó para los juristas alemanes el concepto de obligación considerada en sí como un objeto patrimonial depurada de su conceptualización de vínculo personal entre acreedor y deudor. Esta cesión de deudas, al igual que la cesión de créditos, constituye la transferencia de un bien de valor negativo pero de contenido patrimonial; pero a diferencia de la cesión de crédito que no requiere de la aceptación del deudor para que sea perfecta bastando su notificación, en la cesión de deudas sí se requiere del consentimiento del acreedor a fin de que surta todos sus efectos.

7. El derecho civil ha aceptado siempre la realidad de que en una obligación puede haber cambio de acreedor o de deudor, cambio que puede o no ser novatorio, esto es, modo de extinguir la obligación primitiva surgiendo una nueva obligación, según si se dan o no los requisitos que la ley establece para que haya novación.

Si el cambio de acreedor o de deudor es novatorio, no estaremos por cierto frente a un caso de transmisión de la obligación activa o pasiva sino, por el contrario, frente a una extinción de la obligación primitiva surgiendo una nueva; sin embargo, si se produce un cambio de sujeto activo o pasivo en la obligación y la obligación permanece viva, estaremos frente a una transmisión ya que los derechos del acreedor primitivo pasarán al nuevo acreedor, que lo será de una misma obligación, o la carga de la deuda pasará al patrimonio de un nuevo deudor, también de la misma obligación.

¿Qué requisitos exige la ley para que el cambio de acreedor o de deudor produzca novación?

Además de exigir el Art. 1635 que el acreedor consienta en dar por libre al primitivo deudor, conforme lo dispone el Art. 1634 del mismo Código, “para que haya novación es necesario que lo declaren las partes, o que aparezca indudablemente que su intención ha sido novar”.

A diferencia de la novación romana, en el derecho clásico la novación actual exige el requisito esencial del *animus novandi*, esto es, la voluntad expresada por las partes, en forma explícita o indudablemente deducida, de extinguir la obligación original. En el derecho clásico, en cambio, el efecto novatorio dependía del solo negocio formal sin que tuviera influencia alguna la voluntad de las partes⁵.

Nuestro Código no siguió así al derecho español, donde el requisito del ánimo queda desfigurado al consagrarse lo que la doctrina denomina “novación tácita”, esto es, el efecto extintivo de la obligación primitiva por el solo hecho de existir incompatibilidad entre la primitiva obligación y la

⁵ FRANCISCO SAMPER, *op. cit.*, p. 307.

nueva. Tal sucede si en una obligación cambia el deudor, el acreedor o el objeto⁶. Bello, por el contrario, exigió que para que se produzca novación debía existir ánimo novatorio; en caso contrario, no habrá novación.

Si el ánimo de extinguir la obligación al procederse al cambio del acreedor o del deudor no sólo no se expresa por las partes sino que, por el contrario, estas manifiestan en forma explícita que su intención, al aceptar el cambio del acreedor o del deudor, es mantener vigente la misma obligación, no habrá novación y, conforme al mismo artículo 1634, el efecto de tal convención será mantener vigente la obligación primitiva con la modificación en los sujetos.

Aparece así que no necesariamente se extingue una obligación por cambio de acreedor o de deudor, sino que, dependiendo de la voluntad de las partes, puede mantenerse vigente la misma obligación pero entre otro acreedor o deudor.

El nuevo acreedor o deudor que subentra o se incorpora sustituyendo al antiguo en la relación obligatoria que se mantiene vigente, pasa, entonces, a ocupar el lugar que el primero tenía en el vínculo obligacional, quien, en tal virtud, pasa a ser titular de los derechos u obligaciones de su antecesor. Esto conceptualmente significa que se ha producido el fenómeno de la subrogación personal.

8. Siendo la obligación un vínculo jurídico entre dos partes, la sustitución del acreedor o del deudor debiera necesariamente contar, desde el punto de vista teórico, con el consentimiento de aquel obligado que permanece en la obligación porque sólo con su consentimiento podría un deudor pasar a serlo de otro acreedor, o el acreedor de un nuevo deudor, dado el efecto relativo de las convenciones.

Por otra parte, como a la obligación se ha incorporado un tercero, el subrogante, que ha manifestado su consentimiento, aparece que el cambio de acreedor o de deudor, en la perspectiva analizada, constituye una operación jurídica a tres partes: el acreedor, el deudor y el tercero que subroga al uno o al otro.

9. Sin embargo, la ley ha regulado casos especiales de transmisión de obligaciones entre vivos y a título singular, en las que la incorporación a la obligación de un nuevo acreedor no precisa del consentimiento del deudor. Así lo ha hecho el legislador cuando, por razones de interés general, de conveniencia, ya sea en resguardo de la buena fe o en la necesidad de dar agilidad al tráfico jurídico, entra a dar los efectos de la subrogación personal a determinados actos, no obstante faltar el consentimiento de las tres partes intervinientes, esto es, de quienes, desde el punto de vista doctrinario, deberían prestarlo. Así sucede en ciertos casos de cesión de derechos y en el pago con subrogación.

⁶ F. SANCHO REBULLIDA, "Estudios de Derecho Civil", EUNSA, Zaragoza, 1978, Tomo II, p. 234.

⁷ "Les opérations juridiques a trois personnes en droit privé". Bordeaux, 1968, N° 21 y siguientes.

10. Cesión de derechos: Según la opinión generalmente aceptada, la cesión de créditos se ha asimilado casi completamente a la transferencia de un "bien" determinado, constituido por el objeto de la obligación del deudor, esto es, la prestación debida. Esta asimilación completa, entre la cesión de un derecho personal y un derecho real no es sin embargo acertada. Como dice Larroumet⁷, no puede haber completa asimilación entre ambas figuras porque el efecto principal de la cesión de crédito desborda el círculo de las partes contratantes (cedente y cesionario), estableciendo un vínculo entre el cesionario y el deudor cedido.

Es correcto considerar el crédito como un "bien" susceptible de constituir el objeto de una obligación, pero también hay que tener en cuenta que la obligación es un "vínculo". Quien adquiere un derecho personal en virtud de la cesión de un crédito no adquiere sobre el objeto de ese derecho personal una relación directa como sucede con quien adquiere un derecho real. Por el contrario, el cesionario pasa a quedar vinculado con el deudor cedido de quien dependerá el cumplimiento de la prestación. En virtud de la cesión, entonces, el cesionario pasa a ser acreedor del deudor cedido, lo que significa que en la obligación pasa el cesionario a ocupar el lugar del acreedor cedente, quien le ha transmitido todos sus derechos.

Tenemos, entonces, que la verdadera fisonomía de la cesión de crédito, considerada la obligación como vínculo, es la subrogación del cesionario en el lugar que el cedente ocupaba en la relación obligacional. Ahora bien, no obstante tratarse de una subrogación que debiera, entonces, contar con el consentimiento del deudor, la ley, por razones superiores, ha dado efecto a tal cesión bastando la notificación al deudor cedido.

Tenemos así que la cesión de crédito normalmente⁸ no es sino una subrogación en cuya virtud el cesionario pasa a ocupar la posición jurídica que en la obligación tenía el cedente, sin que sea necesario el consentimiento del deudor porque la ley ha establecido el efecto de la cesión supliendo por su imperio tal consentimiento.

11. Pago con subrogación. Si un tercero, o un codeudor o el poseedor de la finca hipotecada, paga la obligación del deudor, es razonable que la ley lo ampare con todos los recursos y ello dio origen a una forma especial de subrogación, en cuya virtud el tercero que paga se coloca en la situación jurídica del acreedor pagado, a quien sucede, para recuperar lo pagado, sin que para ello sea necesario el consentimiento ni del acreedor ni del deudor.

Esta forma especial de subrogación puede producirse, además, convencionalmente cuando, recibiendo el pago de un tercero, el acreedor "le subroga voluntariamente de todo los derechos y acciones que le correspondan como tal acreedor", como lo expresa el artículo 1611 del Código Civil.

Es indudable que la subrogación de que trata el párrafo 8 del artículo XIV del Libro I del Código Civil, es un efecto que la ley asigna al pago del

⁸ Decimos "normalmente" porque, siguiendo a LAURENT AYNES ("La Cesión de Contrat", Preface P. Malaurie, Paris, 1984, p. 33), en oportunidades la cesión de crédito se limitará a la transmisión al cesionario del solo derecho a reclamar el pago, por lo que no podrá hablarse de la transmisión de la posición jurídica del acreedor.

tercero; pero, en nuestra opinión, es errado concluir de lo anterior que la subrogación no pueda producirse por voluntad de las partes, aun cuando no medie el pago.

Los mismos autores que rechazan la posibilidad de que la subrogación se produzca sin pago (cit. supra 2) cuando analizan, sin embargo, la naturaleza jurídica de la cesión de derechos, de la cesión de deudas o de la cesión de contratos, hablan de la transmisión de la posición jurídica de acreedor, deudor o contratante, respectivamente, en circunstancias que, precisamente, esa transmisión, ese colocarse una persona en el lugar jurídico que ocupaba otra, es lo que constituye en esencia la subrogación sin que tal fenómeno se produzca como efecto del "pago del tercero". Mestre, cuya obra "La subrogation personelle" se califica como uno de los más acabados trabajos sobre el tema en Francia, considera la subrogación como "*le principal mode civil de transmission de creances*" (Rev. Trim. de Droit Civil, 1985, pág. 383) ¡pero siempre que haya pago! Chaumette, en un artículo publicado en 1987 (cita precedente) se manifiesta sorprendido que pudiera llegar a estimarse que puede haber una subrogación personal sin mediar el pago. ¿Por qué? Nuevamente la respuesta puramente dogmática: porque la ley regula la subrogación sólo mediante el pago.

Tal afirmación no es efectiva. Desde luego recordemos que subrogación personal es el fenómeno en virtud del cual un sujeto subentra en la posición jurídica que pertenece a otro, manteniéndose la relación obligacional a pesar del cambio de titularidad.

Aceptada tal definición —y, en tal sentido, no hay autor que tenga objeción a ella— no se divisa la razón de negarnos a ver que hay subrogación cada vez que se produce precisamente ese fenómeno. Y hemos visto que ese fenómeno se produce cada vez que en una obligación hay cambio de acreedor o deudor, sin que ello envuelva extinción de la obligación; y ello sucede en la cesión de créditos, y, como veremos, en la cesión de deudas y contratos.

La regulación especial que la ley ha hecho de la subrogación en el caso del pago del tercero, no debe explicarse, como se hace, como el único caso en que es posible tal fenómeno, sino como el caso excepcional en que la subrogación, operación jurídica a tres partes y que, en consecuencia, precisaría del consentimiento del acreedor, deudor y tercero, opera por el solo ministerio de la ley o por el solo consentimiento entre el acreedor y tercero, si es que media el pago del tercero.

No puede, obviamente, haber "pago por subrogación" sino mediante el pago del tercero; pero nada obsta a que haya "subrogación personal convencional" en situaciones distintas a la intervención del pago de un tercero. La ley imperativa ha sido necesaria no para "crear" la subrogación personal; sino que para hacerla posible sin el consentimiento de las tres partes relacionadas: subrogante, subrogado y el acreedor o deudor que se mantiene en la relación jurídica.

Esta conclusión, por lo demás, concuerda plenamente con el principio de la autonomía privada. En efecto, siendo la voluntad de las partes la principal fuente creadora de obligaciones, no se divisa razón alguna para estimar que no puedan los contratantes convenir en una modificación de la obligación dando lugar a la subrogación.

12. Cesión de deudas. La mal llamada cesión de deudas ha sido criticada y declarada imposible por la mayor parte de la doctrina francesa; muy discutida en la española y aceptada en la doctrina alemana e italiana. Las objeciones, siempre por las mismas razones: la deuda no es un "bien" susceptible de ser el objeto de una "transferencia", como los créditos, y la ley no la regula. Sólo es aceptable en otros países porque en ellos la ley la ha aceptado. En los países en que la ley la ha aceptado, se le conceptualiza como la "transferencia" de un "bien", aunque de valor negativo, de contenido patrimonial y como contrapartida de la cesión de créditos.

Gran confusión hay en la materia.

Es cierto que si la cesión de crédito la miramos en su forma clásica de verdadera transferencia de un bien, del todo asimilada a la transferencia de un derecho real, costará encontrar una justificación doctrinaria a la "cesión de deudas", como contrapartida de la cesión de créditos, y caeremos en la tentación de estimar, como la doctrina francesa, que las deudas no pueden cederse.

Sin embargo, todo se aclara y allana si recurrimos a la subrogación en cuanto, en virtud de una convención modificatoria de una obligación preexistente y con el acuerdo de las tres partes involucradas, se conviene que un tercero subentre en la obligación y se coloque en la situación jurídica que antes ocupaba el deudor primitivo ¿Qué inconveniente puede haber para ello? ¿Acaso no ha quedado demostrado que el cambio de deudor no novatorio es precisamente una subrogación y que en razón de ello se produce una transmisión de la deuda entre vivos y a título singular del deudor primitivo al nuevo deudor?

Hay autores que llegan a la conclusión de que la cesión de deudas es imposible porque, para que hubiera cesión de deudas, del mismo modo que hay cesión de créditos, debería bastar el acuerdo entre el deudor primitivo y el nuevo deudor sólo notificándose al acreedor. Como ello no es jurídicamente posible, no es aceptable la cesión de deudas.

Se trata, obviamente, de una argumentación equivocada. Tanto la cesión de créditos, como la cesión de deudas, dado que constituyen una modificación del vínculo obligacional, debieran siempre contar con la aceptación de las tres partes involucradas. Ahora bien, si la ley ha entrado a regular el efecto de la cesión de créditos bastando para ello el acuerdo del acreedor primitivo y el nuevo, no es porque "ontológicamente" ello deba ser así, sino sólo porque el legislador ha perseguido un fin superior, cual es la agilidad del tráfico jurídico. Entonces, la mal llamada cesión de deudas no es que sea imposible sino, por el contrario, perfectamente posible pero, conforme a su naturaleza, contándose con el consentimiento de las tres partes involucradas.

De esta manera, la verdadera naturaleza de la cesión de deudas es la subrogación convencional en la posición del deudor que para su plena efectividad debe contar con el consentimiento del acreedor.⁹

⁹ Sobre análisis más detallado de la llamada "Cesión de Deudas": GONZALO FIGUEROA Y. "La Asunción de Deudas y la Cesión de Contrato", Edit. Jurídica, Chile, 1984; JUAN CARLOS DÖRR Z., "De la Cesión de Deudas y Contratos" en: *Revista Chilena de Derecho* vol. 16 N° 1 (1989) pp. 13-25

13. Cesión de contrato. Dentro de la confusión de conceptos que hay tras la figura jurídica de la cesión de contrato, la mayoría de los autores ve en ella la sumatoria de una cesión de derechos y una cesión de deudas, siendo evidente que ello no es así.

En efecto, de los contratos no sólo emanan derechos y obligaciones ya que los efectos de los contratos no se circunscriben a estos. Al lado de los créditos y de las deudas se originan para las partes determinadas potestades que se encuentran en el medio entre las simples facultades jurídicas y los derechos subjetivos. Son los que la doctrina moderna denomina "derechos potestativos" como lo son, por ejemplo, los derechos de nulidad, rescisión, impugnación, revocación, elección, etc.¹⁰

Es en consecuencia el conjunto de derechos, obligaciones, potestades y, más aún, expectativas, las que van involucradas en lo que se denomina "cesión de contrato".

En virtud de tal cesión, no son derechos ni obligaciones específicos que se transfieren al tercero que entra al contrato, sino que es toda la relación contractual la que es transmitida. De este modo, la cesión de contrato tiene como objeto la transmisión de la posición jurídica del contratante cedente, esto es, nuevamente, la subrogación en la posición contractual. Es en virtud de esta subrogación convencional que el nuevo contratante subentra al contrato con la aceptación del contratante que se mantendrá en el contrato.

Del mismo modo que tratándose de la transmisión a título universal *mortis causa*, el heredero se subroga en los derechos transmisibles del causante pasando a ocupar su posición jurídica en todos los contratos en que era parte, en la cesión de contrato, en virtud de la subrogación convencional, el tercero se incorpora a la relación contractual transmitiéndose tal posición jurídica a título singular y entre vivos, por el acuerdo de voluntades y sin que tal efecto se produzca como efecto del "pago del tercero".

CONCLUSION:

La subrogación personal convencional es una institución de vasta aplicación en el campo de las obligaciones que la generalidad de los códigos sólo regula en parte, al tratar, fundamentalmente, del pago con subrogación.

Sin embargo, la subrogación convencional, aun cuando no medie el pago de un tercero, es una forma general de transmisión de la obligación a título singular entre vivos y explica la naturaleza jurídica de la cesión de créditos, de la cesión de deudas y la cesión de contratos.

¹⁰ CASTÁN TOBEÑAS, "Situaciones Jurídicas Subjetivas", Madrid, 1963, p. 39.