LA ACCION SUBROGATORIA

Enrique Alcalde Rodríguez

Introducción

El presente estudio versa sobre la acción subrogatoria en el Código Civil chileno y derecho comparado, constituyendo, el propósito fundamental que lo anima, demostrar que tal institución tiene cabida en nuestra legislación positiva con caracteres análogos o similares a los que ella reviste en los ordenamientos jurídicos extranjeros.

Como es sabido, la mayoría de los autores nacionales no participan de esta opinión y sostienen, en cambio, que la referida acción no fue acogida por el legislador de una manera general, limitándose, en este sentido, a contemplar en forma taxativa casos en los cuales la ley permite a los acreedores ejercer, en lugar y a nombre del deudor, determinadas acciones o derechos que a éste competen.

Lo anterior, ciertamente, hace atractivo el desafío emprendido, pero a la vez trae consigo diversos inconvenientes, principalmente en lo relativo a la búsqueda de fuentes legales y doctrinarias sobre las cuales cimentar nuestra premisa central, al mismo tiempo que nos obliga a responder e intentar refutar argumentos esgrimidos por lo más granado de nuestra cultura jurídica.

Ahora bien, la problemática planteada ha sido abordada en los siete capítulos que estructuran este trabajo.

El primero de ellos dice relación con ideas generales acerca de la acción que estudiamos y su denominación doctrinaria.

En el segundo capítulo se contiene un tratamiento de la noción de responsabilidad y garantías de la obligación, lo que se justifica en atención a que la institución en examen encuentra en tales conceptos su fundamento último.

El capítulo tercero, por su parte, pretende señalar el ámbito que sirve de marco a la subrogatoria dentro de la teoría general del derecho, para lo cual se comenta su relación con los denominados "efectos de las obligaciones".

A continuación, el capítulo cuarto hace referencia al origen de la acción indirecta, lo que nos llevará a recordar algunas nociones elementales de derecho romano, mas no por ello innecesarias sino, contrariamente, siempre eficaces e ilustrativas para la investigación jurídica.

El capítulo quinto está dedicado al estudio de la acción en la legislación comparada, centrándose, básicamente, en el sistema jurídico francés, italiano y español. En esta parte se analizan las distintas opiniones que los juristas extranjeros han desarrollado sobre el particular, fundamentalmente en lo relativo a la naturaleza jurídica de la institución y los requisitos que deben concurrir para que ésta sea admisible.

Conveniente es advertir que nuestro trabajo en modo alguno se ha limitado a transcribir la doctrina extranjera, y así, por ejemplo, en reiteradas oportunidades no sólo se ha criticado una determinada concepción sino que, al mismo tiempo, hemos expuesto nuestra especial posición respecto del tema.

En el capítulo sexto se trata la acción en el Código Civil chileno, constituyendo, la opinión que en él se expresa –hasta donde tenemos entendido–, una novedad en nuestro medio.

En primer término se analiza la tesis dominante entre los autores nacionales, para luego refutar sus ideas exponiendo los argumentos y razones que sirven para apoyar el criterio que defendemos. En segundo lugar se comentan aquellos casos tradicionalmente citados como ejemplos de subrogación, a saber: artículos 2466, 1968, 1567, 1238 y 1394 [1].

---

[1] Nota: Cada vez que en el presente trabajo se haga referencia a "el Código" o a un determinado artículo, sin indicar el cuerpo legal de que se trata o al cual

Por último, hacemos referencia a las hipótesis que, en nuestro concepto, consideramos implican un reconocimiento cierto y explícito del poder subrogatorio. En concreto, se trata la admisibilidad de la acción en los derechos de dominio e hipoteca (art. 2466); reivindicación por quien no es dueño ni poseedor del objeto sobre que recae (arts. 1490 y 1689); mandato (art. 2138); y partición (arts. 1327 y 524 del Código Procedimiento Civil).

Para terminar, en el capítulo séptimo nos ocupamos de analizar los efectos que se derivan del ejercicio de la acción, distinguiendo, en este ámbito, los que se producen entre el acreedor y el tercero, aquellos que interesan al deudor —titular del derecho ejercitado— y, finalmente, los que se refieren a los demás acreedores del subrogado.

Capítulo I

GENERALIDADES

Se entiende por subrogación la sustitución de una persona o cosa por otra, que pasa a ocupar jurídicamente el lugar de la primera. A su vez, la subrogación puede ser de dos clases, a saber: personal o real, según si la sustitución opera entre personas o cosas, respectivamente.

Un ejemplo característico de la subrogación real lo hallamos en la sociedad conyugal, al tenor de la dispuesta en el artículo 1733 del Código Civil.

En relación con la subrogación personal, cabe señalar que importantes instituciones se basan en ella. En este sentido, se puede citar el pago con subrogación, definido como la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero que le paga y al cual se refieren, por ejemplo, los artículos 1610 (subrogación legal) y 1611 (subrogación convencional).

Ahora bien, precisamente la acción que estudiamos se fundamenta en el concepto anotado más arriba.

En términos generales, podemos decir que la subrogatoria consiste en la facultad que la ley otorga a los acreedores para ejercer —bajo ciertas condiciones y supuesta la concurrencia de determinados requisitos— acciones o derechos que competen al deudor. De esta manera, el titular del crédito pasa a ocupar jurídicamente el lugar de la persona obligada, ejercitando, en una suerte de representación, una atribución que a ésta pertenece.

Desde un punto de vista procesal, la acción subrogatoria obedece a una "sustitución", figura que opera cuando la acción en el proceso de una persona distinta de la parte se debe, no a la iniciativa de ésta, sino que al estímulo de un interés conexo con aquel inmediatamente comprometido en la litis o en el negocio; a diferencia de lo que ocurre en la "representación procesal", en que la acción en el proceso de una persona distinta de la parte en sentido material se debe a un acto de ella, ya sea que la encargue de actuar en su lugar en el juicio, o bien de realizar en el mismo gestiones en orden a las cuales la ley la conceptúa idónea para representarla [2].

Finalmente, cabe señalar que el ejercicio por los acreedores de las acciones y derechos que corresponden al deudor ha recibido, por parte de la doctrina, diversas denominaciones.

Algunos la llaman acción subrogatoria, lo que en buena medida da cuenta del contenido propio de la institución, ofreciendo, sin embargo, el inconveniente de su eventual confusión con otras situaciones semejantes, v.gr., el pago con subrogación. Otros autores, principalmente franceses, hablan de acción oblicua o indirecta, para significar que mediante esta facultad el acreedor ejercita un derecho que pertenece al deudor contra un tercero, sin que exista un vínculo inmediato entre el actor y el demandado.

Debido a que las tres expresiones aludidas reflejan adecuadamente la característica esencial de la acción en estudio, es que en el presente trabajo las

pertenece la respectiva disposición, se entiende que corresponde al Código Civil chileno.

[2] Carnelutti, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*, Vol. I (Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959), págs. 175 y 176.

utilizaremos indistintamente para referirnos a un mismo concepto.

Capítulo II

RESPONSABILIDAD Y GARANTIAS DE LA OBLIGACION

1. *Concepto genérico de responsabilidad*

Hemos considerado conveniente incluir en nuestro estudio un análisis de los conceptos de responsabilidad y garantías de la obligación, pues el tema que nos ocupa guarda íntima relación con dichas materias y, en términos tales, que podemos afirmar que la acción subrogatoria no es sino una derivación de la responsabilidad ilimitada y, al mismo tiempo, una garantía para el titular del crédito, en relación con el cumplimiento de la respectiva obligación.

En la moderna doctrina extranjera, principalmente italiana y alemana, el concepto de responsabilidad ha sido objeto de los más encarnizados debates, de los cuales no están ausentes la ironía y pasión de los autores. Sin embargo, no pretendemos en esta obra exponer una síntesis detallada de tales discusiones, sino más bien tratar de reflejar una noción clara en la materia que permita delimitar su contenido.

Para los efectos indicados nos parece ilustrativo citar algunas de las definiciones del concepto que hallamos en la doctrina alemana.

Para Brinz, la responsabilidad o "haftung" es "el hecho por el que alguien —o persona o cosa— está destinado a servir de satisfacción a otro —acreedor— por algo"; y, al caracterizarla, precisa que es aquel "vínculo que si se verifica el hecho por el que existe queda disuelto, y en caso contrario, se tensa y estrecha más" [3].

Puntschart, en la misma línea que el anterior, la define como "destino de la persona o de la cosa a servir al acreedor como subrogado para la satisfacción o para la indemnización a causa del incumplimiento de lo debido" [4].

Para otros, como Strohal, corresponde a "una condición jurídica por la que alguno (deudor) está sujeto, respecto a una prestación que debe hacer a petición de aquel que la debe recibir (acreedor) a una coacción jurídica dirigida contra él y su patrimonio" [5].

Conforme con las definiciones precedentes, para los juristas alemanes la responsabilidad consiste en una especie de actitud de sometimiento de una persona o de una cosa, al poder coactivo o de agresión que ampara al acreedor.

Algunos tratadistas italianos, por su parte, discrepan de la concepción germana del término responsabilidad, señalando que los sujetos de la misma sólo pueden serlo las personas, físicas o morales, mas no las cosas, ni el patrimonio o el mismo cuerpo humano, como lo darían a entender las definiciones antes transcritas.

Esta crítica, que dicho sea de paso no tiene un carácter meramente terminológico, resulta de vital importancia ya que, como advierte Betti, en la definición alemana se corre el peligro de confundir aquello que es, simplemente, el objeto de la relación de responsabilidad con lo que es el sujeto pasivo de ella. En otras palabras, la responsabilidad constituye, para la doctrina en análisis, un estado subjetivo, imputable, por lo mismo, sólo a los sujetos de derecho, y nunca a una cosa, aun cuando en una fase posterior, dicha responsabilidad pueda hacerse efectiva en un objeto. En este sentido, el autor citado agrega que "la responsabilidad no es más que la expresión de una relación jurídica entre la persona en cuyo favor se ha constituido la responsabilidad (sujeto activo) y el titular de aquel bien que es el objeto de la responsabilidad" [6].

Considerando la opinión expuesta, debemos en consecuencia concluir que desde una perspectiva abstracta, la responsabilidad general que adquiere el su-

---

[3] Citado por Betti, Emilio. *Teoría General de las Obligaciones*, T. I (Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, sin año), pág. 250.

[4] Citado por Betti, E. Op. cit., pág. 250.

[5] Citado por Betti, E. Op. cit., pág. 250.

[6] Betti, E. Op. cit., pág. 269.

jeto pasivo de una determinada obligación se distingue de la responsabilidad patrimonial, sea ésta limitada o ilimitada, en la que se hace efectiva la primera.

En armonía con las ideas anotadas, Betti define la responsabilidad como "la situación jurídica de vínculo caracterizada por el peligro de perder un bien a título de satisfacción ajena (es decir, del sujeto con quien se está vinculando) al no verificarse un suceso determinado y esperado por el otro, o por comprobarse que se ha producido un hecho temido por él" [7].

De acuerdo con esta concepción, la responsabilidad se nos revela como un estado de peligro o daño que debe soportar el deudor y que, si bien nace conjuntamente con el perfeccionamiento del vínculo obligatorio, su verificación ocurre sólo al tiempo de producirse la infracción o incumplimiento.

Por otra parte, cabe distinguir, como lo hace Larenz, el concepto de responsabilidad y el de deuda, aun cuando aquélla siga a ésta como la sombra al cuerpo. El que asume una obligación no se hace cargo sólo de un deber jurídico moral (lo que para algunos significaría muy poco), sino que corre el riesgo de perder su patrimonio (o una parte del mismo) por vía ejecutiva. De esta suerte, la "responsabilidad" que acompaña a la "deuda" transmite a ésta una especie de "gravitación" [8].

Pero, insistimos, no se crea que ambos conceptos son sinónimos o que reflejan una misma idea. Amira [9], estudiando el antiguo derecho germánico y sueco, citaba ejemplos que clarificaban la diferencia entre la responsabilidad y el débito, v.gr., el del señor territorial que no pagaba las deudas propias, en cuyo evento respondía por él su administrador o arrendatario.

Un caso ilustrativo de la distinción que nos ocupa lo constituye actualmente la obligación natural, caracterizada por el hecho de existir una deuda sin responsabilidad, a consecuencia, esto último, de la carencia de acción que tiene el acreedor para dirigirse contra el sujeto obligado.

Ahora bien, en nuestra opinión —y para los efectos que interesan a este trabajo—, entendemos por responsabilidad, en un sentido amplio, aquella particular posición o situación jurídica en que se encuentra una persona (deudor) respecto de otra (acreedor), en cuya virtud asume el riesgo potencial de sufrir un menoscabo en su patrimonio o en sus facultades económicas individuales, en el evento que no ocurra el hecho o suceso constitutivo de la prestación debida. En este sentido, participamos de la opinión de Hernández Gil cuando señala que la responsabilidad "se haya constituida por el conjunto de consecuencias jurídicas a que queda sometido el deudor en cuanto ha asumido un deber y que tienden a dotar de efectividad el derecho del acreedor".

Así pues, "la responsabilidad refleja la total sanción que incorpora el ordenamiento jurídico al deber asumido. La sanción no consiste en hacer que necesariamente el deber se observe por el obligado, porque la conducta no es materialmente coercible; pero sí en preestablecer un conjunto de efectos jurídicos que son realizables mediante la adecuada intervención de los órganos judiciales.

Responsabilidad y ejecución forzosa de la obligación, en gran medida, coinciden. Pero en cierto sentido la responsabilidad sobrepasa a la ejecución forzosa. La ejecución forzosa se dirige a imponer, mediante una sentencia de condena, los resultados a que tiende la obligación. La ejecución forzosa requiere, por tanto: el incumplimiento del deber, la intervención judicial y la imposición coactiva de la obligación. Pero la responsabilidad puede tener una proyección judicial que no consista en el mantenimiento de la obligación, sino en su resolución" [10].

---

[7] Betti, E. Op. cit., pág. 256

[8] Larenz. *Derecho de Obligaciones*, T. I (Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958), pág. 34.

[9] Citado por De Ruggiero, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil*, T. II (Editorial Reus, Madrid, sin año), pág. 14.

[10] Hernández Gil, Antonio. *Derecho de Obligaciones* (Editorial Reus, Madrid, 1960), págs. 68 y 69.

2. *Las garantías en general*

En el número anterior nos hemos detenido en un análisis breve del concepto de responsabilidad que, de manera indisoluble, lleva consigo el vínculo en que se traduce la obligación jurídica. Sin embargo, tal particular situación de necesidad jurídica y daño potencial que asume el deudor, no es suficiente, por sí solo, para entender en toda su magnitud el complejo de efectos que de ella se derivan, como, asimismo, las consecuencias jurídicas que refleja su aplicación práctica.

En razón de lo dicho, se justifica que, a modo de complemento de la responsabilidad general o abstracta que hemos comentado, sea conveniente hacer referencia, aunque sólo de manera somera, a las garantías de la obligación.

Resulta ciertamente obvio, mas no por ello innecesario al menos de ser enunciada, la importancia que revisten para los acreedores las garantías que aseguran la satisfacción de sus créditos. En este sentido, bástenos señalar que en el tiempo que media entre el nacimiento u origen de la obligación y el de su exigibilidad, el deudor tiene la posibilidad de disipar todos los bienes que conforman su patrimonio, ya sea en forma real o aparente, o adoptar una actitud pasiva y negligente que implique un serio peligro para los acreedores ante la eventualidad de ver disminuida la potencialidad del deudor en orden a incrementar su riqueza. En otras palabras, el deudor dispone de un cierto período en el cual puede "organizar" su insolvencia, sea mediante su dolo, fraude o simulación.

En términos generales, cabe señalar que no existen discrepancias sustantivas entre los diversos autores —nacionales y extranjeros—, para definir las garantías de la obligación. Así, por ejemplo, para Somarriva éstas corresponden a "los diversos medios de que puede hacer uso el acreedor para ponerse a cubierto de la insolvencia del deudor" [11]. Albaladejo, por su parte, haciéndose eco del pensamiento español, entiende por garantía del derecho del acreedor "todo lo que asegura su satisfacción, y como quiera que el deudor responde con su patrimonio del cumplimiento de la obligación, es ese patrimonio la garantía genérica básica para aquél" [12]. En concepto de Barassi, consiste en aquella facultad del acreedor en cuya virtud previene el incumplimiento de las obligaciones, presionando indirectamente sobre el deudor con el fin de evitarlo y asegurándole el resarcimiento de los daños que eventualmente sufriere [13].

Betti, finalmente, ligando el concepto de garantía con el de responsabilidad general, la considera como aquella posición de una persona que resulta del destino jurídico de un bien que le pertenece a servir de satisfacción a otra persona por un hecho que ésta espera o teme [14].

Como fácilmente se podrá advertir, la última de las definiciones transcritas difiere de las tres primeras y si la hemos anotado ha sido para llamar la atención en el hecho de que, concepciones como aquélla, no sirven a los propósitos de nuestro estudio. Efectivamente, el concepto de garantía, en el sentido genérico que tratamos, comprende no sólo las seguridades que se prestan para la satisfacción del crédito mediante la afectación de un bien determinado, predestinado, por así decirlo, al momento de contraer la obligación, a garantizar su cumplimiento (lo cual, por lo demás, no necesariamente ocurre) sino que también, y de manera principal, existe una facultad general que tienen los acreedores para hacer efectivos sus derechos en todo el patrimonio del deudor, atribución ésta a la cual haremos referencia en el número siguiente.

Ahora bien, todas las garantías, si bien persiguen un objetivo común, cual es otorgar una cierta seguridad al acreedor en el sentido de aumentar las posibilidades de obtener aquello que le es debido, guardan determinadas diferencias

---

[11] SOMARRIVA U., Manuel. *Tratado de las Cauciones* (Contable Chilena Editores Ltda., Santiago, 1981), pág. 8.

[12] ALBALADEJO, Manuel. *Instituciones de Derecho Civil*, T. I (Ronda Universitaria, Barcelona, 1960), pág. 587.

[13] BARASSI, Ludovico. *Instituciones de Derecho Civil*, Vol. II (Editorial Bosch, Barcelona, 1955), pág. 487.

[14] BETTI. Op. cit., pág. 257.

entre sí, ya sea en cuanto a su extensión o en relación con su naturaleza jurídica.

Es así como, en primer término, y atendiendo a su fuente, ellas pueden clasificarse en legales y convencionales. Las primeras emanan de la propia ley, la cual las crea en beneficio de un determinado acreedor, v.gr. ciertos privilegios; mientras que las segundas tienen su origen en la voluntad de las partes.

Al decir de un autor, el otorgamiento de una garantía legal, que produce una situación privilegiada en relación con un acreedor, a la vez que le concede a éste una ventaja, da lugar a ciertos inconvenientes para el deudor. En efecto, si bien el sujeto obligado podrá obtener con mayor facilidad un crédito del acreedor al que la ley le concede una situación de favor, sufrirá un cercenamiento de su crédito individual ante las restantes personas con las que desee tratar, toda vez que ellas no sólo soportarán el riesgo de un pago a prorrata de sus acreencias, sino que no entrarán en la distribución más que si les deja algo el acreedor favorecido por el legislador. Lo anterior es particularmente sensible cuando la ley le confiere a un acreedor no ya una garantía especial, sino una de carácter general [15].

Desde el punto de vista del objeto sobre el cual recae la garantía se distinguen las personales y las reales.

La garantía personal se caracteriza por el hecho de que la seguridad que se otorga al acreedor, deriva de la afectación de otros patrimonios —además del correspondiente al deudor directo—, destinados a la satisfacción del crédito. En tales casos, el acreedor podrá hacer efectivo su derecho no sólo en el patrimonio del principal obligado, sino que tendrá la posibilidad de dirigirse también, sea inmediata o subsidiariamente, según corresponda, contra otras personas que por disposición de la ley o por determinada convención, respondan por el cumplimiento de la respectiva prestación.

Las garantías reales, a diferencia de las primeras, se constituyen al afectar un bien determinado, mueble o inmueble, a la ejecución de la correspondiente obligación.

De esta manera, el acreedor puede obviar las insuficiencias que presenta el "derecho de prenda general", fundamentalmente en lo relativo a situaciones de insolvencia o pluralidad de acreedores; gozando, además, de otros importantes atributos, cuales son las facultades que esta clase de garantías conceden al titular del crédito en orden a perseguir, de manos de quien se encuentre, el bien afecto al cumplimiento —que puede pertenecer al propio deudor o a un tercero— y, en el evento de que éste sea subastado, la posibilidad de pagarse preferentemente con el producto de la realización.

En atención a las consideraciones anotadas, ciertamente que es más atractivo para el acreedor, en términos generales, el otorgamiento de una garantía real antes que una personal. Ya los romanos se encargaban de advertir tal situación señalando "plus est cautionis in re quam in persona", y algo similar encontramos en el antiguo derecho francés, que reflejaba la misma idea mediante aforismos como los reproducidos por Loysel: "El fiador pleitea, la prenda procura y cobrar la fianza es ocasión de doble proceso", o el siguiente: "La fe o palabra, una higa; la fianza, un pleito; la prenda, una tranquilidad; y, el dinero contante, paz y acuerdo" [16].

Finalmente, cabe agregar que en la doctrina extranjera se suele distinguir, en relación con las garantías reales, entre especiales y generales; clasificación que se funda en la "base" de la garantía, esto es, en los bienes en los cuales recae. En este sentido, corresponden a la primera categoría aquellas que versan sobre uno o más bienes determinados del deudor, mientras que las generales, en cambio, gravan el conjunto de sus bienes, muebles o inmuebles, presentes o futuros. Estas últimas, sin embargo, sólo pueden tener su origen en una disposición legal, lo que no sucede con la garantía real especial que puede ser constituida a través de una simple convención entre las partes.

---

[15] MAZEAUD, Henri, León y Jean. *Lecciones de Derecho Civil*, Vol. III (Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960), pág. 11.

[16] MAZEAUD. Op. cit., pág. 12.

Por último, y antes de concluir con este tratamiento general de las garantías de la obligación, nos parece conveniente hacer referencia a un aspecto de cierta importancia conceptual, principalmente por lo que toca a nuestro derecho interno.

Desde un punto de vista jurídico, no cabe confundir, como nos previene Somarriva, las garantías y las cauciones. En efecto, mientras la primera constituye el género, la segunda corresponde a la especie; o en otros términos, si bien toda caución constituye una garantía, pueden existir algunas, como de hecho ocurre, v.gr., derecho legal de retención, que no revistan el carácter de caución; y ello por cuanto, en tales casos, no existe un acuerdo de voluntades, circunstancia que caracteriza esta especie de garantías.

En este sentido, menester es recordar que en nuestra legislación el concepto de caución se halla expresamente definido como "cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena" (art. 46 C. Civil).

Las cauciones principales en nuestro país, siguiendo al mismo autor citado, se agrupan en personales y reales (para lo cual nos remitimos a los comentarios que, sobre el particular, se han expuesto precedentemente). Son personales la cláusula penal, la solidaridad pasiva y la fianza; y, reales, la prenda y la hipoteca; todo lo cual, no obstante, debe ser entendido considerando que existen también otras cauciones, aunque de menor importancia, tales como por ejemplo las arras, la promesa de hecho ajeno, el pacto de retroventa y la indivisibilidad de pago.

3. *La responsabilidad ilimitada*

El patrimonio, en su concepción clásica, está conformado por todos los derechos y obligaciones suceptibles de apreciación pecuniaria que tienen por titular a una determinada persona.

Tales derechos, avaluables en dinero, constituyen los denominados derechos patrimoniales, entre los cuales se distinguen los derechos reales y los personales o de crédito.

No corresponde al objeto de nuestro estudio analizar las características y diversas teorías que la doctrina ha elaborado en torno a los conceptos de patrimonio y derechos constituitivos del mismo. Sin embargo, para el tema que nos interesa, se hace necesario al menos definir el término obligación, el cual se encuentra estrechamente vinculado con el derecho personal o de crédito, en cuanto constituyen "dos caras de la misma moneda".

Por de pronto, el asunto planteado precisa hacer una distinción previa.

De acuerdo con la concepción moderna, la obligación forma parte de la categoría más amplia del deber jurídico, el cual, a su vez, es susceptible de ser clasificado en general y particular.

El primero expresa la idea de fuerza obligatoria de las normas jurídicas y su realización en la comunidad social. El segundo, en cambio, corresponde a aquel que se da en el seno de una relación jurídica, pesando sobre quienes se sitúan en la esfera de actuación de determinadas normas [17].

Ahora bien, la obligación se diferencia del deber general en el hecho de que este último sólo indica "el directo sometimiento a las normas, mientras que a través de la obligación ese sometimiento se traduce en un concreto deber de conducta hacia otros" [18].

De otro lado, y según lo expresa Hernández Gil, el deber propio de la obligación es un "deber de prestación" lo que quiere significar que mediante ella se impone a la persona un determinado comportamiento, pero sin que ésta sea absorbida en su integridad. Así, pues, se limita o restringe la libertad y, al mismo tiempo, se limita la abdicación o pérdida de la libertad, que no puede jamás ser absoluta [19].

En términos generales, podemos decir que la obligación consiste en una relación jurídica entre dos o más personas, en virtud de la cual una de ellas, denominada deudor, se encuentra en el deber o necesidad de realizar una determinada prestación, en beneficio de otra, llamada

---

[17] Hernández Gil, A. Op. cit., pág. 58

[18] Hernández Gil, A. Op. cit., pág. 59.

[19] Hernández Gil, A. Op. cit., pág. 60.

acreedor, sujetándose aquél, en caso de incumplimiento, a todas las consecuencias que emanan de la responsabilidad asumida.

Esta relación o ligadura que une a los sujetos (activo y pasivo) de la obligación civil, reviste un carácter jurídico —como ya lo hemos señalado—, con lo cual se quiere significar, además de que este lazo o vínculo no es material sino abstracto, que dicha relación se encuentra sancionada por la ley y, por lo mismo, el cumplimiento de la obligación contraída no puede quedar sometido a la mera voluntad o arbitrio del deudor. La característica señalada, dicho sea de paso, constituye la nota esencial que diferencia el deber jurídico de la simple obligación moral.

A lo largo de la historia del hombre, no ha existido un criterio único y uniforme para definir y explicar la naturaleza del derecho personal o de crédito. La evolución que en este sentido ha sufrido la noción de obligación es digna de ser destacada. Es así como en el derecho romano, en sus inicios impregnado de formalismo y subjetivismo, la persona del deudor quedaba atada o encadenada al acreedor, tanto en cuanto a su propio cuerpo, como a su vida y libertad (*manus injectio*), lo que era justificado, en esta concepción aún primitiva, por el hecho de que no se distinguían todavía los derechos que recaían sobre elementos materiales y aquellos relativos al ser humano considerado como tal.

Estas nociones, que en nuestros días pueden parecer aberrantes, dieron lugar a instituciones, fundamentadas en esos mismos criterios, que se mantuvieron vigentes hasta hace poco en el tiempo, como lo ejemplifica el caso de la prisión por deudas.

No obstante, el esfuerzo de los canonistas medievales y posteriormente la evolución experimentada por el derecho francés, llevaron a un cambio profundo en la manera de entender la obligación, pasando a tener ésta un contenido de carácter esencialmente económico.

Como lógica consecuencia de ello, dejó ya la "persona" del deudor de responder por el incumplimiento de sus obligaciones civiles, ocupando su lugar el patrimonio de aquél.

Según la concepción actual, cuando una o más personas contraen una determinada obligación civil, cualquiera que sea el vínculo jurídico que las liga, nace una responsabilidad para el deudor en cuya virtud su patrimonio queda afecto al cumplimiento de la prestación debida, y, entonces, puede afirmarse que el concepto de obligación se encuentra unido, de un modo esencial, con el de responsabilidad patrimonial. De otra parte, es del caso señalar que esta clase de responsabilidad —que grava todo el conjunto de derechos y obligaciones susceptibles de apreciación pecuniaria del sujeto pasivo— tiene, como término de referencia, los bienes del deudor y que su contenido básico, según las palabras de Messineo, indica que "estando un sujeto (deudor) obligado a una prestación, los bienes de él están como consecuencia sujetos a la satisfacción (eventualmente forzosa) del derecho del acreedor" [20].

La relación anotada da lugar a la denominada "responsabilidad ilimitada", nombre con el cual se designa lo que nuestros autores suelen llamar "derecho de prenda general"; lo que implica, según Larenz, que todo el patrimonio del deudor, salvo los objetos y créditos inembargables, responden del cumplimiento de la obligación [21].

Como bien lo enseñan Enneccerus, Kipp y Wolff, esta facultad es una consecuencia del derecho de crédito, sin la cual éste tendría escaso valor, pero no consiste en su contenido inmediato el que se agota en el poder exigir y en el deber prestar. Por lo mismo, este "derecho de prenda general" puede esar muy diversamente configurado y experimentar profundas alteraciones sin que el contenido y ni siquiera la identidad del crédito se modifiquen. Así, por ejemplo, puede faltar totalmente, sin que por ello quede extinguida la obligación [22].

---

[20] MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial* (Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955), pág. 49.

[21] LARENZ, K. Op. cit., pág. 33.

[22] ENNECCERUS, Kipp y Wolff. *Tratado de Derecho Civil*, T. II (Editorial Bosch Publicaciones Jurídicas, Buenos Aires, 1948), pág. 9.

Esta garantía genérica, básica para la tutela del acreedor, adquiere verdadera relevancia práctica y se hace más nítida en aquellos casos en que el deudor incumple su obligación o menoscaba su patrimonio en términos de poner en peligro los intereses del titular del crédito. Sin embargo, ello debe entenderse sin perjuicio de que la correspondiente facultad del acreedor, esto es, "la de afectar el patrimonio del deudor en caso de incumplimiento, subsista virtualmente, desde el punto de vista jurídico, desde el momento en que el crédito nace" [23].

Ahora bien, las exigencias que impone el tráfico jurídico, como asimismo la seguridad que reclaman las relaciones económicas, han llevado a que los distintos sistemas normativos consagren el principio aludido de un modo expreso Es así como algunos ordenamientos, entre ellos el nuestro, sancionan la garantía que comentamos en términos precisos y determinantes. En otros, v.gr., Alemania, el principio se halla diseminado en diversas disposiciones legales y si bien su enunciación carece de la sistematización propia del derecho continental, su vigencia normativa, sin embargo, reviste igual fuerza y aplicabilidad que en nuestro sistema legal.

Especialmente ilustrativo para nuestro estudio resulta el ejemplo del Código Civil francés, que en su artículo 2092 consagra esta garantía señalando que "cualquiera que se obligue personalmente está sujeto a cumplir su compromiso con todos los bienes muebles e inmuebles, presentes y futuros"; redacción similar a la contenida en el artículo 1911 del Código Civil español. Por su parte, el moderno Código italiano sanciona la responsabilidad ilimitada básicamente en dos disposiciones; a saber: el artículo 2740 y el artículo 2910. El primero de los preceptos aludidos dispone que el deudor responde del cumplimiento con todos sus bienes presentes y futuros; y, el segundo, vinculado al anterior, agrega que tales bienes "son posible objeto de satisfacción, esto es, de expropiación forzada por parte del acreedor" [24].

En relación con lo dicho, cabe llamar la atención en el hecho de que las disposiciones contenidas en los cuerpos normativos citados, al igual como ocurre en nuestro sistema jurídico, —según veremos más tarde—, se refieren no sólo a los bienes que actualmente forman parte del patrimonio del deudor, ya que se extienden también a los bienes "futuros", lo cual se explica si se tiene en consideración que al asumir la obligación el deudor no sólo afecta su patrimonio actual, sino que al mismo tiempo compromete su capacidad patrimonial, es decir, su facultad y posibilidad de adquirir nuevos bienes que incrementen aquellos existentes al momento de contratar. En otras palabras, cuando se contrae el vínculo obligatorio, el acreedor "deposita" —si se nos permite la expresión— su confianza en la entera y total potencialidad económica del deudor, y ello aun cuando éste, al celebrar el correspondiente negocio jurídico, haya pretendido afectar sólo parcialmente su patrimonio.

Complementando las ideas anteriores, nos parece conveniente destacar que lo señalado más arriba, esto es, la posibilidad de obtener la satisfacción del crédito a través de la afectación de todos los bienes del deudor al cumplimiento de la respectiva obligación, rige plenamente y de manera inmediata tratándose de obligaciones de entregar y de dar, mas no con las de hacer y no hacer, toda vez que éstas se cumplen mediante la actividad personal del sujeto pasivo, consistente en realizar el hecho debido a abstenerse de ejecutar el acontecimiento prohibido, según sea el caso.

No obstante, en el evento de incumplimiento de esta clase de prestaciones, la ley, celosa vigía en el resguardo de los intereses del acreedor, concede al titular del crédito la posibilidad de demandar los correspondientes perjuicios, a fin de obtener, por equivalencia, la prestación adeudada, en cuyo caso el resarcimiento pecuniario por los daños causados puede satisfacerse haciendo efectiva la garantía genérica de que tratamos. Lo anterior, sin embargo, debe ser entendido sin perjuicio de la facultad del acreedor de optar por solicitar que se apliquen al deudor las medidas de apremio que sean procedentes.

---

[23] MESSINEO, F. Op. cit., pág. 50.

[24] MESSINEO, F. Op. cit., pág. 24.

El principio de la "responsabilidad ilimitada" da origen a otro principio, corolario del mismo de trascendental importancia, cual es el de la "integridad del patrimonio del deudor" y que encuentra su lógico basamento y justificación doctrinal y legal en el hecho de que los acreedores son, sin duda, quienes tienen mayor interés en mantener tal integridad y, en lo posible, aumentar el patrimonio, por cuanto es en éste donde podrán hacer efectivos sus créditos en el evento de que exista incumplimiento por parte del deudor.

Pues bien, con el objeto de permitir a los acreedores velar por la vigencia real de su garantía, es decir, por la conservación e incremento del patrimonio afectado, el ordenamiento jurídico les reconoce ciertos derechos o potestades a los cuales haremos referencia al tratar del efecto de las obligaciones y, en concreto, de los derechos auxiliares del acreedor.

Sin embargo, es menester prevenir desde ya que el ejercicio de tales facultades y atribuciones no es ilimitado. El buen juicio y la recta razón nos indican que los acreedores pueden hacer uso de estos derechos sólo en la medida que efectivamente sirvan a sus intereses y en el entendido de que se han cumplido los supuestos jurídicos y de hecho que autorizan su ejercicio, los cuales, por cierto, también son objeto de restricciones. En caso contrario, es decir, si consintiéramos en un uso indiscriminado de estas potestades legales, se podría llegar al absurdo de considerar que el deudor, por el solo hecho de ser tal, se vería impedido de administrar sus propios bienes, los cuales quedarían sujetos a una suerte de incomerciabilidad jurídica, otorgando al acreedor, incluso valista o quirografario, una especie de derecho "real" extensivo a todo el patrimonio del deudor.

Capítulo III

LA ACCION SUBROGATORIA Y LOS EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES

Tradicionalmente nuestros autores han estado contestes en definir los efectos de las obligaciones como "los derechos que la ley confiere al acreedor para exigir del deudor el cumplimiento exacto, íntegro y oportuno de la obligación, cuando éste no la cumple en todo o en parte o está en mora de cumplirla" [25].

Conforme con la definición transcrita, los efectos de las obligaciones —para esta doctrina— representan las medidas necesarias para cautelar el cumplimiento de la obligación, como asimismo, las consecuencias que se derivan para el deudor en el evento que la cumpla imperfectamente, retrase su cumplimiento o adopte una actitud pasiva o negligente respecto del deber jurídico que asumió en relación con el acreedor y la sociedad en general, en cuanto el derecho ordena la vida de sus miembros configurando, al decir de Puig Peña, un "yo ampliado" [26].

La concepción recién expuesta es el fiel reflejo del pensamiento clásico inspirado en los tratadistas franceses y en su Código Civil, los cuales, como se sabe, fueron modelo para el legislador nacional y para los comentarios de nuestros juristas más connotados. Prueba de ello, la otorgan las enseñanzas de autores como Alessandri y Claro Solar, y el propio Código de Bello, el que reglamenta, en el Título XII, del Libro IV, los efectos de las obligaciones refiriéndose, básicamente, al incumplimiento de las mismas. En cambio, las normas relativas al cumplimiento de aquéllas constituyen un título aparte (Título XIV), en el cual son tratados los modos cómo éstas pueden ser extinguidas.

En nuestra opinión, el criterio tradicional que se ha seguido en nuestro país en lo que dice relación con los efectos de las obligaciones, resulta desafortunado, y por lo mismo, la definición que hemos transcrito poco más arriba nos parece insuficiente y sólo parcialmente valedera.

Cabe advertir que la crítica enunciada no constituye una novedad en el campo de la teoría del derecho. Ya la doctrina moderna, fundamentalmente la italiana, ha dirigido sus dardos contra la concepción tradicional inspirada en el modelo francés. Es así que conforme con el

---

[25] Alessandri R., Arturo. *Versiones taquigráficas de la cátedra de Derecho Civil del Sr. Arturo Alessandri R.* (Imprenta El Esfuerzo, Stgo., 1934), pág. 50.

[26] Citado por Fueyo L., Fernando. *Derecho Civil*, T. IV (Imp. y Litografía Universo S.A., Stgo., 1958), pág. 230.

criterio vigente hoy en día, el estudio del efecto de las obligaciones incluye también —y de manera principal— el de su cumplimiento, en ausencia del cual aparecen todas las consecuencias y normas jurídicas relativas al incumplimiento.

En razón de lo anterior, y siguientdo a De Ruggiero, la doctrina completa de los efectos de la relación jurídica obligatoria está integrada por las teorías del cumplimiento de las obligaciones, del incumplimiento y sus consecuencias y la protección jurídica del acreedor [27].

De esta manera, a los efectos de las obligaciones normalmente considerados entre nosotros como tales, es decir, la ejecución forzada de la prestación, la indemnización de perjuicios y los derechos auxiliares del acreedor, debemos agregar la forma normal y natural de cumplir la obligación, cual es el pago, y sus derivaciones o instituciones semejantes como la compensación, novación, dación en pago y confusión.

Otro aspecto importante de la materia que comentamos se refiere al hecho de que nuestro Código Civil, siguiendo el aparente defecto del Código Napoleón, trata en un mismo título (Título XII, Libro IV) el efecto de los contratos y de las obligaciones. Del primero se ocupan los artículos 1545, 1546, 1547, 1552, 1554 y 1558; y, del segundo, las restantes disposiciones.

Cabe hacer presente que algo similar ocurre en la generalidad de la legislación comparada, por lo cual merece ser destacado, en nuestro continente, el ejemplo del Código Civil argentino el cual reglamenta en el Libro II, Sección Primera, Parte Primera, Título I (artículos 503 y siguientes), el efecto de las obligaciones, reservando los efectos de los contratos para el Título I, Sección Tercera. Parte Segunda, del mismo Libro II (artículos 1195 y siguientes).

Ahora bien, en el Código Civil francés se reglamenta el efecto de las obligaciones en el Capítulo III, Título III, del Libro III, confundiendo, como ya adelantáramos, los efectos del contrato con el efecto de las obligaciones, no obstante la clara distinción doctrinal que existe entre ambas materias.

Lo anterior, a pesar que Domat, como asimismo Pothier —inspirador de los redactores del Código galo— tenían en todo momento presente la distinción indicada.

Tal error, en opinión de Claro Solar, se debe quizás a que siendo la obligación el efecto del contrato, los redactores, habiéndose propuesto tratar de las obligaciones convencionales (contractuales) y no, en general, de las obligaciones, estimaron que en el efecto de aquéllas se comprendía también el efecto de los contratos [28].

Creemos, sin embargo, que el hecho de que el legislador nacional reglamente conjuntamente el efecto de las obligaciones y de los contratos, no exime de hacer la respectiva distinción, en aras de una mayor precisión conceptual.

Desde un punto de vista jurídico, los efectos de un contrato corresponden a las obligaciones que el negocio jurídico engendra, para una o ambas partes, según sea el caso. El contrato, en este sentido, constituye la causa de la obligación (entendida como causa eficiente), y ésta, el efecto que deriva de esa causa, que es el acuerdo de voluntades generador de derechos. Por lo mismo, el contrato es una de las fuentes de las obligaciones —al menos para la concepción clásica—, corroborando esta afirmación diversas disposiciones legales entre las que cabe destacar el artículo 1437, según el cual "Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia".

El efecto de las obligaciones, en cambio, nos induce a estudiar el contenido intrínseco del vínculo jurídico en cuya virtud el deudor se encuentra en la necesidad legal de ejecutar la prestación, la cual constituye el objeto de la obligación

---

[27] De Ruggiero, R. Op. cit., pág. 101.

[28] Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, T. XI (Editorial Jurídica de Chile, Stgo., 1979), pág. 467.

y, como es sabido, puede consistir en dar, hacer o no hacer.

Como bien señala un autor, el resultado de este efecto que lleva consigo el hecho de asumir el vínculo legal o la consecuencia normal o ideal de la obligación contraída, consiste en el cumplimiento espontáneo y voluntario de la respectiva prestación, para lo cual influyen elementos complejos, de diverso orden y naturaleza, muchos de ellos de carácter sicológico, como la responsabilidad involucrada, el respeto por la palabra empeñada, la conveniencia de mantener el buen nombre, el temor de ser compelido por medio de la fuerza de la ley y la justicia, etc.; todo lo cual, entre otros factores, son precisamente los que las partes, y fundamentalmente el acreedor, tienen en vista al momento de contratar.

Sin embargo, las consideraciones precedentemente expuestas, y que hemos estimado como deseables o normales, no siempre se materializan en la realidad y, por ende, se hace necesario poner en movimiento las instituciones y normas que conforman el ordenamiento jurídico con el fin no sólo de satisfacer una pretención individual, sino que de resguardar efectivamente la justicia y asegurar la paz social.

Los simples ejemplos del acontecer diario dan muestras claras de que la buena fe contractual, el sentido del honor, el fervor que lleva a los hombres a cumplir los deberes para consigo mismo y los demás y, en general, las virtudes que configuran el "bonus vir", las más de las veces se encuentran ausentes en los seres humanos de carne y hueso. De otra parte, las circunstancias imprevisibles, las imposibilidades sobrevinientes, y en fin, las dificultades que impone la misma naturaleza, arrojan como resultado que las obligaciones y compromisos —ya no diremos morales—, sino legalmente contraídos, se vean en definitiva frustrados.

Pues bien, en aquellos casos en que el deudor no cumple íntegramente la prestación debida, o la ejecuta imperfecta o extemporáneamente, o se muestra renuente a cumplirla, el acreedor ejercitará los derechos que le confiere el ordenamiento jurídico, constriñendo al deudor, a través del imperio de la autoridad judicial, para substituir su voluntad por un "acto de violencia autorizada", y conseguir así el pago de la obligación, una compensación pecuniaria de la prestación no ejecutada o la posibilidad de realizar aquellas actuaciones legítimas que le permitan suplir la inacción o negligencia del deudor y asegurar la satisfacción de lo que le es debido.

En síntesis, la ley no sólo se ha encargado de cautelar los legítimos intereses del acreedor mediante la ejecución natural de la prestación o su cumplimiento por equivalencia (indemnización de perjuicios) sino que, además, ha revestido al itular del crédito de ciertas facultades o potestades que le impliquen, ora evitar los menoscabos del patrimonio afecto a responsabilidad, ora permitir que ingresen a él bienes que ya han salido o que se incremente con nuevos bienes sobre los cuales el deudor pueda tener un determinado derecho no ejercitado.

Esta amplia gama de atribuciones configuran lo que en doctrina se conoce como "derechos auxiliares del acreedor" y que forman parte de los "efectos de las obligaciones", aun cuando tienen un carácter complementario o secundario, lo cual, por lo demás, precisamente justifica la nomenclatura con que son designados.

Por otro lado, estos derechos auxiliares del acreedor guardan íntima relación con la prenda común que ya comentamos, cumpliendo una función de tutela y respaldo de su vigencia práctica.

Cuando tratamos, en el capítulo anterior, de las garantías de la obligación, señalamos que la responsabilidad ilimitada, en general, no inhibe al deudor para administrar y disponer libremente de sus bienes ya que, en caso contrario, a más de originarse una situación absurda y arbitraria, se entrabarían ilegítimamente las potestades esenciales del deudor, con la consiguiente inmovilidad que se produciría en las relaciones económicas y en el tráfico jurídico.

Sin embargo, y como también advertimos en su oportunidad, para que la garantía genérica resulte realmente efectiva y no se convierta, en definitiva, en un derecho ilusorio del acreedor, la ley lo ha dotado de ciertas facultades que le permiten velar por la vigencia del principio de la integridad del patrimonio, toda vez que es en éste, a la postre, donde podrán dirigir las acciones tendientes a obtener la ejecución forzada de la

obligación o su cumplimiento por equivalencia mediante la indemnización de perjuicios.

En consecuencia, los derechos auxiliares del acreedor constituyen una garantía —entendida ésta en un sentido amplio— y a través de su aplicación se logra armonizar y conciliar, por una parte, la libertad del deudor. que no puede quedar absolutamente coartada por el mero hecho de contraer una obligación, y por la otra, el legítimo interés que tienen los acreedores en orden a proteger la satisfacción de sus créditos y evitar que el "derecho de prenda general" de que gozan termine siendo burlado.

Los derechos auxiliares, como bien indica un autor, persiguen una doble finalidad, por cuanto tienen por objeto conservar incólume el patrimonio del deudor a fin de que exista una "materialidad" sobre la cual puedan hacer efectivos sus créditos, evitando la destrucción o menoscabo de los bienes que lo componen, y, al mismo tiempo, permiten que ingresen nuevos bienes a dicho patrimonio o reingresen aquellos que han salido de él con el propósito de perjudicar al acreedor [29].

Por consiguiente y de conformidad con las ideas anotadas, podemos definir los derechos auxiliares del acreedor como los medios de que dispone el titular del crédito para mantener e incrementar el patrimonio afecto a responsabilidad, a fin de conservar, efectivamente, la garantía general que lo grava y asegurar el cumplimiento de la respectiva obligación.

Habitualmente, nuestra doctrina ha incluido, entre los derechos auxiliares, las medidas conservativas, la acción oblicua o indirecta, la acción pauliana o revocatoria, y el beneficio de separación.

No obstante, cabe hacer presente que algunos autores discrepan de tal enunciación al señalar que existen otros derechos en el ordenamiento jurídico que cumplen la misma finalidad; agregando, aún más, que las cauciones también pueden ser consideradas en esta categoría de derechos. Otros, pretenden agrupar todos los derechos auxiliares bajo la denominación común de "medidas conservativas", la que, por sí sola, podría designar el conjunto de medios que tienen por objeto proteger la prenda común de que gozan los acreedores.

Sobre el particular, hemos de recordar que no corresponde al prósito perseguido por nuestro estudio entrar en debates o discusiones —más bien teóricos—, como el recién enunciado. Sin embargo, nos parece conveniente sumar a los derechos poco más arriba mencionados, y también con la calidad de derecho auxiliar, la acción de simulación y el derecho legal de retención, aun cuando dejamos constancia que este último puede considerarse comprendido en las medidas conservativas o de precaución.

A continuación, trataremos someramente cada uno de los derechos enumerados, mediante una definición conceptual y breve de los mismos, sin extendernos en aspectos tales como su aplicabilidad en nuestra legislación positiva o naturaleza jurídica.

A. *Las medidas conservativas.* Son aquellas que tienen por objeto mantener intacto el patrimonio del deudor, impetrando las providencias necesarias para evitar que sus bienes sufran detrimentos, o con el fin de garantizar el ejercicio de un derecho determinado.

Diversos preceptos legales se refieren a las medidas conservatorias o de precaución. Entre las que figuran en el Código Civil cabe citar, aunque sólo sea por vía de ejemplo, el artículo 761, en relación con el fideicomiso; el artículo 1222 referente a la guarda y aposición de sellos; el artículo 1078, relativo a las asignaciones testamentarias bajo condición suspensiva; el artículo 1492, que trata el caso del acreedor condicional; el artículo 1766, en materia de inventario y tasaciones, etc.

B. *La acción subrogatoria, oblicua o indirecta.* Este especial derecho cautelar será tratado en los siguientes capítulos.

C. *La acción pauliana o revocatoria.* Se la define como aquella que tiene por objeto obtener que reingresen al patrimonio del deudor bienes que han salido de él, para cuyo efecto el acreedor está facultado para revocar el acto jurídico celebrado con fraude y en perjuicio de sus intereses.

---

[29] ALESSANDRI R., A. Op. cit., pág. 117.

La referida acción se haya tratada en el artículo 2468, el cual dispone que: "En cuanto a los actos ejecutados antes de la cesión de bienes o la apertura del concurso, se observarán las disposiciones siguientes:

"1ª Los acreedores tendrán derecho para que se rescindan los contratos onerosos, y las hipotecas, prendas y anticresis que el deudor haya otorgado en perjuicio de ellos, estando de mala fe el otorgante y el adquirente, esto es, conociendo ambos el mal estado de los negocios del primero.

2ª Los actos y contratos no comprendidos bajo el número precedente, inclusos las remisiones y pactos de liberación a título gratuito, serán rescindibles, probándose la mala fe del deudor y el perjuicio de los acreedores.

3ª Las acciones concedidas en este artículo a los acreedores expiran en un año contado desde la fecha del acto o contrato".

D. *El beneficio de separación.* Este derecho se encuentra consagrado en el artículo 1378 y consiste en la facultad que la ley otorga a los acreedores hereditarios y testamentarios para pedir que no se confundan los bienes del causante con los del heredero a fin de que con los bienes de aquél, se les pague con preferencia a los acreedores personales de éste.

E. *La acción de simulación.* Es aquella que pueden ejercer los terceros a quienes la simulación perjudica, con el objeto de que se declare cuál ha sido la voluntad real de las partes.

Cabe llamar la atención en el hecho de que no hay, en nuestra legislación positiva, una disposición especial que consagre en términos explícitos la acción de simulación. No obstante, su existencia fluye como una lógica consecuencia de las normas y principios que, en materia de voluntad y consentimiento, contiene nuestro ordenamiento jurídico.

F. *El derecho legal de retención.* Corresponde a la facultad que la ley confiere a la persona obligada a entregar una cierta cosa para conservarla en su poder, a título de mero tenedor, hasta que le sea pagado o asegurado el pago de aquello que le es debido por razón de la misma cosa.

Sobre esta materia, es menester destacar que nuestro Código Civil, a diferencia de otros —v.gr. Código Civil argentino (artículo 3939)—, siguiendo el ejemplo francés, sólo se limitó a señalar casos en los que procedía este derecho de retención, sin contemplar una norma general relativa al mismo.

Disposiciones especiales del Código Civil que se refieren a este derecho las encontramos en el artículo 662, con respecto a la accesión; artículos 756 y 800 en materia de fideicomiso y usufructo, respectivamente; artículo 1937, sobre contrato de arrendamiento; artículo 2162 referente al mandato; artículo 2193, en relación con el comodato y artículo 2234, relativo al depósito.

Capítulo IV

ORIGEN HISTORICO DE LA ACCION SUBROGATORIA

El origen histórico de la institución en estudio lo encontramos en el antiguo derecho romano, en el cual aparece revestida de caracteres poco definidos y sujeta siempre a las mutaciones experimentadas por el orden procesal.

En la etapa arcaica de aquel derecho, dominada por el procedimiento de las "legis actionis", existían básicamente, como medios de ejecución, la "manus injectio" y la "pignoris capio", a través de los cuales era la misma persona obligada quien respondía —materialmente— de sus compromisos patrimoniales, estando habilitado el acreedor, en caso de incumplimiento, para "apoderarse" del deudor no pagaba [30]. Así pues, en esta fase de la evolución del derecho romano puede afirmarse que, por regla general, el acreedor no ejercitaba derechos o acciones del deudor y, más aún, ni siquiera detentaba, salvo excepciones, facultades sobre los bienes corporales pertenecientes a éste.

---

[30] D'Ors, Alvaro. *Derecho Privado Romano* (Ediciones Universidad de Navarra S.A. Eunsa, Pamplona, 1977), pág. 107.

Posteriormente, bajo la vigencia del sistema "agere per formulas", obra del pretor Rutilio, nace la "missio in bona", concebida como un embargo ("missio in possessionem") o medio coactivo decretado por la autoridad con el fin de preservar ciertos derechos; generalmente no relativos a bienes determinados, sino que a todo el patrimonio del deudor.

Una vez que era ordenada la "missio in bona", los acreedeors adquirían la posesión de los bienes del deudor, para cuya administración solicitaban al magistrado el nombramiento de un "curator", como requisito previo para proceder a la "venditio bonorum" (venta de todo el patrimonio del deudor). Luego, y para los efectos de realizar la correspondiente enajenación, los acreedores, de común acuerdo, designaban un "magister" que adjudicaba los bienes al mejor licitador.

La persona que resultaba elegida curador quedada, por su parte, facultada para ejercer una "actio utilis" frente a los deudores del ejecutado, con lo cual pasaba a tener la calidad de sustituto procesal, compareciendo en el juicio en nombre propio, para hacer valer derechos ajenos [31].

No obstante la posible semejanza que se advierte entre la situación más arriba descrita y la acción oblicua, como se conoce hoy, participamos de la opinión de aquellos que consideran el procedimiento recién comentado un antecedente demasiado remoto de la acción en estudio como para hallar en él su génesis inmediata.

En efecto, a través de la "missio in bona", ninguno de los acreedores estaba habilitado para ejercitar por sí y directamente, derechos pertenecientes al ejecutado; y ello por cuanto el "successor in universum ius", y no cada uno de los acreedores, representaba al deudor, ejercitando sus derechos y acciones en una suerte de juicio universal similar a nuestro procedimiento de quiebra.

En las postrimerías del período formulario —y con los cambios introducidos por Diocleciano— la "bonorum venditio" es substituida por la "bonorum distractio" [32], en cuya virtud un "curator" procedía también a vender los bienes del deudor, pero no ya en masa o en bloque, sino que sólo por aquella parte de su patrimonio necesaria para satisfacer a los acreedores.

Sin embargo, y al igual que en el anterior procedimiento, en este caso les quedaba vedado a los acreedores ejercer, por su cuenta, las acciones del sujeto obligado, debiendo todos ellos actuar representados por un mandatario común, quien, a su vez, estaba provisto de "utilitates causa" en la ejecución de aquellos créditos que tuvieren por titular al deudor.

Ahora bien, la generalidad de los tratadistas coinciden en señalar, como el antecedente más inmediato de la acción que nos ocupa (siempre dentro del estudio del derecho romano) el "pignus in causa judicati captum", introducido por Antonino Pío.

Según Gutiérrez-Alviz, estamos en presencia de aquel procedimiento "cuando por mandato de la autoridad competente, se constituye sobre determinados bienes del patrimonio de un deudor solvente condenado judicialmente, y en beneficio del acreedor que ha obtenido en su favor la sentencia, un derecho de prenda —mediante el embargo de los mismos— a fin de garantizar su crédito, con la posibilidad que, de no satisfacerlo en un cierto plazo, serán enajenados por los funcionarios dependientes de la autoridad que los decretó, para con su precio, en caso de ser posible su venta o adjudicación, en el supuesto contrario, satisfacer al acreedor" [33].

Conjuntamente con esta prenda judicial, existía también el *pignus* convencional, que contemplaba la posibilidad de garantizar un crédito no sólo con bienes corporales, sino que gravando otros créditos ("pignus nominis"). A través de esta fórmula, se otorgaba convencionalmente al acreedor la facultad de exigir, con la "actio utilis" concedida por el Pretor, el pago de un tercero deudor o de obtener la venta del crédito pignorado [34].

---

[31] BETTI, E. Op. cit., pág. 361.

[32] Ver D'ORS. Op. cit., págs. 158 y 159.

[33] Citado por GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *La Acción Subrogatoria* (Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959), pág. 103.

[34] BETTI, E. Op. cit., pág. 361.

Si bien es cierto en el *pignus* convencional y judicial se pueden hallar los gérmenes de la acción indirecta, existe, sin embargo, una característica común a todas las vías de ejecución previstas por el derecho romano que la hacen diferente de la subrogatoria actual, cual es la intervención constante de la autoridad del Pretor, sea mediante el otorgamiento de la acción requerida, o a través de la actuación realizada por sus oficiales auxiliares.

Con el transcurso del tiempo, las evidentes dificultades e inconvenientes prácticos que los diversos procedimientos ejecutivos imponían a los acreedores en orden a obtener la satisfacción de sus créditos, llevaron a que en uso de la autonomía privada, los particulares comenzaran a incluir en sus relaciones contractuales una cláusula de estilo ("instrumentum guarantigiatum") por la cual se autorizaba al acreedor el embargo y venta de los bienes del deudor, en el evento que éste incumpliera su obligación.

La inserción de la referida cláusula dio origen a la "hipoteca general", en cuya virtud se creaba un vínculo real entre el patrimonio afectado y el titular del derecho personal respectivo.

Por último, estas innovaciones introducidas por el derecho intermedio serán luego complementadas y desarrolladas por el antiguo derecho francés, hasta llegar así a abandonar los requisitos engorrosos impuestos por el procedimiento romano —v.gr. necesidad de autorización judicial, existencia de una sentencia condenatoria o constitución de *pignus* convencional, respeto por el orden de prelación para enajenar bienes del deudor, etc.—, para dejar entregado el ejercicio del derecho o acción al mismo acreedor de manera inmediata.

Un dato ilustrativo de la evolución experimentada en tal sentido nos lo proporciona un texto de Basagne [35], quien, comentando el artículo 278 de la Costumbre de Normandía, habla de una subrogación "natural" —en concepto de Sacco "automática"— por la cual todos los acreedores pueden ejercitar, directamente, derechos y acciones que posea el deudor contra terceros.

Finalmente, la escuela culta desarrolló el concepto jurídico recién comentado, perfilando, de este modo, el instituto subrogatorio actual, mientras que los prácticos y la jurisprudencia, por su parte, sostuvieron que el acreedor estaba habilitado para obrar contra el deudor de su deudor, tanto en cuanto concurriesen tres requisitos copulativos, a saber: a) Que el tercero estuviere confeso; b) Que el primer deudor hubiese sido condenado; y c) Que el sometido a excusión fuere previamente declarado insolvente [36].

Capítulo V

LA ACCION SUBROGATORIA EN EL DERECHO COMPARADO

Advertencia preliminar

Previo al desarrollo del tema enunciado —y con la precisa finalidad de evitar que nuestro trabajo pueda ser considerado víctima de atrofia o desproporción en relación con su título—, hemos estimado conveniente advertir que las materias en él contempladas, de modo alguno, se limitan a una simple transcripción del pensamiento extranjero sobre el particular.

En efecto, al abordar el presente estudio, como también el referente a las consecuencias de la acción subrogatoria, optamos por mencionar las doctrinas que nos parecieron más relevantes, pero sin que ello implicara agotar su tratamiento en la mera exposición de las mismas, pues, como se verá, cada una de ellas ha sido objeto de un comentario especial.

De otro lado, es nuestra intención que el análisis de las distintas teorías a que se hace alusión sea enfocado en términos prácticos y no solamente académicos, y teniendo en cuenta, principalmente, su posible aplicación en el sistema jurídico nacional. Por lo mismo, en diversas oportunidades nos pronunciamos contrarios a todas las tesis formuladas por la doctrina, adoptando una opinión personal respecto al problema concreto del cual conozcamos.

---

[35] Citado por Gullón B., Antonio. Op. cit., pág. 105.

[36] Giorgi, Jorge. *Teoría de las Obligaciones*, Vol. II (Editorial Reus, Madrid, 1928), pág. 237.

Otro camino —que en esta ocasión no seguimos— hubiera sido el volver sobre estos puntos al tratar de la acción oblicua en el Código Civil chileno. Sin embargo, pensamos que tal alternativa se prestaba a reiteraciones odiosas, las que si bien eran necesarias para su adecuada comprensión, sólo contribuían a introducir confusiones que, a la postre, podían desvirtuar aquellas ideas fundamentales que pretendemos sean el núcleo central de nuestro estudio.

1. *Conceptos generales*

Prácticamente la generalidad de los países cuyo ordenamiento jurídico está inspirado en el derecho continental, ha consagrado la acción subrogatoria en términos más o menos explícitos.

Nos parece que sería pretencioso de nuestra parte hacer referencia, en esta obra, a todas aquellas legislaciones que contemplan la mencionada acción, a más de que ello implicaría estar en posesión de una erudición de la cual carecemos.

Así pues, hemos creído conveniente tratar el tema de este capítulo tomando como base, principalmente, el derecho francés e italiano y, a modo de complemento, algunos comentarios del sistema español.

Cabe advertir que la opción indicada no se debe al azar ni a un acto caprichoso. Estimamos que resulta de trascendental importancia, estudiar la normativa que rige al instituto subrogatorio en el ordenamiento jurídico francés, toda vez que fue en él, fundamentalmente, donde nuestro legislador halló su fuente de inspiración. Por otro lado, la doctrina elaborada por los autores italianos en relación con la materia, ha venido a despejar muchas de las dudas que se han presentado con ocasión de su estudio, al mismo tiempo que aporta nuevos criterios y teorías que si bien nuestro legislador no pudo siquiera prever, son, sin embargo, algunos de ellos, plenamente aplicables a los sistemas jurídicos que establecen la garantía que estudiamos.

Ahora bien, la moderna doctrina extranjera concuerda en vincular en términos esenciales la acción indirecta con la responsabilidad ilimitada y, en concreto, con el principio de la integridad del patrimonio del deudor, que no es sino una derivación de la primera.

Es así que toda persona que entra en una relación jurídica obligatoria con otra, tiene en consideración la "prenda" legal que grava el conjunto de bienes que conforman su patrimonio, los cuales son, como se sabe, de muy variada naturaleza. En él se comprenden los bienes corporales y los incorporales, los presentes y futuros, las meras facultades y los derechos adquiridos y, en fin, una serie de créditos, acciones y deudas que reflejan, en definitiva, la situación económica de su titular.

Pues bien, aquella universalidad jurídica que tiene por sujeto al deudor interesa particularmente a sus acreedores, de manera que el ingreso o sustracción de los bienes que lo constituyen no puede quedar simplemente entregada al arbitrio de aquél, y menos aún, a su eventual mala fe.

Es por ello que, conjuntamente con la garantía común que tienen los acreedores y que se hace efectiva en todo el patrimonio de la persona obligada, se ubica la acción subrogatoria como una medida de reforzamiento de dicha tutela, en cuya virtud pueden éstos, con ciertas limitaciones y bajo determinadas condiciones, ejercer los derechos de su deudor.

Sin perjuicio de que más adelante trataremos, en forma detenida, los requisitos que deben concurrir para estimar procedente la acción, es del caso destacar, desde ya, que el ejercicio de la misma no implica, si es bien entendida, violentar el derecho que tiene cada cual para administrar libremente sus negocios. Lo anterior, debido a que no basta, por sí solo, para autorizar el ejercicio de tal facultad la mera inacción del deudor en relación con el cuidado de sus asuntos patrimoniales, sino que es menester que dicha pasividad —que en ciertos casos puede asumir la forma de fraude— se deba al menos a culpa y se traduzca, además, en un perjuicio para los intereses de los acreedores, como ocurriría, por ejemplo, si al momento de hacer efectivos sus créditos no encuentran bienes suficientes que permitan la debida satisfacción de los mismos. De esta manera, se colige que la potestad que detenta el deudor en orden a administrar libremente su patrimonio no constituye un atributo absoluto por

cuanto, anexa a ella, está presente la obligación de no causar daño a terceros y, en especial a su acreedor, cuyo derecho también merece igual protección, la que no se daría en el caso de consentir en una extensión ilimitada de la libertad que posibilitare, incluso, amparar la negligencia o dolo.

En este sentido, aciertan Planiol y Ripert cuando afirman que la acción oblicua es una conciliación entre dos intereses legítimos opuestos: "el del deudor, de ser dueño de sus negocios, y el de los acreedores, de ser protegidos contra su inercia" [37].

2. *Naturaleza jurídica de la acción subrogatoria.*

En capítulos anteriores de este trabajo, hemos hecho referencia a la evolución que en el tiempo ha experimentado el concepto de obligación. Así, señalamos que en los orígenes del derecho romano lo esencial era la persona del deudor, la cual respondía, por decirlo de alguna forma, "materialmente" de la prestación debida; para luego variar esta noción hacia la tesis del vínculo jurídico que sirve de basamento a la teoría de la obligación moderna, la cual, en su construcción actual, reviste un contenido sustancialmente económico.

Este principio general se ha erigido como el fundamento de la responsabilidad ilimitada, de la cual derivan, a su vez, otros derechos tales como la acción pauliana e indirecta, las que si bien son diferentes entre sí, están, sin embargo, animadas por aquella misma premisa central.

Con el propósito de justificar la existencia de esta clase de acciones, la doctrina ha recurrido a diversas explicaciones.

Entre ellas, cabe destacar por ejemplo, la posición de Pacchioni [38], según el cual existe un doble dominio sobre el patrimonio del deudor. De un lado, el del acreedor, titular de una garantía genérica destinada a obtener la satisfacción del crédito y, por otro, el señorío correspondiente al propio deudor.

Rocco, por su parte, basándose en la misma concepción anterior, piensa que la "prenda genérica" o garantía común de que gozan los acreedores, se traduce en una facultad de obrar sobre la persona o el patrimonio que se agrega al derecho de crédito en caso de incumplimiento, formando el contenido de un derecho distinto de aquél, "de un derecho no ya hacia el deudor, es decir, no de carácter personal, sino real y absoluto" [39].

En otra línea diversa, pero sin dar respuesta acerca del hecho que justifique la existencia de la acción indirecta, Sacco [40] se detiene en analizar los intereses que la misma lleva envueltos. En síntesis, destaca el interés del acreedor que recurre a su ejercicio con el objeto de aumentar el patrimonio afecto al cumplimiento de la obligación; el relativo al propio deudor, en cuanto a la posible recuperación o conservación de sus bienes; el interés del tercero, ante las eventuales ventajas que puedan ser consecuencia de la inactividad del titular del derecho; y, finalmente, aquel que tienen los demás acreedores frente a la oportunidad de beneficiarse, virtualmente, con el resultado de la acción intentada.

Las consideraciones reseñadas no explican, a nuestro juicio, ninguna por sí sola la existencia del instituto subrogatorio y, al mismo tiempo, no se detienen en el estudio de la naturaleza jurídica de la acción que nos ocupa.

En relación con lo último, son numerosas las teorías que ha elaborado la doctrina y jurisprudencia extranjera.

Los autores, en esta materia, básicamente se dividen en tres grandes posiciones que agrupan los criterios vertidos en razón de su tratamiento, sin perjuicio de que existan también otros que, por su escasa aceptación, no consideramos necesario comentar. Tal es el caso, por ejemplo, de las teorías procesalistas de Andrioli y Nicolo.

---

[37] Citados por BIDEGAIN, Carlos María. *La Acción Subrogatoria, Oblicua o Indirecta* (La Ley, T. XX, octubre-diciembre, Buenos Aires, 1940), pág. 14.

[38] Citado por GULLÓN B., Antonio. Op. cit., pág. 108.

[39] Citado por GULLÓN B., Antonio. Op. cit., pág. 108.

[40] Citado por GULLÓN B., Antonio. Op. cit., pág. 108.

En primer lugar, existe el pensamiento que podríamos denominar clásico, en torno al cual se concentra un importante sector de la doctrina francesa y que concibe a la acción oblicua como una medida conservativa, entendido el término como opuesto al ejercicio de aquellas acciones que cumplen una función ejecutiva. Es decir, para estos autores la subrogatoria descarta la posibilidad de obtener un pago inmediato del tercero en beneficio del acreedor que la ejercita, siendo su objetivo propio y específico incrementar el patrimonio del deudor.

La concepción aludida también ha encontrado acogida en tratadistas italianos, entre los cuales cabe mencionar a Pachioni y Ferrara. El último de los citados la considera un medio conservatorio que tiene por finalidad preparar la ejecución mediante la "transformación de los elementos potenciales del patrimonio en reales, de manera de obtener, sobre ellos, la satisfacción del crédito" [41].

Una segunda alternativa la hallamos en aquellos juristas que ven en la acción indirecta una función meramente ejecutiva, tesis que hoy en día cuenta con escasos seguidores, ya que presenta serios inconvenientes y de muy variada índole, como el hecho de que aceptarla implica, necesariamente, negar a los acreedores condicionales y a plazo la posibilidad de recurrir a su ejercicio.

El referido criterio encuentra su mayor apoyo en la jurisprudencia de los tribunales franceses que, en ciertas oportunidades, han exigido como condición para estimar admisible la acción la existencia de un crédito cierto, líquido y exigible. La imposición de tal requisito ha llevado a que algunos, resistiéndose a reconocer la tesis ejecutiva en su sentido puro, afirmen que la subrogatoria reviste una naturaleza mixta. En este predicamento se ubican, entre otros, Henri, León y Jean Mazeaud [42].

La tercera teoría de importancia en el asunto que estudiamos es aquella que podríamos llamar ecléctica y que se caracteriza por no reconocer una finalidad única a la acción. Entre sus partidarios destaca D'Avanzo [43], quien señala que en la mayoría de las situaciones prácticas, el acreedor persigue la satisfacción inmediata de su crédito, agregando que no obstante ello, la acción tendrá una u otra dirección dependiendo de los derechos del deudor que se hagan valer con ella.

Igual planteamiento es el formulado por De Ruggiero para el cual la acción oblicua puede cumplir tanto una función conservadora como ejecutiva, según si al utilizarla el acreedor se limita a mantener la integridad del patrimonio del deudor para, más tarde, actuar ejecutivamente sobre los bienes que reingresen a él o si a través de su ejercicio pretenda adquirirlos inmediatamente a objeto de obtener el cumplimiento de la correspondiente obligación. En la segunda hipótesis, señala el citado autor, "su función conservadora queda como absorbida en la ejecución inmediata y directa del deudor; los dos momentos de la conservación del patrimonio para que el acreedor consiga lo que le es debido y el de esta consecución misma se unifican, sin que, no obstante, (por lo menos conceptualmente) el primero desaparezca, hallándose más bien en la relación de medio a fin" [44].

En una concepción similar a la anotada, Zucconi [45] afirma que considerada en sí misma, la acción no puede ser calificada de cautelar ni de ejecutiva. Idea ésta, de la cual participan también Chiovenda, Manfredini y Betti [46].

Pero, es sin duda Giorgi el más ardiente defensor del pensamiento que exponemos y quien mayores consecuencias prácticas extrae de su aplicación.

El connotado jurista italiano se pregunta ¿cuál es el objeto que se propone el acreedor al ejercitar los derechos de su deudor? y responde que éste puede ser doble: "o conseguir el pago, apropiándose directamente el producto del derecho de la acción ejercitada, o bien, conseguir una garantía a un medio de pago, ingresando el producto en el patrimonio del deudor

---

[41] Citado por GULLÓN B., Antonio. Op. cit., pág. 110.

[42] MAZEAUD. Op. cit., pág. 249.

[43] Citado por GULLÓN B., Antonio. Pág. 110.

[44] DE RUGGIERO, R. Op. cit., pág. 164.

[45] Citado por BETTI, E. Op. cit., T. II, pág. 370.

[46] Citado por BETTI, E. Op. cit., T. II, pág. 370.

para venderlo más tarde, o apropiárselo", y agrega, "si el acreedor puede o quiere cobrar inmediatamente y el producto del derecho o de la acción se prestan a una apropiación directa, usará el uno o la otra para hacerse pagar pronto" [47]. En consecuencia, en la primera hipótesis recurrirá a un procedimiento ejecutivo, mientras que en la segunda, a uno de carácter conservativo.

Como es de suponer, las observaciones de Giorgi no han escapado a las ácidas críticas de los seguidores de la corriente "clasica" inspirada en la doctrina francesa. Entre ellas, la más socorrida es aquella que funda su oposición en el hecho de que aceptar que al acreedor, mediante el ejercicio de la acción, le sea permitido obtener directamente el cobro de su crédito, importaría admitir que, a través de este expediente, se abran las puertas del fraude al posibilitar una violación en el orden de prelación establecido por la ley. Ello por cuanto se facilitaría un actuar simulado sobre la base de acuerdos entre algún acreedor y el deudor, fingiendo inacción de una parte y, puesta la misma previamente en conocimiento de la otra, el ejercicio de la acción en su exclusivo provecho.

La crítica enunciada, si bien no carece de ingenio, nos parece, sin embargo, insuficiente para descartar de un modo absoluto la teoría recién expuesta.

En nuestra opinión, la distinción realizada por De Ruggiero y Giorgi —que dicho sea de paso fue insinuada por Aubry y Rau y tomada en consideración por Demogue— nos parece plenamente aceptable.

La refutación de la escuela clásica se constituye sobre la base de premisas que, a nuestro entender, se dan por supuestas e imputan gratuitamente a los creadores de la teoría en estudio. En efecto —y aun cuando no hemos encontrado réplica de sus seguidores a esta clase de embates doctrinarios—, en ninguna parte de la tesis que aquí defendemos aparece que la satisfacción directa de la prestación que se derive del ejercicio de la acción sea en beneficio "exclusivo" del acreedor que la entabla. Lo que si se dice es que a través de esta vía el titular del crédito puede lograr su satisfacción mediante la aplicación de lo obtenido a su correspondiente acreencia.

Sin perjuicio de que más adelante, al tratar de los efectos de la acción subrogatoria, analizaremos la situación que se produce respecto de aquellos que no participaron en su ejercicio, cabe señalar que en lo relativo al aspecto que comentamos la teoría en referencia no implica, necesariamente, desconocer los órdenes de prelación y preferencias creados por la ley toda vez que, de su misma formulación, no se desprende que el producto de la acción no pueda distribuirse entre los diversos acreedores a prorrata de sus derechos y respetando las correspondientes preferencias.

Por otra parte, y para el caso de que no se aceptare la argumentación que hemos esgrimido en ayuda de esta doctrina, es menester recordar que existen medios legales, tales como la acción pauliana y de simulación, destinados a evitar la verificación de fraudes y colusión entre las partes involucradas.

Ahora bien, un aspecto distinto del anterior y que no podemos desconocer, es el que dice relación con la posible "injusticia" que lleva consigo el hecho de que el actuar de un acreedor diligente, que obtiene beneficios con el ejercicio de un derecho o acción de su deudor, pueda eventualmente reportar provecho para los demás acreedores que han asumido una actitud contemplativa, o incluso más, que toda su gestión resulte, en definitiva, ilusoria para sus intereses particulares.

Esta posible iniquidad ya la proclamaba Josserand, proponiendo salvarla mediante la substitución de la acción subrogatoria por una acción directa que permitiera al acreedor ingresar el producto inmediatamente en su patrimonio. Sin embargo, el mismo tratadista se encarga de recordar que la acción directa "es una especie de pago, de vía de ejecución, que da al acreedor una situación preponderante y verdaderamente exorbitante en el derecho común" [48].

[47] GIORGI, J. Op. cit., pág. 238.

[48] Citado por BIDEGAIN. Op. cit., pág. 19.

3. *Calidad que reviste el acreedor cuando ejercita un derecho o acción de su deudor*

Como ya lo adelantáramos en el primer capítulo del presente trabajo, corresponde a la esencia de toda subrogación personal y por ende también a la acción oblicua, el hecho que una persona pase a ocupar, jurídicamente, el lugar o posición de otra. No obstante, cabe preguntarse ¿cuál es la naturaleza de esta substitución?, ¿en qué figura legal —si la hay— se enmarca la actuación del acreedor que acciona por la vía indirecta?

Similar a lo reseñado en el número precedente es lo que sucede al indagar sobre el tema enunciado, pues son también múltiples las teorías que se han pronunciado con motivo de su tratamiento y estudio.

En síntesis, existe una opinión —que a nuestro juicio es la correcta— que considera al acreedor un representante del deudor o especie de mandatario (pero distinto del mandatario común u ordinario) que ejercita, por su cuenta e interés, una acción ajena en virtud de una facultad que le confiere la ley. En otras palabras, en la acción subrogatoria el acreedor actúa como un "procurator in rem suam", obra no en "iure proprio" sino "ex iuribus debitoris", y, desde este punto de vista, es un causahabiente del deudor y no un tercero; "actor en su interés personal, porque no se preocupa de la ventaja del deudor, sino sólo de la suya, que consiste en conseguir pronto o tarde el pago de su crédito" [49].

Una variante de esta primera teoría, que en nuestro concepto resulta equivocada, es la que postulan autores como Larombiere y Colmet de Santerre [50] para los cuales el acreedor es un simple mandatario del deudor, criterio que no resiste mayor análisis si se recuerda que el mandatario común no obra en su propio interés sino que lo hace en interés del mandante.

Otros estudiosos, v.gr., Labbé, Aubry y Rau y Laurent [51] van más allá, apartándose incluso de esta primera opinión, al negar al acreedor la calidad de mandatario, sea legal o convencional, señalando que éste ejercita un derecho del deudor como si ejercitara un derecho propio, lo que los sitúa, en realidad, precisamente en la posición contraria.

Giorgi [52], atacando tales afirmaciones se limita a preguntar ¿cómo se concilia con el principio enseñado por los mismos autores, según el cual el acreedor obra *ex iuribus* del deudor?

La segunda tesis de importancia relativa a este asunto es aquella que sostiene, de un modo categórico, que al ejercitar el acreedor un derecho o acción del deudor actúa a nombre propio, como "procurator in rem propriam". Esta teoría, sin embargo, sólo se fundamenta en argumentos de carácter histórico que no convencen ni dan razón de sus dichos. Es por ello que en la actualidad, es ínfimo el número de sus partidarios y ha quedado empolvada en los escritos de juristas como Proudhon, Masse y Verge, Demolombe y Acollas [53].

4. *Requisitos de la acción subrogatoria*

Las condiciones, requisitos o supuestos cuya concurrencia exige la doctrina y legislación para entablar la acción subrogatoria, son susceptibles de ser analizados desde diversos puntos de vista. Con tal objeto, y para un mejor orden, hemos estimado conveniente clasificarlos distinguiendo entre aquellos que afectan al acreedor, los que se refieren al deudor y, finalmente, los relativos a las formalidades que deben observarse para ejercitar legítimamente la acción.

A modo de advertencia, es del caso señalar que las materias que dicen relación con los terceros contra quienes se dirija el actor serán tratadas, más detenidamente, al estudiar en otro apartado los efectos de la acción oblicua.

A. *Condiciones del ejercicio relativas al acreedor.* Un aspecto en el cual la totalidad de la doctrina está conteste es en exigir al acreedor, a fin de que pueda intentar la acción, el que tenga interés

[49] GIORGI, J. Op. cit., pág. 240.

[50] Citados por GIORGI, J. Op. cit., pág. 242.

[51] Citados por GIORGI, J. Op. cit., pág. 242.

[52] GIORGI, J. Op. cit., pág. 242.

[53] Citados por GIORGI, J. Op. cit., pág. 242.

en su ejercicio. La procedencia de dicho requisito es evidente y no sólo se apoya en la lógica y derecho sustantivo, sino que también en condiciones que reclama la disciplina procesal toda vez que cualquiera persona que pretenda poner en movimiento la actividad jurisdiccional del Estado debe manifestar y probar un interés, las más de las veces de carácter pecuniario (aunque en ocasiones de excepción se admita el simplemente moral) que justifique la necesidad de cautelar sus derechos por la vía judicial.

Ahora bien, la razón que motiva al acreedor a ejercitar la acción indirecta no es otra que la de precaver la frustración en la satisfacción de su crédito, debida a una eventual insuficiencia de bienes en el patrimonio afecto a responsabilidad y en el cual hacer efectivo el cumplimiento de la obligación.

Sin embargo, esta situación de peligro que induce al titular del crédito a obrar, debe tener necesariamente —como veremos más tarde— una contrapartida en la actitud asumida por el deudor, consistente en su inactividad o negligencia. En este sentido, Bigot-Premaneu señala, al explicar la disposición del artículo 1666 del Código Civil francés, que "el que contrae deudas compromete todos sus bienes. Esta prenda sería ilusoria si, con perjuicio de sus acreedores, descuidara ejercitar sus derechos" [54].

Como bien nos indica un autor (aunque sólo parcialmente) los acreedores tienen, pues, interés en la acción oblicua cuando el deudor, causándoles un perjuicio, ha renunciado al derecho que detenta contra un tercero o se niega a proceder o descuida de hacer efectivo su crédito [55].

En otro orden de ideas, y dando por supuesto la necesidad de que exista un crédito que posibilite entablar la acción, cabe preguntarse ¿qué condiciones especiales debe reunir éste para que sea admisible la subrogación?

A diferencia del aspecto tratado poco más arriba, no existe en esta materia uniformidad de criterios en la doctrina.

No obstante, hay un punto que no da lugar a mayores discrepancias y es el que se refiere al hecho de no exigirse, como requisito de procedencia de la acción. el que el correspondiente crédito (que habilita al acreedor para obrar) sea anterior, en el tiempo, al derecho no ejercitado y sobre el cual versará la subrogatoria, a diferencia de lo que ocurre, por expresa disposición de la ley, respecto de la acción pauliana o revocatoria.

Las razones para sostener esta afirmación nos parecen bastante obvias si recordamos que la acción indirecta emana de la garantía común, constituyendo una forma de hacer efectiva la responsabilidad ilimitada. Por lo mismo, todos los bienes del deudor, sean presente o futuros, responden del cumplimiento de la prestación debida y, en consecuencia, son posible objeto de satisfacción a través del ejercicio de la referida facultad.

Las opiniones son divergentes, en cambio, a la hora de establecer si el crédito debe ser cierto y actualmente exigible o si se acepta que pueda también ser condicional o a término.

Frente a la cuestión planteada, la mayoría de los tratadistas españoles, basándose en el artículo 1111 del Código Civil, exigen que el correspondiente crédito sea cierto y actualmente exigible. Se fundan para ello en que de acuerdo con la letra de la disposición aludida sólo se autoriza el ejercicio de la acción oblicua "después de haber perseguido los bienes de que está en posesión el deudor para realizar cuanto se le debe". De la lectura del citado precepto, coligen, pues, que si no se exigieran estas condiciones no tendrían justificación alguna los expresiones empleadas por la ley. De otra parte, agregan, para cumplir con el mandato contenido en el referido artículo 1111 es indispensable que tales requisitos concurran ya que, en caso contrario, no podrían ser "perseguidos" los bienes.

La posición que hemos comentado y que ha sido acogida por la jurisprudencia española, cuenta, entre sus parciales, con Alas [56], De Buen [57], Albaladejo [58] y Gullon Ballesteros [59].

---

[54] Citado por CLARO SOLAR. Op. cit., pág. 586.

[55] CLARO SOLAR, L. Op. cit., pág. 586.

[56] ALAS, Leopoldo. *Derecho Civil* (Editorial Reus, Madrid, 1929), pág. 574.

[57] Citado por ALAS, L. Op. cit., pág. 574.

Contrario a lo que observamos en la doctrina hispana, sucede tratándose de la francesa, que muestra serias divisiones al tratar la materia en análisis.

Verdad es que de los términos de la disposición del Código Napoleón, relativa a la acción que estudiamos, no puede extraerse una conclusión categórica y unívoca respecto a este tema.

El artículo 1166 establece —luego de ocuparse del efecto relativo de los contratos— que "los acreedores pueden ejercitar todos los derechos y acciones de su deudor con excepción de los que estén unidos exclusivamente a su persona".

La mayoría de la doctrina, y con ella la jurisprudencia de los tribunales de Casación, participan de la tesis española en cuanto coinciden en requerir que el crédito que faculta a su titular para recurrir a la acción sea cierto, líquido y exigible, con lo cual la subrogatoria pasa a tener un carácter muy similar al de las medidas ejecutivas. En esta opinión, aunque morigerando el principio se ubican, por ej., Henri, León y Jean Mazeaud [60] y, en forma más enérgica, Labbé y Demolombe [61].

Distinta es la posición de autores como Colin y Capitant [62] quienes sostienen que el Código no condiciona el ejercicio de la acción, por lo que mal podrían formularse reservas que no exige la ley ni los principios generales del derecho; criterio que sigue también Larombiere [63] y que día a día gana mayores aplausos entre los estudiosos y juristas.

En lo que dice relación con la doctrina italiana, algunos tratadistas, v.gr., Messineo [64] y Barassi [65], aún cuando de manera indirecta, se inclinan por la misma tesis dominante en Francia. Otros como Giorgi [66] y De Ruggiero [67] siguen, en cambio, la opinión contraria.

El primero de los autores citados, refutando las argumentaciones de algunos escritores franceses, plantea la siguiente hipótesis: supone el caso de un acreedor a término y un deudor pasivo que dispone de un crédito pero no manifiesta interés alguno en cobrarlo pues sabe que percibirá el pago en beneficio de aquél. Agrega que dicho acreedor tiene su única esperanza en el crédito del cual es titular su deudor y que está próxima a desaparecer porque una caducidad irreparable extinguirá pronto la acción; y se pregunta ¿se podría sostener, con justicia, que este acreedor a plazo no puede obrar contra el deudor de su deudor ejercitando la acción indirecta? Otro ejemplo: Ticia es acreedora, a título de dote y bajo la condición de que se case, y el matrimonio luego habrá de realizarse. Nuevamente se interroga ¿este crédito condicional no sería susceptible de ser equiparado, para los efectos de ejercer la acción oblicua, a uno cierto? Su respuesta fluye como un clamor desesperado: "existe, alguna vez una certeza moral, proveniente de la máxima probabilidad que, puesta en la balanza de la justicia humana, pesa tanto como la certeza absoluta" y afirma, "cuando toda presunción razonable hace creer que la condición se verificará, el crédito condicional puede ser equivalente al crédito cierto" [68].

En nuestro concepto, toda esta problemática relativa a las condiciones que debe reunir el crédito para que sea procedente la acción subrogatoria, debe ser resuelta sobre la base de la distinción del doble objeto que se atribuye a la misma, y que fuera comentada al estudiar la naturaleza jurídica de la representación que ostenta el acreedor que ejercita un derecho o acción de su deudor.

Aplicando esos mismos criterios a la materia que nos ocupa, cabría concluir que si el acreedor intenta la cción como un medio de simple conservación del patrimonio obligado, no se presentarían inconvenientes para prescindir de la certidumbre y exigibilidad del crédito ya

---

58 ALBALADEJO, M. Op. cit., pág. 589.

59 GULLÓN B., Antonio. Op. cit., pág. 112.

60 MAZEAUD. Op. cit., págs. 247 y 248.

61 Citados por GIORGI, J. Op. cit., pág. 270.

62 Citados por GULLÓN B., Antonio. Op. cit., pág. 112.

63 Citados por BIDEGAIN. Op. cit., pág. 24.

64 MESSINEO, F. Op. cit., pág. 146.

65 BARASSI, L. Op. cit., pág. 496.

66 GIORGI, J. Op. cit., pág. 270

67 DE RUGGIERO, R. Op. cit., pág. 165.

68 GIORGI, J. Op. cit., pág. 272.

que en tales casos, también pudo impetrar estas medidas el deudor negligente. De otro lado, nadie desconoce que los acreedores condicionales y a término tienen el mismo interés en conservar la integridad de la garantía que los beneficia.

Por el contrario, en el evento de que el acreedor emplee esta facultad con el fin de apropiarse directamente de su resultado, sería justificable imponer las mencionadas condiciones toda vez que, en esta situación, el representado lo habría requerido, a su vez, para obtener lo debido.

La opinión personal que acabamos de expresar nos parece justa y racional, a más de coherente y armónica con el principio básico, según el cual el acreedor que recurre a la acción reviste la calidad de representante legal del deudor.

En esta parte, estimamos oportuno recordar que los autores nacionales discrepan abiertamente de la posición que aquí sustentamos. Efectivamente, la casi totalidad de los mismos exige que el crédito sea cierto, líquido y actualmente exigible, aun cuando, en la mayoría de los casos, no se den sólidos argumentos en defensa de sus tesis.

Una segunda interrogante que plantea el tema en análisis consiste en determinar si es o no necesario, para ejercer la subrogación, que el crédito que tiene como titular al actor conste en un título ejecutivo.

La situación en que se haya la doctrina en relación con este aspecto no se presenta tan confusa como ocurre en otros órdenes. Es así que podemos afirmar que, salvo escasas excepciones (que en la actualidad ni siquiera son recordadas) como el criterio seguido por Labbé [69], existe unanimidad para rechazar la exigibilidad de tal requisito. En este sentido se pronuncian escritores españoles, franceses e italianos, como asimismo, la jurisprudencia recaída en la materia; sin que encuentre oposición ni aún en aquellos que conciben, como único objeto de la acción oblicua, su función ejecutiva.

No obstante, y para evitar malos entendidos, se hace necesario llamar la atención en el hecho de que lo señalado precedentemente no implica, de manera alguna, vulnerar los derechos de que gozan en este ámbito los terceros contra quienes se dirija el actor. En efecto, desde el momento en que el acreedor actúa en lugar y a nombre de otro (aunque en su propio interés), esto es, *ex iuribus debitoris* y que, por tal razón, el tercero está habilitado para oponerle los mismos medios de defensa que tiene respecto de la parte substituida, el acreedor deberá, pues, emplear el mismo título que detenta el deudor y hacerlo valer en igual forma. Por consiguiente, si quien ejercitando la subrogatoria desea recurrir a un procedimiento ejecutivo, entendido éste en su acepción procesal, necesitará cumplir los requisitos que, para esta clase de juicios, contempla la respectiva legislación, aun cuando hacemos presente que algunos autores, sin invocar a nuestro juicio razones suficientes, niegan la exigencia de tales condiciones, v.gr., Betti, al criticar la posición de Cicu [70].

B. *Condiciones de ejercicio relativas al deudor.* El supuesto fundamental de procedencia de la acción en este ámbito, se halla ligado —según ya advertimos— con el requisito básico exigido para el actor.

Como señaláramos en el número anterior, condición esencial para poder entablarla es el interés del respectivo acreedor, en orden a prevenir menoscabos sustanciales en el patrimonio afecto a responsabilidad. Este interés, sin embargo, no se basta a sí mismo para justificar sin ejercicio ya que menester es, también, que el deudor asuma una actitud de inacción o descuido en lo que dice relación con la administración de sus propios negocios. Y aún más, no constituye tal situación una causal por si sola suficiente para autorizar la subrogación, toda vez que la negligencia del sujeto pasivo debe, necesariamente, implicar un serio peligro para el acreedor en el sentido, por una parte, de no encontrar bienes en los cuales hacer efectivo su crédito al momento en que se haga exigible y, por la otra, que la inercia del deudor de la cual resulte este daño importe que el acreedor se vea

[69] Citado por BIDEGAIN. Op. cit., pág. 26.

[70] BETTI, E. Op. cit., T. II, pág. 376.

privado del beneficio que lleve consigo el derecho o acción susceptible de ser ejercido por vía indirecta.

En consecuencia, el hecho de que un deudor renuncie a exigir el crédito que tiene contra un tercero no legitima, sin más requisito, la procedencia de la acción oblicua, como sucedería, por ej., en el caso de que este mismo deudor dispusiere de otros bienes para responder del cumplimiento de la correspondiente prestación. Dicho en otros términos, la amenaza que de la inactividad del sujeto obligado se derive para el acreedor debe ser cierta y determinante; traducirse, como bien indica un autor, en un razonable temor de insolvencia [71].

En el evento de que no se exigieran estos supuestos para considerar oportuna la acción, se daría ocasión para violar el señorío que sobre su patrimonio tiene el deudor al permitir, ante cualquier descuido suyo, por leve que fuera, una intromisión arbitraria —por decir lo menos— en la dirección de sus personales asuntos.

Creemos que el problema de verificar si concurren, en un caso específico, los requisitos que hemos comentado (negligencia y peligro de insolvencia) no puede ser solucionado a través de la aplicación de una regla científica y abstracta formulada "a priori", sino que será una cuestión de hecho que soberanamente habrá de resolver el juez, atendiendo a las particularidades de la situación concreta sometida a su conocimiento.

Otra de las interrogantes a que da lugar el tema abordado, se relaciona con la pregunta de si, para ejercitar las acciones y derechos del deudor, es o no necesario constituirlo previamente en mora.

La generalidad de los tratadistas —a cuya opinión adherimos— estiman que tal requisito no es esencial para declarar procedente la acción. Se fundan, por un lado, en el hecho de que el legislador no ha contemplado esta exigencia y, por otro, en que no existen buenas razones para ello toda vez que —según lo observamos— la negligencia de la cual pueda emanar un perjuicio para el acreedor es causal suficiente para legitimar su actuación, circunstancia por lo demás de hecho, sobre la cual deberá pronunciarse el juez de conformidad con el mérito de los medios de prueba que las partes le suministren.

No obstante, algnos juristas como Labbé y Marcade [72] sostienen la opinión contraria, a la cual, sin embargo, no se justifica hacer referencia desde el momento en que ha sido abandonada, no sólo por la doctrina sino que también por la jurisprudencia que reiteradamente ha recaído en la materia.

Ligada a la cuestión anterior, se halla la duda acerca de la necesidad de la previa excusión para proceder mediante la vía indirecta. Si bien en los orígenes de la acción se prescribía tal requisito, su exigencia fue prontamente olvidada por la práctica francesa y ello en atención, principalmente, a que la acción oblicua no reviste un carácter subsidiario y, por lo mismo, si la ley ha consagrado diversos medios para que el acreedor obtenga la satisfacción de lo debido, no puede, luego, desconocer el derecho que le asiste a elegir libremente cualesquiera de aquellos que le resulte más favorable.

Sin embargo, conveniente es advertir que algunos comentaristas españoles, basados en la letra de la ley (art. 1111 del Código Civil), postulan que el beneficio de excusión ampara al tercero contra quien se dirija la acción. En este sentido se pronuncian, entre otros, De Diego [73] y Alas [74].

A nuestro entender, aun cuando la acción subrogatoria —como lo enseña la mayoría de la doctrina— no cumple una función subsidiaria y por ende no hay necesidad, en principio, de recurrir a la excusión, se hace aconsejable, en ciertos casos, practicar tal medida ya que si el deudor dispone de otros bienes (distintos del derecho sobre que recae la acción) el tercero podría oponer al actor, como execepción, la falta de interés que autoriza la subrogación basándose

---

[71] De Ruggiero, R. Op. cit., pág. 165.

[72] Citados por Giorgi, J. Op. cit., pág. 265.

[73] De Diego, Felipe Clemente. *Instituciones de Derecho Civil*, T. I (Artes Gráficas Julio San Martín, Madrid, 1959), pág. 41.

[74] Alas, L. Op. cit., pág. 574.

en el hecho de no existir un peligro real o perjuicio eventual de importancia en lo relativo a la satisfacción de la correspondiente acreencia.

C. *Requisitos formales para el ejercicio de la acción.* Establecido el hecho de que el acreedor, al accionar por la vía subrogatoria, actúa a nombre y en lugar del deudor, queda entonces en evidencia que no le será permitido sustraerse del cumplimiento de las formalidades y condiciones que requiere el sustituido para ejercitar el derecho o acción de que se trata.

Sin perjuicio de lo dicho, nos parece que tal regla no puede ser formulada de un modo absoluto en razón de que existen determinados requisitos de forma que, a nuestro juicio, constituyen una excepción al principio general que hemos enunciado. En esta situación, se encontrarían aquellos que dicen relación con aspectos derivados de una especial cualidad del deudor, v.gr., la autorización que le es necesaria al menor de edad, a la mujer casada o al interdicto.

Para resolver el problema pensemos en el siguiente supuesto de hecho: Cayo debe a Ticio una cierta suma de dinero. Después de contraída la obligación el primero es declarado en interdicción por prodigalidad. A su vez, Cayo es acreedor de Plinio por otra determinada cantidad. Agreguemos que el crédito de Cayo contra Plinio es el único bien que tiene en su patrimonio y que no manifiesta interés alguno en cobrarlo pues. ya percibido, éste pasará a manos de su acreedor. En esta hipótesis, si Ticio desea intentar la acción oblicua con el fin de obtener del tercero lo que éste debe a su deudor, ¿será menester que recabe la autorización que le es necesaria a Cayo de parte de su curador? Creemos que la respuesta debe ser la negativa, ya que la mencionada formalidad se haya establecida en atención a una situación esencialmente individual de la persona subrogada y cuyo objeto no es otro que el de proteger su patrimonio de una administración dispendiosa. Si se adoptara el criterio opuesto podría, además, convertirse en ilusoria la facultad del acreedor para sustituir al deudor, pues lo más seguro sería que, en estos casos, el representante negare la autorización requerida.

Ahora bien, la pregunta radical que se formula la doctrina en torno a la materia que nos interesa consiste en determinar si, conjuntamente con los requisitos formales que cada hipótesis particular exige, es o no necesario cumplir con una solemnidad de carácter general, cual es la autorización judicial que habilita al titular del crédito para ejercer la acción indirecta. La evolución que en este aspecto ha experimentado el instituto subrogatorio, como asimismo la doctrina y jurisprudencia, no ha sido uniforme.

Algunos autores, apoyándose en la tradición histórica y en el antiguo derecho francés, sostienen que la "subrogación judicial" es condición de procedencia de la acción. Arguyen para ello que la prenda común no permite, sin la autorización que previamente debe emanar del tribunal, apropiarse los bienes del deudor, por lo que mal podrían, mediante el expediente de la subrogación, apropiarse de sus derechos y acciones sin ella. A manera de razón invocan, por ejemplo, la normativa del derecho romano, según la cual no le estaba permitido a los acreedores entablar acciones oblicuas mientras no se privase al deudor de la libre administración de sus bienes, la que era concedida a un "magister" o curador encargado de velar por el interés de la masa.

Un sector de esta doctrina basa su posición en la circunstancia de que no es lícito a nadie hacerse justicia por sí mismo, de lo cual desprenden que el acreedor se halla impedido para actuar sin ser previamente autorizado por el juez [75]; argumentación, esta última, que nos parece pueril y demasiado feble para que merezca ser refutada.

Los juristas que se inclinan por el criterio recién comentado suelen citar, como fundamento del mismo, el artículo 788 del Código Napoleón que faculta a los acreedores de aquel que renuncia a una herencia en perjuicio de sus derechos para hacerse autorizar para aceptarla, en lugar y en vez del deudor (precepto similar al contenido en nuestro artículo 1238).

---

[75] De Ruggiero, R. Op. cit., pág. 166.

Sin perjuicio de que más adelante estudiaremos el alcance de la disposición aludida, baste por ahora señalar que la referencia que a ella se hace no es suficiente, en nuestro concepto, como para colegir el principio general de la autorización judicial, toda vez que, entre otras razones, constituye una norma especial y, por lo mismo, su interpretación debe ser restrictiva.

La segunda opinión relativa a la cuestión en análisis se fundamenta en la distinción del doble objeto de la acción. Entre sus parciales destacan Aubry y Rau y Pacifici-Mazzoni [76], quienes prefieren exigir la "subrogación judicial" cuando el acreedor, ejercitando los derechos o acciones de su deudor, procura apropiarse el resultado obtenido y prescindir de tal condición si el actor sólo persigue conservar la garantía común.

Aunque en su oportunidad nos manifestamos partidarios de la tesis que distingue, en la acción oblicua, una duplicidad de finalidades, no hemos encontrado, sin embargo, razones valederas para arribar a la conclusión indicada a partir de la misma.

En razón de lo dicho, optamos por adherir –al menos en un plano conceptual– a la teoría formulada por aquellos que niegan cabida al requisito de la autorización judicial previa y que es, en la actualidad, la que atrae mayores elogios.

Ya sea por uno u otro motivo, la generalidad de los tratadistas se inclinan por rechazar la procedencia de tal condición argumentando, principalmente, que la necesidad de la misma no se halla impuesta en la ley y que la atribución que para obrar en este sentido se le confiere al acreedor, emanaría *ipso iure* del propio ordenamiento jurídico positivo.

Como seguidores de este criterio destacan Giorgi [77], De Ruggiero [78], D'Avanzo, Nicolo, Baudry-Lacantinerie [79], Larombiere, Delson, Accollas, Masse y Verge, Mourlon, Laurent, Demolombe [80], Colin y Capitant [81] y Marcade [82]; el último de los cuales nos recuerda que en tiempos pasados existió un conflicto entre la jurisprudencia y la doctrina francesa: la primera, contra el requisito y, la segunda, en favor de su procedencia.

A nuestro entender, toda la discusión referente a si debe o no reconocerse a la autorización judicial la calidad de condición habilitante para subrogar al deudor, carece de la importancia que, a primera vista, pudiere presentar. Efectivamente, desde una perspectiva práctica, creemos que el requisito o supuesto de la autorización se cumple implícitamente cuando el acreedor deduce la acción ya que, desde ese momento, deberá probar que concurren en la especie las condiciones de fondo indispensables para entablarla, es decir, la existencia de un crédito de que es titular, la negligencia o dolo de su deudor y, finalmente, el perjuicio que de la inercia del sujeto obligado derive para el actor; frente a lo cual el tercero afectado podrá, a su vez, oponer todas las excepciones que sean procedentes.

Nos parece que exigir una sentencia preliminar que declare el derecho que le asiste al acreedor en orden a subrogar al deudor (creando una duplicidad de relaciones procesales), a más de no tener mayor importancia práctica, contribuiría a complicar un procedimiento de suyo engorroso e imponer una carga cuya existencia no encuentra, realmente, un fundamento legal ni racional verdadero.

Una duda no menos trascendente que la anteriormente tratada, es la que dice relación con el hecho de determinar si el acreedor que ejercita derechos o acciones pertenecientes al deudor, debe también citar a éste al correspondientes litigio o si, por el contrario, es suficiente con el emplazamiento que se hace al tercero.

Fácil es advertir que las consecuencias que se siguen de adaptar una u otra

---

[76] Citados por GIORGI, J. Op. cit., págs. 277 y 278.

[77] GIORGI, J. Op. cit., pág. 279.

[78] DE RUGGIERO, R. Op. cit., pág. 166.

[79] Citados por GULLÓN B., Antonio. Op. cit., pág. 114.

[80] Citados por GIORGI, J. Op. cit., pág. 276.

[81] Citados por GULLÓN B., Antonio. Op. cit., pág. 114.

[82] Citado por BIDEGAIN. Op. cit., pág. 30.

posición revisten fundamental importancia jurídica por cuanto el tema nos lleva indirectamente a preguntar si la setencia que se dicte en el proceso a que dé lugar el ejercicio de la acción oblicua produce a no cosa juzgada respecto al deudor que no participó en el litigio.

Sin perjuicio de que en otro capítulo del presente trabajo analizaremos en profundidad esta problemática, expondremos a continuación unas breves consideraciones sobre el particular.

Durante largo tiempo la doctrina italiana debatió arduamente el asunto. No obstante, luego de la dictación del Código Civil de 1942, cuyo artículo 2900 reemplazó el antiguo artículo 1234, correspondiente al texto de 1865, la disputa ha perdido vigencia debido a que el nuevo precepto expresamente exige que el acreedor que acciona judicialmente, cite también al deudor al cual quiere subrogarse.

La norma contenida en el Código Napoleón (artículo 1166), a diferencia de la contemplada en el cuerpo legal italiano, no formular una regla similar que resuelva el problema.

Estudiosos como Laurent [83] y Henri, León y Jean Mazeaud [84], sostienen que no es requisito de la acción oblicua el emplazamiento del deudor al juicio. Alegan, en favor de su tesis, el hecho de que la intervención de las partes en un pleito se exige en el solo interés de las mismas, agregando que no puede fundarse en el silencio de la ley la obligación de constreñir al actor a que el sujeto pasivo participe en el pleito.

La doctrina opuesta ha sido defendida tenazmente por Demolombe y apoyada en los comentarios de Colmet de Santerre, como asimismo en los escritos de Giorgi [85]. Su discrepancia la basan, principalmente, en consideraciones de índole práctica, entre las que destacan los problemas derivados del efecto relativo de las resoluciones judiciales, principio esencial que, de aceptar el criterio anterior, podría a su juicio ser vulnerado. De otra parte, consideran inmerecedora de contradicción seria la afirmación de que el deudor no tiene interés en el juicio mientras se ejercita, por otro, un derecho o acción que le pertenece.

Por otro lado, el hecho de que el acreedor subrogante obre como representante legal del deudor ha llevado a que algunos juristas estimen que la sentencia pronunciada en el proceso seguido con omisión de la citación del deudor produce igualmente estado a su respecto.

Cabe hacer presente que conclusiones similares a la recién indicada no son del todo ajenas a la teoría del derecho. Así por ejemplo, en materia de solidaridad, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia francesas, aplicando la tesis del mandato tácito y recíproco que ligaría a los codeudores, afirma que la sentencia dictada en beneficio o contra uno de ellos produce cosa juzgada en relación con los otros debido a que existiría identidad legal de persona, en el evento de iniciarse un nuevo juicio [86].

Finalmente, es del caso señalar que, en nuestra opinión, las disputas a que se ha hecho referencia en los párrafos precedentes deben ser resueltas a la luz de criterios pragmáticos. Por consiguiente, y en lo relativo al último de los aspectos tratados, creemos que para prevenir dificultades ulteriores es conveniente que el acreedor que hace uso de la acción cite también al deudor al juicio. Pero, aun en el evento de que así no lo hiciere, pensamos que los problemas derivados de tal omisión no serían mayores toda vez que, en estas hipótesis, sin duda el tercero afectado por la acción dirigida en su contra emplazaría al deudor con el fin de que la correspondiente sentencia —sea cual fuere su contenido— pueda serle también oponible; evitando, de esta manera, que se renueve la persecución de un derecho sobre el cual ya recayó un pronunciamiento de autoridad competente.

---

[83] Citado por GIORGI, J. Op. cit., pág. 279.

[84] MAZEAUD. Op. cit., pág. 249.

[85] GIORGI, J. Op. cit., págs. 279 y 280.

[86] En este sentido se pronuncian, por ejemplo, PLANIOL y RIPERT, JOSSERAND y BAUDRY-LACANTINERIE. Todos citados por SOMARRIVA U., M. Op. cit., pág. 56, nota Nº 62.

5. *Derechos y acciones ejercitables por los acreedores*

La generalidad de los ordenamientos jurídicos que consagran la subrogatoria coinciden en la necesidad de limitar el ejercicio de la misma a un determinado ámbito de derechos y acciones. Así, por ejemplo, el artículo 1166 del Código Napoleón, artículo 2900 del Código Civil italiano y artículo 1111 del Código Español, excluyen de su aplicación los denominados derechos inherentes a la persona.

Los términos amplios y vagos que emplea la ley al formular la regla de excepción han obligado a la doctrina y jurisprudencia a precisar qué se entiende por "derechos unidos exclusivamente a la persona del deudor" (artículo 1166 del Código Civil francés).

El primero en plantearse el problema fue Merlin [87], quien intentó delimitar el contenido de tales expresiones señalando que con ellas se designaban los derechos no cedibles ni transmisibles por sucesión por causa de muerte. No obstante, esta opinión fue más luego que tarde abandonada al constatar los autores que existían derechos transmisibles a los herederos y que, sin embargo, no eran ejercitables por los acreedores, v.gr., la revocación de una donación por causa de ingratitud, como asimismo, que había derechos susceptibles de cesión pero cuyo ejercicio le estaba vedado al acreedor sin consentimiento de su deudor, por ejemplo, la acción en cuya virtud se persigue el resarcimiento de daños contra la persona.

Otra tentativa de definición es la propuesta por Naquet, según el cual serían inherentes a la persona del deudor "los derechos no cedibles ni secuestrables" [88], fórmula ésta que también, a nuestro juicio, incurre en falta, al no considerar, entre otras cosas, que existen derechos inembargables que pueden ser ejercidos por los acreedores, *ex iuribus* de su deudor, con una función meramente conservatoria.

Aubry y Rau [89], por su parte, y en una posición que es entusiastamente compartida por De Ruggiero [90], pretenden precisar el contenido del concepto al expresar que tendrían la calidad de personales, los derechos cuyo ejercicio se prohíbe al acreedor por una disposición explícita de la ley o por una prohibición análoga a la contemplada expresamente en la ley, o bien cuando es incompatible con el fin o motivo en consideración al cual se concedió el respectivo derecho.

Otros, finalmente, creen encontrar la fórmula buscada al hacer equivalentes los derechos inherentes a la persona con aquellos que tienen un carácter o índole moral.

Es quizás esta última opinión la que recibe más elogios de los tratadistas, destacando, entre ellos, Josserand, Baudry-Lacantinerie y Barde, Boulanger, Borda, Salvat, Rezzonico y Planiol, Ripert y Radouant, señalando, estos últimos, al refutar a Laurent y Demogue (para quienes el correspondiente derecho sólo puede ser excluido de la subrogación cuando reviste un contenido "preponderantemente" moral) que el criterio para identificar las acciones inherentes a la persona ha de buscarse en la naturaleza de las consideraciones que pueden determinar al deudor al ejercicio de la acción. Cuando ésta, si bien poseyendo un objeto pecuniario, supone la apreciación de un interés moral, los acreedores no pueden intervenir. El problema no consiste en comparar la importancia respectiva, en la acción, del elemento pecuniario y el interés moral, a fin de excluir a los acreedores si el segundo sobresale; tal dosificación sería fatalmente arbitraria. Basta investigar si el interés moral, que merezca tomarse en cuenta, aparece normalmente unido a una acción. La respuesta afirmativa hace que no sea posible su ejercicio por el acreedor [91].

Conjuntamente con Giorgi y Accollas [92],

---

87 Citados por BIDEGAIN. Op. cit., pág. 20.

88 Citado por GIORGI, J. Op. cit., pág. 249.

89 Citados por BIDEGAIN. Op. cit., pág. 20.

90 DE RUGGIERO, R. Op. cit., pág. 165.

91 Citados por LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Acciones y Derechos Susceptibles de Subrogación* (Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1967), pág. 890.

92 GIORGI, J. Op. cit., págs. 249 y 250.

pensamos que ninguno de los criterios elaborados por la doctrina para dar solución al problema resulta adecuado. En este sentido, con razón afirma el primero de los citados que ya sea que se trate de establecer cuándo existe analogía, cuándo el objeto y motivo se oponen al ejercicio, o ya de determinar en qué caso estamos en presencia de un interés moral (o preponderantemente moral) y no pecuniario, las dudas y dificultades no serán menores que si nos proponemos investigar cuáles son los derechos y acciones exclusivamente inherentes a la persona del deudor.

En similar predicamento se sitúa Demolombe quien, al comentar las expresiones empleadas por el legislador y la ausencia de una regla específica para reconocer esta categoría de derechos, lo excusa diciendo que era verdaderamente imposible, porque la misma naturaleza del asunto se oponía a tal tentativa, agregando, "así es que los que han querido encerrar la excepción en los términos de una definición rigurosa han fracasado evidentemente" [93].

Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, consideramos conveniente hacer referencia a los que, a nuestro juicio, constituyen los casos más relevantes de excepción a la acción indirecta aun cuando, dejamos establecido, que toda posible mención a los mismos necesariamente habrá de ser incompleta en atención a las razones poco más arriba anotadas.

Para los efectos indicados, y guiados por motivaciones más bien pedagógicas, distinguiremos cuatro categorías de derechos y acciones, en nuestro concepto, no susceptibles de subrogación; a saber:

a) Los denominados derechos de la personalidad;

b) Las acciones de estado y derivadas de las relaciones de familia;

c) Los derechos personalísimos; y

d) Los derechos patrimoniales no ejercitables sin la voluntad del deudor.

Los primeros corresponden, según la definición de Gierke, a aquellos que "garantizan al sujeto el señorío sobre una parte esencial de su personalidad" o, siguiendo a Orgaz, "los que garantizan el goce de nosotros mismos, aseguran al individuo el señorío de su persona y la actuación de las propias fuerzas físicas y espirituales" [94].

En términos generales, y sin entrar en la polémica en que se debate la ciencia jurídica en relación con el objeto de tales derechos, podemos decir que tienen tal carácter, por ejemplo, la vida, el honor, la libertad, la privacidad, etc.

La razón de excluir esta clase de derechos de la subrogación es simple. Siendo la acción oblicua una emanación directa de la responsabilidad ilimitada, de aquella "prenda imperfecta" que los acreedores tienen sobre los bienes del deudor, y encontrando esta garantía su base en el *patrimonio* afecto al cumplimiento de la obligación, resulta evidente que los mismos no sirven a la satisfacción del crédito. Ello debido a que revisten una naturaleza esencialmente no pecuniaria (aun cuando, para efectos radicalmente diversos de los que aquí estudiamos, pueda, en ciertos casos, avaluarse en dinero el perjuicio que la violación de tales derechos hubiere ocasionado).

Pero, es quizás el segundo grupo de acciones a que se ha hecho alusión el que mayores conflictos presenta en la práctica, en atención, por una parte, a que muchos aspectos que son propios del estado civil y relaciones familiares involucran, directa o indirectamente, un interés económico, v.gr. en materia sucesoria o de filiación y, por la otra, a que nos movemos en un ámbito que afecta los sentimientos más íntimos y profundos del ser humano y la sociedad en general.

Resultaría ciertamente largo y tedioso comentar la abundante jurisprudencia que existe, como asimismo el gran número de teorías elaboradas para intentar formular una regla que permita acotar los deslindes que separan los derechos de contenido patrimonial de aquellos de índole moral o pertenecientes al orden familiar.

Creemos que toda empresa iniciada en tal sentido está condenada al fracaso y

---

[93] Citado por GIORGI, J. Op. cit., pág. 250.

[94] Citados por VIAL DEL RÍO, Víctor y Alberto LYON PUELMA. *Derecho Civil, Teoría General de los Actos Jurídicos y de las Personas* (Ediciones Universidad Católica de Chile, Stgo., 1985), pág. 257.

que, por ende, esta problemática deberá ser solucionada por el tribunal, en cada situación particular, conforme lo aconseje su razonable prudencia.

En efecto, ¿puede alguien, en conciencia, formular una regla precisa, aplicable a todas las posibles hipótesis que presenta la realidad que nos permita distinguir, en este ámbito, cuándo una acción es de carácter patrimonial y cuándo solamente moral?

Por otra parte, compartimos la opinión de quienes señalan que el fundamento de la norma que exceptúa de la acción indirecta los asuntos relativos al estado de las personas, se halla, más que en la naturaleza específica del derecho, en la falta de interés que reporta para el acreedor su ejercicio.

Aun cuando son numerosos los casos que se relacionan con la materia tratada, podemos entre ellos citar, por vía de ejemplo, las acciones de reclamación e impugnación de estado, la acción de nulidad de matrimonio y de divorcio, la acción para pedir la disolución de la sociedad conyugal, las referentes a la potestad marital y patria potestad, las acciones de petición de herencia, impugnación de testamento, determinación de legítimas, etc.

Con respecto a la acción de nulidad de matrimonio consideramos oportuno hacer tan sólo una observación.

La totalidad de los autores consultados concuerdan en considerar esta acción como un derecho ejercitable por los acreedores mediante la subrogatoria, por cuanto la propia ley se la concede a cualquiera que tenga interés en ello.

El problema nos atañe también a nosotros de un modo directo, toda vez que el artículo 34 de la Ley de Matrimonio Civil consagra la misma regla.

Sin perjuicio de que más tarde volveremos sobre este asunto, se hace necesario prevenir que discrepamos de la opinión que la doctrina ha emitido sobre el particular.

Pensamos que al reconocer la ley la facultad de solicitar la nulidad matrimonial a cualquiera que tenga interés, ha considerado sin duda a los acreedores del cónyuge. Lo que no admitimos es que si el acreedor opta por ejercer tal derecho, pueda entenderse que acciona por vía oblicua. Creemos que en esta hipótesis el demandante hace uso de una acción propia, que le pertenece en virtud de un precepto legal determinado y no que ejercita, en lugar y a nombre de otro, un cierto derecho.

Ahora bien, la tercera categoría de derechos que excluimos de la subrogación corresponde a los llamados "personalísimos", haciendo presente que la generalidad de los autores no recurre a tal denominación, sino que habla ya de "derechos no susceptibles de cesión" [95], ya de "insecuestrables" [96] o inembargables.

Si bien son conceptos diferentes el de la no cesibilidad y el de la insecuestrabilidad, estimamos, sin embargo, que no es apropiado —pues se prestaría a confusión— emplear tales términos.

En efecto, la cesión, en el sentido que para estos fines le asigna la doctrina, no corresponde a aquella que conocemos en nuestro ordenamiento jurídico y, más específicamente, en la legislación positiva. De otro lado, no creemos que la inembargabilidad de un derecho sirva para excluirlo de la esfera propia de la acción indirecta, aunque la mayoría de los juristas se pronuncie en contrario.

Para afirmar lo anterior, bástenos considerar el caso de los salarios de los empleados, los cuales, como es sabido, hasta cierto monto no pueden ser embargados. No obstante, nos parece evidente que el acreedor tiene interés en que el trabajador reclame el salario (máxime si es insolvente) ya que, una vez percibido, éste ingresará al patrimonio como un bien más, perdiendo por consiguiente la inembargabilidad que lo afectaba.

En razón de lo dicho, estimamos que el concepto que en mejor medida refleja la excepción que estudiamos es el que ha sido adoptado en esta ocasión.

Los derechos personalísimos son, por esencia, inherentes a la persona, pues se encuentran indisolublemente ligados a su titular, a quien le pertenecen, por así decirlo, "intuito personae"; y, por lo mismo, no pueden ser objeto de cesión ni de embargo. Tal sería el caso, por ejemplo, del usufructo que tiene el padre o la ma-

---

[95] DEMOLOMBE, citado por GIORGI, J. Op. cit., pág. 253.

[96] NAQUET, citado por GIORGI, J. Op. cit., pág. 249.

dre sobre los bienes del hijo, el derecho para pedir alimentos y los derechos de uso y habitación.

Estos derechos se caracterizan, además, por ser inalienables, es decir, por el hecho de no estar permitida su enajenación bajo ningún respecto, y en el evento que ello ocurriera, el respectivo acto jurídico adolecería de objeto ilícito siendo, en consecuencia, sancionado con nulidad absoluta.

Finalmente, el cuarto grupo de derechos que han sido materia de nuestra distinción, está configurado por los que si bien tienen la calidad de patrimoniales, no pueden ejercitarse sin la voluntad del deudor.

Son diversos y de distinta naturaleza los derechos y acciones susceptibles de ser incluidos en esta categoría, para lo cual influyen factores relativos a la libertad y capacidad de su titular, y elementos morales y de orden público o, como gráficamente nos indica un autor, un deseo consuetudinario de civilización que hace que se considere, la correspondiente acción, ejercitable sólo a voluntad del que la posee [97].

Un ejemplo ilustrativo de esta clase de derechos lo constituye la acción destinada a obtener la reparación de un daño moral, v.gr. muerte de un ser querido, o el perjuicio que puede emanar de un delito de injuria o calumnia.

Con respecto a esta última, y dada sus especiales características, algunos doctos, a cuya opinión adherimos, como Laurent y Duranton [98] niegan su ejercicio a los acreedores, argumentando que ella es inspirada por la venganza o el rencor y que si el que ha sufrido la ofensa no la pone en ejercicio, no se ve por qué ha de permitírsele a un tercero que remueva los sentimientos en juego.

No obstante, otros juristas, entre los que figuran Baudry-Lacantinerie y Barde, Josserand y Planiol y Ripert [99], admiten la subrogación incluso en estos casos.

Distinta es la situación tratándose de aquellas acciones que persiguen el resarcimiento pecuniario por daños causados en los bienes del deudor, encontrándose unánime la doctrina en el sentido de reconocer, a los acreedores, el ejercicio de las mismas por la vía oblicua. También se acepta asumir esta posición cuando los perjuicios se han causado a la integridad física de la persona obligada, en atención a que dicho daño implica un menoscabo en la capacidad laboral de la víctima y, en consecuencia, una disminución de su potencialidad económica.

Un segundo caso que suelen citar los juristas para ejemplificar la particularidad de estos derechos, lo hallamos en la publicación de una obra literaria o artística todavía inédita.

Con relación a este tema, un connotado tratadista nos dice que tal derecho es, sin duda alguna, cedible a beneplácito del autor, y agrega "pero nadie tendrá el valor de sostener que sus acreedores pudiesen reclamar contra su voluntad el manuscrito para imprimirlo o entregarlo a un empresario, haciéndolo objeto de especulación y privando al autor del beneficio del tiempo y del arrepentimiento, como también de la natural libertad de disponer a su gusto de su cerebro y de su pluma" [100].

A manera de resumen y complemento de las materias tratadas en el presente número, cabe señalar que la misma naturaleza de las cosas nos impide hacer una mención exhaustiva de los derechos que se hallan fuera de la órbita de aplicación de la acción subrogatoria y, con mayor razón aún, de aquellos ejercitables por los acreedores en lugar y a nombre del deudor.

Por otro lado, es imposible, en nuestro concepto, formular una regla científica que permita arribar a una conclusión categórica sobre este punto.

Lo anterior, debido a que a diferencia de lo que ocurre en las ciencias exactas, los estudiosos del derecho deben enfrentar a los hombres reales, considerados en toda su integridad, lo que obliga a estimar no sólo los principios del orden moral sino que también a apreciar el infinito de posibilidades y situaciones que la imaginación humana pueda crear; tarea, por lo demás, que nunca podrá ser suficientemente acabada y en la que, preci-

---

97 GIORGI, J. Op. cit., pág. 255.

98 Citados por BIDEGAIN. Op. cit., pág. 23.

99 Citados por BIDEGAIN. Op. cit., pág. 23.

100 GIORGI, J. Op. cit., pág. 258.

samente, radica el atractivo principal que motiva al jurista a cumplir su labor.

Ahora bien, del análisis de los distintos aspectos estudiados en este número se desprende qué condición esencial para legitimar la actuación del acreedor es que el derecho de que se trate, sea patrimonial, o como nos recuerda Mourlon [101]: "quae sunt in bonis", que no esté ligado de un modo esencial con la capacidad y potestad subjetiva del deudor y que no existan principios morales y de orden público que puedan ser perturbados con su ejercicio.

Quedan por tanto excluidos de la subrogación, en términos generales, los derechos de la personalidad, los relativos al orden familiar y los que posean la cualidad de personalísimos.

En aquellas situaciones en que las peculiaridades de un caso específico no permitan dilucidar ante qué categoría de derecho o acción nos encontramos, corresponderá al juez, de acuerdo con su sano criterio y el mérito del respectivo proceso, resolver el problema de que conozca.

Sin embargo, hay un aspecto sobre el cual hasta ahora no hemos emitido opinión y, si incurrimos en tal omisión, lo fue para resaltar su importancia y evitar, al mismo tiempo, posibles confusiones derivadas de la aparente semejanza que puede presentar en relación con otros de los temas tratados. Nos referimos, concretamente, al ejercicio de las denominadas "facultades u opciones" pertenecientes al deudor.

Es un criterio general aceptado por la ciencia jurídica el negar a los acreedores el derecho a ejercitar, mediante la acción indirecta, estas "facultades u opciones" que, en concepto de preclaros autores como Baudry-Lacantinerie y Houques Fourcade [102], corresponden a aquellas aptitudes que la ley reconoce a favor de las personas, constituyendo una posibilidad que beneficia al sujeto pero que, hasta el ejercicio de esa potestad, no son sino una eventualidad que puede llegar a no verificarse jamás.

Considerando lo expresado, cabe concluir que las referidas facultades se oponen a los derechos adquiridos, distinguiéndose entre sí en que mientras éstos representan el ejercicio de una opción ya realizada, el efecto de una aptitud ya aplicada, aquéllas, en cambio, se traducen en una aptitud de elegir entre dos o más posibilidades, en el estado de pendencia de la deliberación, sin haberse manifestado todavía una decisión que tal vez nunca llegue a concretarse [103].

Defendiendo la tesis según la cual les está vedado a los acreedores ejercitar las facultades que competen al deudor, Planiol, Ripert y Radouant expresan: "No se permite al acreedor tomar en lugar del deudor una iniciativa de cualquier clase en cuanto a sus intereses. Hay que distinguir según se trate simplemente de deducir las consecuencias de un acto ya celebrado por el deudor, y de ejercitar un derecho ya adquirido por él, o, en cambio, celebrar en su nombre actos jurídicos por los que adquiera derechos totalmente nuevos. Los actos de la segunda categoría exceden las facultades de los acreedores; sin ello se violaría de modo demasiado grave la libertad esencial del ser humano, y se colocaría al deudor bajo la tutela de otra persona" [104].

Entre los principales casos de opciones o meras facultades, la doctrina menciona la administración de bienes, la aceptación de donaciones, herencias y legados.

En lo que respecta a la primera, los escritores acostumbran enseñar que la facultad de administrar compete, en forma exclusiva, al deudor, sin que sea lícito a los acreedores, por tanto, intervenir en esta clase de actos ni en los referentes al goce de un derecho. En tal sentido se pronuncian, por ejemplo Betti [105], Giorgi y Laurent [106] señalando que los derechos cuyo ejercicio consiente la ley a los acreedores, *son los del deudor contra un tercero, y no los derechos patrimoniales que tienen por objeto inmediato los bienes que conforman el patrimonio del sujeto obligado.*

---

[101] Citado por GIORGI, J. Op. cit., pág. 245.

[102] Citados por LLAMBÍAS. Op. cit., pág. 894.

[103] LLAMBÍAS. Op. cit., pág. 894.

[104] Citados por LLAMBÍAS. Op. cit., pág. 894.

[105] BETTI, E. Op. cit., T. II, pág. 386.

[106] GIORGI, J. Op. cit., pág. 255.

Pese al prestigio e indubitada erudición de los citados tratadistas nos permitimos, en este punto, discrepar de su docta opinión.

A nuestro entender, en ninguna parte de la ley figura la distinción realizada por ellos y no es posible, tampoco, desprenderla de su espíritu. Más aún, si se indaga la intención del legislador, como asimismo la finalidad, fundamento y naturaleza de la acción indirecta, creemos que la comentada posición no puede ser sostenida. En efecto, si tenemos en consideración que la acción oblicua es un medio de resguardo de la vigencia efectiva de la responsabilidad ilimitada y que al emplearla, el actor pasa a ocupar jurídicamente el lugar de su deudor, representándolo "totalmente y por el todo", según las propias palabras de Giorgi [107], no alcanzamos a comprender una argumentación valedera que justifique excluir de la subrogatoria los derechos que versan directamente sobre bienes del deudor, reservándola solamente para los créditos que habilitan obrar contra otros.

Creemos que si se reconoce al acreedor la facultad de recurrir a la acción para obtener de un tercero lo que debe a su deudor, con mayor razón debiera permitírsele actuar, en lugar y a nombre de éste, cuando se trate de derechos que no implican la intervención de personas extrañas a la relación que genera la subrogación.

Cabe hacer notar, por otra parte, que el problema planteado conlleva, cualquiera que sea la solución que se adopte, trascendentes consecuencias jurídicas. Baste para ello pensar que la opinión que hemos criticado importa privar una amplia gama de atribuciones de la posibilidad de ser ejercidas a través de la acción indirecta, v.gr. las facultades del deudor de aceptar donaciones, transigir, arrendar, usufructuar, vender o permutar bienes del deudor, etc., y, lo que a nuestro parecer es más grave aún, cuenta entre sus parciales, además de los autores precedentemente aludidos, con destacados e influyentes juristas como Toullier, Colmet de Santerre, Larombiere, Troplong, Demolombe, Dalloz, Pacifici-Mazzoni [108] y Henri, León y Jean Mazeaud [109].

Giorgi, uno de sus más fervientes partidarios, con aquel lenguaje incisivo y razonamiento elocuente que le caracterizan, al evocar una sentencia adversa a su posición exclama: "necesita recordarse que no hay error que no haya encontrado defensores y que nunca es posible recoger un principio científico, una máxima de jurisprudencia, de una aberración infecunda" y agrega "juntamente con los más recientes e ilustrados escritores, juntamente con la más sólida jurisprudencia de la Casación francesa, nosotros negamos a los acreedores la facultad de alquilar, vender o permutar los bienes del deudor, o de *mezclarse en dichas operaciones*, pretendiendo modificar las condiciones a su beneplácito" [110].

Nosotros dudamos que cualquier tribunal o autor (si lo hay) que haya osado contradecir al insigne tratadista italiano, hubiere consentido que los acreedores, a su mero arbitrio o "beneplácito", intervinieran en los negocios propios de su deudor.

Tal proposición se encuentra muy lejos, al menos de nuestro discurso, como para ser incluso levemente insinuada.

Pensamos que no puede, so pretexto de una eventual invasión desmedida en las potestades del deudor relativas a la administración de su patrimonio (la cual, por lo demás, siempre estaría limitada por el juez que conoció del asunto), ser amparada la negligencia y, menos aún, cuando ello irroga perjuicios a un tercero, en este caso al acreedor.

Una de las características fundamentales de la acción subrogatoria es, según vimos, precisamente prevenir fraudes o actuaciones culposas. Pues bien, si mediante esta acción el acreedor sustituye al deudor, bajo la modalidad de una representación legal que lo faculta para obrar contra terceros ¿por qué motivo —volvemos a repetir— tal representación no ha de hacerse extensiva también al ejercicio de los derechos de uso y goce

---

[107] GIORGI, J. Op. cit., pág. 247.

[108] Citados por GIORGI, J. Op. cit., pág. 256.

[109] MAZEAUD. Op. cit., págs. 243 y 244.

[110] GIORGI, J. Op. cit., pág. 256.

que tiene el deudor, no ya en relación con otros, sino respecto de los suyos propios?

Recordemos, por otra parte, que al contraer una determinada obligación el deudor no sólo asume una responsabilidad específica en el sentido de cumplirla al tenor de lo pactado, sino que al mismo tiempo compromete todos sus bienes para responder de la respectiva prestación, aspecto que el acreedor tiene en vista al momento de contratar y que al deudor no se le excusa ignorar.

De otro lado, el deber que pesa sobre el sujeto pasivo no puede ser entendido en una forma tan simplista que nos lleve a desconocer que la situación jurídica y moral en que se encuentra el deudor implica, como es lógico, intentar por todos los medios lícitos satisfacer el crédito de aquel que depositó en él su confianza.

En consecuencia, y si invertimos el argumento de Giorgi, no vacilamos en afirmar que ¡negamos la potestad del deudor para actuar a su beneplácito cuando ello pueda significar un perjuicio de los acreedores! ¿Habrán, acaso, olvidado los autores la teoría del abuso del derecho o de la posición jurídica?

En nuestro concepto, las denominadas simples facultades u opciones ejercitables por el deudor sólo serán materia de subrogación cuando su inactividad no se fundamente en razones plausibles y supuesto, claro está, el concurso de los demás requisitos que se exigen para estimar procedente la acción.

Para terminar, haremos referencia a un punto respecto al cual la doctrina auna voluntades, aunque, señalamos, nosotros no compartimos su posición en la materia.

La generalidad de los tratadistas franceses de renombre coinciden en excluir del ámbito de las meras facultades la aceptación de una herencia o legado, fundándose en que el principio acogido por el Código Napoleón es de que el derecho a la herencia o legado se adquiere, *ipso iure*, por el asignatario, desde el momento de producirse la muerte del causante. En consecuencia, concluyen, estaríamos en presencia de un derecho adquirido (y no de una opción), constituyendo, la facultad de aceptar o repudiar, una forma de consolidar su adquisición o bien excluirlo de su patrimonio.

De esta manera, se permite a los acreedores aceptar, en lugar y a nombre del deudor, la asignación que a éste le hubiere sido deferida.

Dicho criterio cuenta, sin embargo, con la tenaz oposición de Laurent y Huc [111] para quienes este derecho no puede ser ejercitado por los acreedores, ya que se trataría de una facultad inherente a la persona del deudor y cuya existencia depende de su sola voluntad. Tanto es así, argumentan, que si el deudor repudia la asignación se entiende que jamás ha nacido el derecho a su respecto.

No obstante, los mencionados autores admiten que en el caso de repudio los acreedores tienen la atribución de aceptar la correspondiente herencia o legado, pero sólo hasta el monto de sus respectivos créditos, lo cual no podían menos que reconocer al tenor de lo prescrito en el artículo 788 del Código Napoleón.

La controversia planteada no deja de tener interés si se recuerda que el legislador nacional ha seguido, en esta materia, el modelo francés.

En efecto, el artículo 1239 consagra el denominado efecto declarativo de la delación al disponer que "los efectos de la aceptación o repudiación de una herencia se retrotraen al momento en que ésta haya sido deferida", agregando, en su inciso segundo, que "Otro tanto se aplica a los legados de especies".

A su vez, el artículo 1238, reiterando la regla contenida en el artículo 788 antes aludido, señala que "los acreedores del que repudia en perjuicio de los derechos de ellos, podrán hacerse autorizar por el juez para aceptar por el deudor. En todo caso la repudiación no se rescinde sino en favor de los acreedores y hasta concurrencia de sus créditos; y en el sobrante subsiste".

Sin perjuicio de que el último de los preceptos transcritos será posteriormente objeto de mayor comentario, bástenos por ahora indicar que discrepamos de la opinión dominante en doctrina (como también de las razones alegadas por Laurent y Huc para combatirla) en el sentido de considerar como un "derecho adquirido", desde el momento de la apertura de la

---

[111] Citados por LLAMBÍAS. Op. cit., pág. 895.

sucesión, el que versa sobre una determinada asignación.

En nuestra opinión, la circunstancia de que el derecho a la herencia o legado, por una ficción de la ley, se radique en el patrimonio del asignatario desde la muerte del causante, no puede llevarnos a inferir que por ese solo hecho estemos en presencia de un derecho adquirido.

Creemos que operada la delación de una herencia nace, para su beneficiario, la facultad de optar por la aceptación o repudiación de la misma. Por tanto, deferida una asignación no hay, propiamente, adquisición del objeto sobre el que éste recae, o dicho con otras palabras, no existe verdaderamente la transmisión del respectivo derecho. Para que éste sea adquirido será menester la celebración de un acto jurídico unilateral, a saber: la aceptación (expresa o tácita). Antes que ella se produzca sólo existe una facultad del asignatario en orden a elegir si desea o no que el bien ingrese a su patrimonio, sin perjuicio de que, como ya adelantáramos, los efectos de la correspondiente declaración de voluntad se retrotraigan al tiempo de abrirse la sucesión.

Por consiguiente, nos encontraríamos ante una de aquellas facultades u opciones que, en caso de no ser ejercidas por el deudor, autorizan a los acreedores para intentar la subrogación.

No faltará, seguramente, quien argumente que nuestro raciocinio carece de importancia práctica toda vez que la propia ley permite a los acreedores, bajo ciertas condiciones, aceptar la herencia o legado que le fuere deferida al deudor.

Frente a esta eventual observación, nos limitamos por el momento a replicar que la facultad que el artículo 1238 confiere a los acreedores constituye un caso complejo (cuyas particularidades serán estudiadas más adelante) que supone, necesariamente, repudiación del deudor y autorización judicial para que los titulares del crédito ejerciten el correspondiente derecho. En cambio, las consideraciones precedentes nos sitúan en la esfera propia de la acción oblicua, sin que sea menester, por ende, requerir la concurrencia de los requisitos exigidos por la citada disposición legal, con lo cual obviamente se amplía el radio de garantía que tutela el derecho del acreedor.

Capítulo VI

LA ACCION SUBROGATORIA EN EL CODIGO CIVIL CHILENO

En la actualidad, los autores nacionales han llegado a establecer cierto consenso en torno a la determinación de los caracteres con que el legislador consagra la acción oblicua en nuestro derecho.

Desde hace tiempo, los estudiosos han venido afirmando, sistemáticamente, que la ley positiva no contempló una facultad genérica que permita a los acreedores subrogarse en las acciones y derechos del deudor, sino que reglamentó casos particulares en los cuales el titular del crédito puede hacer uso de esta atribución y obtener, indirectamente, del sujeto obligado o de personas originalmente ajenas a la relación jurídica, la satisfacción de sus correspondientes acreencias [112].

Por nuestra parte, intentaremos demostrar el error que encierra este predicamento, con la intención de probar que, a diferencia de lo que postulan las teorías habitualmente formuladas, el legislador nacional reconoció el instituto subrogatorio de una forma amplia, siendo por lo mismo procedente la acción cada vez que concurran los requisitos y condiciones generales que habilitan ejercerla.

Sin perjuicio de lo señalado, creemos que aún en el evento de que no fuera aceptada la tesis que anima este estudio, la nómina de situaciones tradicionalmente consideradas como hipótesis en las cuales puede un acreedor subrogar al deudor resulta, por un lado, incompleta, y, por otro, desafortunada, en cuanto comprende casos que no corresponden exactamente al ejercicio de una acción indirecta.

Ahora bien, para los efectos de un mejor orden en la exposición del tema, trataremos primero aquellas hipótesis que, en opinión de la doctrina dominante, constituyen aplicaciones del poder subrogatorio para, a continuación, ocuparnos de los argumentos que sirven para afir-

---

112 En tal sentido ver Alessandri. Op. cit., pág. 120; René Abeliuk M. *Las Obligaciones y sus Principales Fuentes en el Derecho Civil Chileno* (Editores-López-Viancos-Distribuidores, Stgo., 1971), pág. 486; y F. Fueyo, op. cit., pág. 375.

mar nuestra especial posición al respecto, terminando, por último, con el estudio de aquellas situaciones que creemos deben ser entendidas como un reconocimiento expreso de la acción subrogatoria.

La primera norma relativa a la materia abordada es la contenida en el artículo 2466, el cual dispone que: "Sobre las especies identificables que pertenezcan a otras personas por razón de dominio, y existan en poder del deudor insolvente, conservarán sus derechos los respectivos dueños, sin perjuicio de los derechos reales que sobre ellos competan al deudor, como usufructuario o prendario, o del derecho de retención que le concedan las leyes; en todos los cuales podrán subrogarse los acreedores".

"Podrán asimismo subrogarse en los derechos del deudor como arrendador, o arrendatario, según lo dispuesto en los artículos 1965 y 1968".

"Sin embargo, no será embargable el usufructo del marido sobre los bienes de la mujer, ni el del padre o madre de familia sobre los bienes del hijo, ni los derechos reales de uso o de habitación".

De la disposición transcrita, los autores coligen que la ley ha previsto los siguientes casos de subrogación del deudor por sus acreedores:

A) *Derecho de prenda.*

De conformidad con el artículo 2384, por el contrato de prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito, señalando, el artículo 2466, que los acreedores pueden substituirse en los derechos que posea el deudor como prendario. Entre tales derechos se cuentan el de retener la cosa empeñada mientras no se satisfaga la obligación, la facultad de perseguir el bien de manos de quien se encuentre, de proceder a su venta en caso de incumplimiento y, finalmente, de pagarse con preferencia a otros acreedores en el producto de la enajenación.

Ahora bien, el hecho de que un acreedor pueda subrogarse en los derechos de que goza su deudor como acreedor prendario, implica que aquél pasará a ocupar, jurídicamente, el lugar de éste en lo que dice relación con el vínculo originado con ocasión del contrato de prenda. En concreto, significa que el acreedor podrá retener la cosa pignorada hasta que no se le satisfaga íntegramente el crédito a su deudor en los términos que consigna la ley y que, en el evento de incumplimiento, estará facultado para vender el bien y pagarse preferentemente con su producido.

Con el objeto de apreciar la utilidad que en estos casos presenta la subrogación, pensemos en un ejemplo: A debe a B una cierta cantidad de dinero. Por su parte, A es acreedor de C por otra suma determinada, hallándose, este último crédito, garantizado con prenda, supongamos una valiosa pintura, la cual se encuentra en poder de A.

Agreguemos que, en el ejemplo, A es renuente a cumplir su obligación con B y que el único bien que tiene en su patrimonio es el crédito en contra de C.

En la hipótesis, A no manifiesta interés alguno en exigir de su deudor el cumplimiento de la obligación pues, una vez que le sea entregado el dinero, éste será embargado por B.

Frente a esta situación, y con el fin de perjudicar a su acreedor, A restituye la pintura a C sin exigir, a cambio, el pago de su acreencia.

En el presente caso, fácilmente se advierte la utilidad que tiene para B ejercitar la facultad que le concede el artículo 2466 toda vez que, subrogando a A, podrá substituirse en los derechos que le competen como acreedor prendario, entre ellos el de retener en su poder la cosa empeñada, lo que obviamente constituye una medida de presión para obtener que C cumpla la obligación y, si así no lo hiciere, tendrá aún la posibilidad de vender el bien y pagarse con el producto de la realización.

B) *Derecho de usufructo.*

Según lo dispone el artículo 764, el usufructo es "un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y substancia, y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor, si la cosa es fungible".

Entre los derechos que detenta el usufructuario se halla el de usar y gozar la cosa y, en el ejercicio de estas facultades,

hacerse dueño de los frutos civiles y naturales que la misma produzca.

Por otro lado, es menester recordar que el titular del derecho puede retener la cosa fructuaria mientras no le sean pagados los reembolsos e indemnizaciones a que, de acuerdo con la ley, es obligado el nudo propietario.

Si tenemos presente lo recién expuesto, cabe preguntarse, entonces, qué sentido tiene la norma del artículo 2466, en cuya virtud pueden los acreedores subrogarse en el derecho que posea el deudor como usufructuario.

Creemos que las ventajas que de ello se derivan son manifiestas, desde el momento que, substituyendo al deudor titular del derecho real de usufructo, los acreedores podrán hacerse dueños de los frutos, sean naturales o civiles, que produzca el bien y, mediante ellos, satisfacer sus correspondientes créditos. De otra parte, y para el caso que el deudor tuviere créditos en contra del nudo propietario por concepto de reembolsos o indemnizaciones, los acreedores estarán facultados para retener en su poder la cosa fructuaria hasta que las respectivas obligaciones sean cumplidas.

La situación que acabamos de describir puede ser ilustrada a través del siguiente ejemplo: A es deudor de B por una determinada cantidad de dinero y no tiene en su patrimonio más que el derecho de usufructo constituido sobre un fundo.

Por otra parte, A ha adoptado una actitud pasiva y negligente en relación con el cumplimiento de su obligación y, actuando de mala fe, se niega a realizar las gestiones necesarias para que la cosa dada en usufructo genere utilidades ya que, ingresadas que estén a su patrimonio, serán objeto de ejecución por el acreedor.

En este caso, y supuesta la concurrencia de los demás requisitos que hacen procedente la subrogatoria, B podrá substituir a A en su calidad de usufructuario y entrar en el uso y goce del fundo de manera tal que resulte efectivamente productivo. De este modo, en los frutos que perciba, podrá en definitiva pagarse de su crédito.

C) *Derecho legal de retención.*

Este derecho constituye una manifestación de un principio generalmente reconocido por todas las legislaciones, cual es que el deudor puede negarse a cumplir su obligación mientras su acreedor no le cumpla lo que a su vez le debe, o no se encuentre llano a hacerlo; y podemos definirlo como la facultad que la ley confiere a la persona obligada a restituir una cierta cosa, para conservarla en su poder, a título de mero tenedor, hasta que le sea pagado o asegurado el pago de aquello que le es debido por razón de la misma cosa.

Siguiendo el modelo francés, el legislador nacional no consagró esta institución en términos generales, sino que se limitó a señalar casos en los cuales el derecho es procedente, regulando, los efectos del mismo, en el Título Tercero, del Libro II, del Código de Procedimiento Civil.

Nuestro Código Civil, por su parte, se refiere al derecho legal de retención al tratar diversas materias, entre las cuales cabe citar la accesión (art. 662), el fideicomiso (art. 756), el usufructo (art. 800), la acción reivindicatoria (art. 914), la compraventa (art. 1826), el arrendamiento (art. 1937), el mandato (art. 2162), el comodato (art. 2193), el depósito (art. 2234), la prenda (art. 2396) y la anticresis (art. 2444).

El efecto característico y principal del derecho en estudio lo constituye la circunstancia de que el retencionario podrá negarse a restituir la cosa mientras el crédito no sea satisfecho en todas sus partes. Sin embargo, no menos importantes que aquél son también los derechos que otorga la retención legal declarada judicialmente, en el sentido que habilita para realizar el bien sobre que recae y pagarse preferentemente con el producto de la venta, facultades éstas a las que alude el artículo 546 del Código de Procedimiento Civil.

Ahora bien, el artículo 2466 permite a los acreedores subrogarse en el derecho legal de retención de que sea titular el deudor.

Para entender como opera, en estos casos, la referida substitución, pensemos en el siguiente supuesto de hecho: B obró como mandatario de A e incurrió

en cuantiosos gastos para ejecutar el encargo, los cuales aún no le han sido reembolsados. No obstante, en el ejercicio del mandato recibió, a nombre de su mandante, diversos bienes que conserva en su poder.

De conformidad con el artículo 2162, el mandatario está facultado para retener los efectos que se le hayan entregado por cuenta del mandante, para la seguridad de las prestaciones a que éste fuere obligado por su parte.

Agreguemos que B es, a su vez, deudor de C y que tiene en su patrimonio sólo bienes inembargables, con excepción del crédito en contra de A, el cual, por razones obvias, no desea cobrar.

En esta hipótesis, podría C, eventualmente, subrogar a B y, en tal calidad, retener la cosa recibida al ejecutar el mandato; ello con el fin, por una parte, de impedir que ésta le sea entregada al mandante sin esperar que cumpla con su obligación de reembolso y, por otra, como una forma de presionar a este último para que pague las cantidades que adeuda.

Antes de continuar con el examen del artículo 2466, nos parece conveniente hacer notar que un sector importante de la doctrina niega la interpretación que hemos seguido al analizar dicho precepto, en lo que dice relación con los derechos de prenda, usufructo y retención legal.

Como es sabido, el acreedor prendario, el usufructuario y el retencionario son, respecto del bien sobre el cual recae el respectivo derecho, meros tenedores y no pueden, en consecuencia, enajenar la cosa, como tampoco podrían hacerlo sus acreedores por la vía de la ejecución. No obstante, esas mismas personas son dueñas de sus correspondientes derechos. Así pues, el acreedor prendario tiene el dominio del crédito caucionado con prenda, el retenedor es titular de un derecho personal en cuya virtud mantiene el bien en su poder y, finalmente, el usufructuario es dueño de su derecho real de usufructo.

Basados en esta circunstancia —que por cierto no pretendemos desconocer— algunos autores afirman que el verdadero alcance del artículo 2466 no es, como aquí lo hemos sostenido, un reconocimiento al poder subrogatorio de los acreedores, sino que simplemente una forma o modalidad de la acción ejecutiva. Por lo mismo, concluyen, al disponer el Código que los acreedores pueden substituirse en los derechos que competen al deudor como prendario, usufructuario y retencionario, sólo pretendió significar que el acreedor se encuentra habilitado para embargar el crédito o derecho real, proceder al remate del mismo y, en el producto de la licitación, hacer efectivo el cumplimiento de la obligación.

Para sostener esta tesis, se fundan en el inciso tercero del artículo 2466, el cual señala que "Sin embargo, no será embargable el usufructo del marido sobre los bienes de la mujer, ni el del padre o madre de familia sobre los bienes del hijo, ni los derechos reales de uso o de habitación".

Según esta doctrina, la expresión "sin embargo" que emplea la ley estaría revelando que se trata de casos análogos a los reglamentados en los incisos anteriores y, por ende, no del ejercicio de la acción oblicua sino que de la ejecución. Ello por cuanto, en esta parte, la norma se refirió a situaciones en que no es posible entablar la acción ejecutiva por hallarse comprometidos bienes inembargables.

Sin perjuicio de que más adelante volveremos sobre el tema, es menester advertir, desde ya, que nuestra posición en modo alguno importa desconocer la facultad de los acreedores en orden a recurrir al procedimiento ejecutivo, embargando los derechos o créditos de que sea titular el deudor.

Lo anterior, pensamos, no obsta a que el acreedor pueda elegir otra vía; en concreto, la subrogatoria, con el propósito de conseguir así la satisfacción de su prestación. En definitiva, creemos que el artículo 2466 únicamente alude a supuestos de ejercicio de la acción indirecta, sin que pueda ser confundido con hipótesis de ejecución, situación ésta que reglamentó un precepto legal distinto.

D) *El arrendamiento*

El artículo 2466, luego de referirse a los derechos de prenda, usufructo y retención, agrega, en su inciso segundo, que "Podrán asimismo subrogarse en los derechos del deudor como arrendador o

arrendatario, según lo dispuesto en los artículos 1965 y 1968".

Para entender esta norma se hace necesario analizar las disposiciones a que se remite el texto transcrito.

El artículo 1965 prescribe que "Si por el acreedor o acreedores del arrendador se trabare ejecución y embargo en la cosa arrendada, subsistirá el arriendo, y se substituirán el acreedor o acreedores en los derechos y obligaciones del arrendador.

"Si se adjudicare la cosa al acreedor o acreedores, tendrá lugar lo dispuesto en el artículo 1962".

El citado precepto se pone en el evento que un acreedor deduce acción ejecutiva y traba embargo sobre la cosa arrendada, en cuyo caso subsiste el arriendo y los acreedores pueden subrogarse en los derechos y obligaciones que el contrato genera para el arrendador.

Como se desprende de las expresiones "subrogarse" y "substituirán" que emplean los artículos 2466 y 1965, respectivamente, se trata de casos en los cuales los acreedores pasan a ocupar el lugar del deudor mediante el ejercicio de la acción oblicua; siendo la situación que ello origina similar a la que comentamos al estudiar la subrogación del usufructuario, con la diferencia que, en esta hipótesis, estamos frente a la substitución en derechos personales.

En consecuencia, a través de esta figura, los acreedores quedan facultados para percibir la renta de arrendamiento a que tiene derecho el deudor, en la cual podrían, a su vez, hacer efectivos sus créditos; todo ello considerando el deber que pesa sobre los mismos en el sentido de respetar y cumplir las obligaciones que del contrato emanan para el arrendador.

Lo recién señalado se justifica plenamente si se recuerda que los acreedores que hacen uso de la subrogación pasan a "representar" al deudor en la relación jurídica que lo vincula con el tercero.

Ahora bien, el interés que en esta materia cabría atribuir a la acción indirecta puede ser graficado con el siguiente ejemplo: A debe a B una cierta suma de dinero. Por otra parte, A es dueño de una propiedad —único bien de su patrimonio— la que tiene dada en arriendo a C. En este caso, B podría embargar y vender la cosa sobre la cual recae el contrato, para, con su producido, obtener la satisfacción de la obligación.

Hasta el momento, el artículo 1965 no presenta ninguna novedad, pues lo mismo podría ocurrir, de acuerdo con las normas generales que regulan el procedimiento ejecutivo, si esta disposición no existiera.

Sin embargo, agreguemos en el ejemplo que, atendidas las condiciones vigentes en el mercado, el precio que se podría obtener por la enajenación del bien resultaría muy reducido y que, por otro lado, la renta de la propiedad es altamente conveniente para el arrendador.

En la hipótesis planteada, la norma en comentario permitiría a B subrogar a A en el contrato de arrendamiento y, de esta manera, percibir en lugar y a nombre suyo la renta a que está obligado C, con el fin de hacer efectivo en ella el importe de su crédito.

La segunda de las disposiciones a que se remite el artículo 2466 se refiere al arrendador que pretende poner término al contrato debido a la insolvencia declarada del arrendatario. A este respecto, dispone el artículo 1968 que "La insolvencia declarada del arrendatario no pone necesariamente fin al arriendo".

"El acreedor o acreedores podrán substituirse al arrendatario, prestando fianza a satisfacción del arrendador".

"No siendo así, el arrendador tendrá derecho para dar por concluido el arrendamiento; y le competerá acción de perjuicios contra el arrendatario según las reglas generales".

De conformidad con el precepto aludido, la insolvencia del arrendatario, aun cuando se halle declarada, no produce la terminación del arrendamiento, siempre que los acreedores opten por ejercer el derecho que en él se contempla, esto es, substituir al deudor prestando fianza estimada como suficiente por el arrendador.

En este caso, y a la inversa de lo que ocurría al analizar el artículo 1965, se trata de la subrogación por los acreedores del arrendatario, los cuales pueden, también, tener un legítimo interés en mantener vigente el contrato.

Así, por ejemplo, supongamos que A es un deudor comerciante declarado insolvente y que, en el giro de su negocio, ha contraído obligaciones respecto de B,

su proveedor. Agreguemos que A arrienda a C un establecimiento en el cual realiza su comercio.

Para B no existen prácticamente expectativas en el sentido que serán pagados sus créditos en el corto plazo y, menos aun cuando C, sabedor de la insolvencia de A, pretende poner fin al arrendamiento.

Sin embargo, hay posibilidades de que, a futuro, A puede recuperar su situación económica, para lo que le es imprescindible continuar arrendando el bien. Con tal objeto, B opta por subrogar al deudor en su relación contractual, constituyendo al efecto fianza en beneficio de C, en la esperanza de que, continuando A con la explotación de su giro, podrá finalmente cumplir sus compromisos.

E) *La pérdida de la cosa que se debe*

El artículo 1567 enumera los modos de extinguirse las obligaciones y menciona, entre ellos, la pérdida de la cosa que se debe. No obstante, tal institución —que tendrá lugar cuando el objeto de la prestación consiste en dar o entregar una especie o cuerpo cierto— constituye aplicación de una fórmula más amplia, cual es la imposibilidad del cumplimiento.

La mayoría de los autores consideran como una hipótesis de ejercicio de la acción subrogatoria, la norma contenida en el artículo 1677, según el cual "Aunque por haber perecido la cosa se extinga la obligación del deudor, podrá exigir el acreedor que se le cedan los derechos o acciones que tenga el deudor contra aquellos por cuyo hecho o culpa haya perecido la cosa".

Para afirmar lo anterior, se fundan en la circunstancia que, de acuerdo con el precepto aludido, el acreedor estaría facultado para substituir al deudor, ejercitando, en lugar y a nombre de éste, los derechos que tenga contra un tercero.

En nuestra opinión, el criterio resulta equivocado y pensamos que lo que principalmente induce a error es el hecho de haberse expresado mal el legislador al reglamentar la materia.

En efecto, si derivado del dolo o culpa de un tercero perece la especie o cuerpo cierto que el deudor estaba obligado a dar o entregar, su obligación se extingue por el modo denominado "pérdida de la cosa que se debe", constituyendo, la intervención del sujeto ajeno al contrato o convención, un caso fortuito que libera de responsabilidad al deudor. Luego, por regla general, el deudor no tendrá ningún derecho que ceder a su acreedor, toda vez que carece de acción contra el tercero. Ello por cuanto, en tales casos, no puede decirse que ha sido víctima de un daño, requisito esencial, como es sabido, para demandar perjuicios; incluso más, en este evento ha quedado libre de toda responsabilidad frente a su acreedor.

Sin embargo, no cabe duda de que el titular del crédito ha sufrido un perjuicio al ser dañado, en la práctica, su derecho personal para exigir la entrega de la especie debida, la cual ha perecido sin ulterior responsabilidad para la persona obligada a entregarla. En consecuencia, será el acreedor quien legítimamente se halla habilitado para entablar la acción indemnizatoria, la que podrá ejercer *directamente y a nombre propio* en contra del autor de los perjuicios.

No obstante lo señalado, cabe tener presente que en ciertas oportunidades tendrá aplicación el precepto en análisis, pero no como una modalidad de la acción oblicua, sino como un caso de cesión legal de derechos. Así, por ejemplo, si la persona obligada a dar la especie o cuerpo cierto la tenía entregada en depósito, existiendo una cláusula penal para el evento de no cumplirse con la restitución, y la especie perece por culpa del depositario, el acreedor podría exigir que el deudor le ceda sus acciones para reclamar la pena, lo cual, obviamente, le reporta ventajas si se recuerda que no le sería necesario probar perjuicios.

F) *Repudio de una donación, herencia o legado*

Como ya adelantáramos en una parte de este trabajo, fallecido el causante y operada la delación de la asignación, nace para el beneficiario la facultad de optar por su aceptación o repudio.

Por su parte, es sabido que para el perfeccionamiento del contrato de donación es menester que se verifique un acto jurídico unilateral, cual es la aceptación del donatario.

Como se podrá advertir, el que se ejercite o no el derecho de aceptar o repudiar que tiene el beneficiario no resulta indiferente para sus acreedores, toda vez que la decisión que adopte en uno u otro sentido producirá consecuencias importantes en el patrimonio afecto a responsabilidad.

En efecto, si el asignatario o donatario acepta la herencia, legado o donación, ingresarán a su haber nuevos bienes en los cuales obtener el cumplimiento del crédito y, en el supuesto contrario, su patrimonio sufrirá un menoscabo al evitar que sea incrementado con los bienes que son objeto de la asignación o del contrato. Previendo esta última situación, el legislador se ha referido a la materia en dos disposiciones, a saber: los artículos 1238 y 1394.

El primero de los citados expresa que "Los acreedores del que repudia en perjuicio de los derechos de ellos, podrá hacerse autorizar por el juez para aceptar por el deudor. En este caso la repudiación no se rescinde sino en favor de los acreedores y hasta concurrencia de sus créditos; y en el sobrante subsiste".

El segundo, relativo a las donaciones entre vivos, señala que "No dona el que repudia una herencia, legado o donación, o deja de cumplir la condición a que está subordinado un derecho eventual, aunque así lo haga con el objeto de beneficiar a un tercero".

"Los acreedores, con todo, podrán ser autorizados por el juez para substituirse a un deudor que así lo hace, hasta concurrencia de sus créditos; y del sobrante, si lo hubiere, se aprovechará el tercero".

Con relación al artículo 1238 es conveniente recordar que el término "rescisión" que emplea la ley resulta equivocado; ello debido a que el acto no adolece de ningún vicio de nulidad relativa, de manera que lo más propio y correcto hubiera sido hablar de "revocación".

En todo caso, la lectura de ambas disposiciones ha llevado a que la mayoría de los autores estimen que se trataría de casos en los cuales se reconoce expresamente la acción subrogatoria, máxime cuando el artículo 1394 utiliza la expresión "substituirse". Otros, en cambio, piensan que en estas hipótesis la ley reglamentó una modalidad especial de la acción pauliana, ya que el fin perseguido consistiría en obtener la revocación de un acto ya ejecutado (el repudio) que irroga perjuicio para los acreedores.

Por último, una tercera posición —a la cual adherimos— se inclina por sostener que la figura que comentamos tiene una naturaleza mixta, que participa de los caracteres de la acción oblicua y revocatoria.

En efecto, para lograr el objeto pretendido, los acreedores deben llevar a cabo una gestión que, desde un punto de vista abstracto, se compone de dos actuaciones jurídicas perfectamente diferenciables. En primer lugar, obtener que se deje sin efecto el repudio, es decir, el acto ejecutado en perjuicio de sus derechos, sin que pueda afirmarse que ello constituye, propiamente, el ejercicio de la acción revocatoria pues faltaría uno de sus elementos esenciales, cual es, el fraude pauliano, requisito que no exige el precepto que comentamos.

En segundo término, los acreedores deben ocurrir al tribunal a fin de que se los autorice para substituir al deudor que que ha repudiado y, de esta manera, aceptar la asignación o donación hasta concurrencia de sus créditos.

Como puede apreciarse, tampoco se puede sostener de un modo categórico que en tales casos se dé el ejercicio de la acción indirecta, ya que la subrogación tendría lugar después de renovado el acto, exigiéndose, además, la autorización judicial, requisito que según vimos no es necesario que concurra para intentar esta vía.

De otro lado, cabe hacer notar que el perjuicio a que aluden los preceptos citados, y que debe sufrir el acreedor para que prospere su acción, es un elemento común a las dos instituciones a que se ha hecho referencia. Así pues, la revocatoria podrá entablarse en la medida que el acto impugnado haya causado un daño al demandante y, la subrogatoria, siempre que la circunstancia de no haber usado el deudor su correspondiente facultad desvanezca la posibilidad de que el acreedor satisfaga su crédito. Faltando esta condición, resultaría injusto impedir que el deudor dispusiera libremente de sus derechos.

Ahora bien, para los efectos de apreciar el beneficio que reportan para el acreedor las facultades contenidas en los artículos 1238 y 1394, pensemos en el

siguiente ejemplo: B debe 50 a C y no tiene en su patrimonio bien alguno para satisfacer al acreedor.

Con posterioridad, B recibe de A una herencia cuyo monto asciende a 100. No obstante, B la repudia considerando que, una vez ingresado el dinero a su haber, éste será embargado por C.

En este caso, obviamente el acreedor sufrirá un perjuicio ya que se lo habrá privado de la posibilidad de hacer efectiva la obligación en la respectiva herencia. Por tal motivo, C solicita al juez que revoque el repudio hasta 50, suma que representa el total de su crédito y que, además, se lo autorice para substituir al deudor a fin de que, en tal calidad, acepte la asignación hasta por una cantidad igual a la recién indicada.

Terminado el análisis de las situaciones que, en opinión de la doctrina dominante, constituyen casos en los cuales hay un reconociemnto al poder subrogatorio de los acreedores, resta ahora tratar los argumentos que, en nuestro concepto, sirven de fundamento para afirmar que el legislador consagró la acción que estudiamos en términos generales.

Para tal objeto, es importante recordar lo dicho a propósito del tema responsabilidad y garantías de la obligación.

Como señaláramos en su oportunidad, una vez que se ha contraído la obligación nace una responsabilidad para el deudor, en cuya virtud su patrimonio queda afecto al cumplimiento de la prestación debida. Esta situación, consecuencia del derecho de crédito, es conocida en doctrina con el nombre de garantía genérica y a ella se ha referido la ley al disponer, en el artículo 2465 que "Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el artículo 1618".

En nuestra opinión, la norma transcrita permitiría, por sí sola, concluir que es lícito a los acreedores subrogar al deudor y obtener, ejercitando sus acciones o derechos, el cumplimiento de la obligación.

Nadie duda que el precepto citado habilita para ejecutar al deudor mediante el embargo de sus bienes y posterior venta en pública subasta. A través de este procedimiento, se estaría ejerciendo un derecho propio del deudor, inherente al dominio que detenta sobre el patrimonio, cual es la disposición de los objetos que lo componen.

Pues bien, si con este mecanismo el titular del crédito ejercita, por un acto de autoridad y en una suerte de "expropiación", la facultad de enajenar que hasta ese momento tenía el dueño de los bienes, resulta lógico pensar que, con mayor razón aún, podría hacer uso de las otras potestades que otorga el dominio, como el derecho de usar y gozar de una determinada cosa perteneciente al deudor.

Por otra parte, también llegaremos a una conclusión similar a la anotada si nos detenemos a examinar el texto de la ley.

El artículo 2465 señala que toda obligación personal da al acreedor el derecho de "perseguir su ejecución . . ." y, el sentido natural y obvio del término ejecución indica la idea de llevar algo a la práctica.

En consecuencia, al emplear estas expresiones, el legislador ha querido decir que el acreedor puede *conseguir*, en el patrimonio afecto a responsabilidad, *el cumplimiento* de la correspondiente obligación. Por lo tanto, la satisfacción del crédito es posible obtenerla no sólo mediante un procedimiento ejecutivo, sino que también a través de otras vías como ocurriría, precisamente, con la acción que estudiamos.

Si se entendiera que la garantía general solamente habilita para ejecutar al deudor —considerada la ejecución en su aceptación procesal— estaría de más la disposición especial en que el Código reglamenta la materia y, es sabido, las normas legales deben ser interpretadas armónicamente de manera que todas ellas produzcan sus efectos.

Desde otro punto de vista, cabe hacer notar que el precepto que comentamos constituye el basamento de los derechos que la ley confiere al titular del crédito, tanto de aquellos destinados a obtener el cumplimiento mediante el pago o su satisfacción por equivalencia con la indemnización de perjuicios, como de las facultades auxiliares que permiten al acreedor incrementar y mantener la integridad del patrimonio afectado.

Teniendo presente lo dicho, luego de referirse la ley a la prenda genérica (art. 2465) entra a consagrar, de modo expreso, las derivaciones del principio de la responsabilidad ilimitada, cuales son la acción oblicua (art. 2466), la acción pauliana (art. 2468) y la acción ejecutiva (art. 2469).

Ahora bien, para el evento que no se admitiera el alcance que aquí hemos dado al art. 2465, creemos que en el art. 2466 no cabe duda de que el legislador estableció la subrogatoria como una acción de procedencia general, y si ello no fuera así, participamos de la opinión de Sacco cuando señala que "en los ordenamientos que no admiten la acción no debería existir una verdadera responsabilidad patrimonial del deudor y, si existe, no tiene ninguna lógica" [113].

Según ha quedado demostrado en páginas anteriores, la disposición citada contempla hipótesis en las cuales el acreedor se substituye o subroga en derechos del deudor.

Pensamos que la circunstancia de haberse hecho referencia explícita a determinados derechos no permite sostener que la acción sólo sea admisible cuando se trata de los casos expresamente mencionados. Por lo demás, aun aquellos autores que niegan cabida a una acción genérica reconocen que, en otras disposiciones del Código, también se faculta al acreedor para subrogar al deudor, v.gr., artículos 1238 y 1394.

Por lo tanto, creemos que la enumeración contenida en el artículo 2466 no tiene un carácter taxativo, y así lo daría a entender la expresión "como" que emplea la ley, la cual estaría revelando que la mención lo es sólo por vía ejemplar.

Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, estimamos que la historia fidedigna del establecimiento de la ley no deja lugar a equívocos a la hora de indagar el espíritu y alcance de la norma en análisis.

En este sentido, las notas formuladas por el propio Bello al Proyecto de Código Civil resultan especialmente clarificadoras [114].

Al comentar el primer inciso del artículo 2466, se establece el significado de la subrogatoria en el derecho real de usufructo, señalando al respecto que los acreedores se substituyen en la facultad que tiene el deudor para percibir los frutos [115].

Como fácilmente se puede apreciar, esta observación deja de manifiesto que la atribución otorgada a los acreedores no consiste —como creen algunos— en el embargo y posterior venta del derecho que posee el deudor como usufructuario, sino que en la posibilidad que se concede al acreedor para ejercer, en lugar y a nombre de la persona obligada, una facultad que a ésta pertenece.

Una segunda nota, aún más interesante que la primera, está constituida por el siguiente ejemplo que nos formula Bello al precisar el alcance del precepto que comentamos: "Antonio tiene en propiedad fiduciaria una hacienda que debe pasar a sus hermanos, si fallece sin hijos. En virtud de la insolvencia del fiduciario, se subroga el concurso en el ejercicio de todos los derechos de Antonio sobre la hacienda; i percibe, por tanto, los frutos. Si Antonio muere sin hijos, pasa la hacienda a su hermanos, i espiran los derechos del concurso en ella. Pero si Antonio dejara sucesión, ¿qué sería? ¿Debería mirarse la cláusula si *sine liberis decesserit* como un fideicomiso en favor de los hijos? Creo que no; el efecto de ella es dar al fiduciario la propiedad absoluta de la hacienda i validar sus disposiciones testamentarias, i aun entre vivos, relativas a ella, como si jamas hubiera existido el fideicomiso. Por consiguiente, pasaría la propiedad absoluta de la hacienda al concurso; i esto, aunque Antonio falleciese

---

[113] Citado por GULLÓN B., Antonio. Op. cit., pág. 104.

[114] BELLO, Andrés. Proyecto Inédito de Código Civil (posterior al Proyecto de 1853 y anterior al promulgado en 1855), Edición hecha bajo la dirección del Consejo de Instrucción Pública, Impreso por Pedro G. Ramírez, Santiago, 1890, pág. 609.

[115] BELLO, Andrés. Proyecto Inédito de Código Civil (posterior al Proyecto de 1853 y anterior al promulgado en 1855), Edición hecha bajo la dirección del Consejo de Instrucción Pública, Impreso por Pedro G. Ramírez, Santiago, 1890, pág. 609.

despues de terminado el juicio, porque, abierto el concurso, *se subroga en todos los derechos del insolvente*, i por consiguiente en el de adquirir la libre propiedad de la hacienda, verificada que sea la condición de que penda l adquirir su libre propiedad el fiduciario" [116].

Del ejempo transcrito se desprende que la enumeración contenida en el artículo 2466 no tiene un carácter taxativo ya que, en este caso, el legislador nos habla de la subrogación en el derecho real de dominio, el cual no figura entre los que menciona expresamente el precepto.

Antes de finalizar con esta exposición de argumentos, nos parece conveniente señalar que la conclusión a que hemos arribado, en orden a estimar que nuestro legislador consagró la acción oblicua en términos generales, es compartida también por don Luis Claro Solar.

Al refutar las opiniones contrarias, el connotado jurista expresa: "Se ha sostenido que en esta materia hay una diferencia considerable entre nuestra legislación y la francesa, porque mientras en ésta se consagra como principio general que el acreedor podrá ejercer los derechos y acciones del deudor, nuestro Código Civil no tiene artículo que tal principio establezca y se ha limitado a señalar determinados casos en los cuales es posible el ejercicio por el acreedor de determinadas acciones o derechos del deudor; disposiciones aisladas que son las únicas en que la ley expresamente establece la substitución o subrogación".

"En el hecho, esta diferencia es sólo de forma dada la interpretación lógica que los comentadores del Código francés han debido seguir para fijar el verdadero sentido de esa disposición que dice que los acreedores pueden ejercer *todos* los derechos y acciones del deudor, a excepción de aquellos que se hallan exclusivamente ligados a la persona, expresión esta última que reduce considerablemente el sentido de la palabra "todos". No hay, por eso, en nuestra opinión, diferencia entre una y otra legislación, aunque nuestro Código no tenga un artículo igual al art. 1166 del Código Civil francés" [117].

Ahora bien, a partir de lo precedentemente expuesto creemos que se puede sostener que el legislador nacional admite la subrogatoria como una acción de procedencia general en nuestro derecho.

Sin perjuicio de lo anterior, estimamos que además de las disposiciones que han sido objeto de los comentarios señalados más arriba, existen también otras disposiciones del Código que reconocen, de modo expreso, la facultad de los acreedores para ejercer acciones y derechos que competen al deudor, situaciones éstas de las cuales nos ocuparemos a continuación.

1. *Derechos de dominio e hipoteca*

Si bien es cierto el art. 2466 no hace una referencia expresa a los derechos de dominio e hipoteca, ello no implica, como ya indicáramos, que no sea procedente la subrogación a su respecto.

Pensamos que la razón que llevó al legislador a no mencionarlos se debe, simplemente, a la forma en que fue redactado el precepto. En este sentido, cabe señalar que la norma citada supone que hay un deudor insolvente que mantiene en su poder una especie perteneciente a un tercero y faculta, a los acreedores del primero, para subrogarse en sus derechos y acciones, respetando, en todo caso, el derecho del respectivo dueño.

Por tal motivo, era lógico que la ley no hiciera referencia al dominio que tiene el deudor, como asimismo al derecho real de hipoteca, pues, en este último, si bien el deudor posee el derecho, la especie sobre que recae, sin embargo, no se encuentra en su poder, a diferencia de lo que ocurre con la prenda, el usufructuo y la retención.

De otro lado, es menester recordar, en relación con el dominio, que el propio Bello formula ejemplos que permiten sostener, inequívocamente, que en este

---

[116] BELLO, Andrés. Proyecto Inédito de Código Civil (posterior al Proyecto de 1853 y anterior al promulgado en 1855), Edición hecha bajo la dirección del Consejo de Instrucción Pública, Impreso por Pedro G. Ramírez, Santiago, 1890, pág. 609.

[117] CLARO SOLAR, L. Op. cit., pág. 584, nota Nº 214.

ámbito admite el ejercicio de la acción indirecta.

Por nuestra parte, y en lo que dice relación con los efectos de la acción oblicua en estos casos, nos remitimos a lo dicho al analizar el derecho real de prenda.

2. *Caso del acreedor bajo condición suspensiva*

El artículo 1490 expresa que "Si el que debe una cosa mueble a plazo, o bajo condición suspensiva o resolutoria, la enajena, no habrá derecho de reivindicarla contra terceros poseedores de buena fe".

El precepto anotado ha sido tradicionalmente objeto de críticas dentro de la doctrina, particularmente en lo relativo a la condición suspensiva.

Para algunos autores, tratándose de la modalidad indicada, el Código Civil simplemente habría incurrido en un error, constituyendo la norma un caso de letra muerta dentro de la legislación.

De los términos de la disposición transcrita se desprende que una persona se obligó a entregar una determinada cosa a otra en el evento de cumplirse una condición. Supone, asimismo, que pendiente la condición el deudor enajena la cosa a un tercero, situación que no puede impedir el acreedor, pues sólo posee, en este sentido, una expectativa o germen de derecho (sin perjuicio de las eventuales providencias conservativas).

Sin embargo, una vez que se ha verificado el hecho constitutivo de la condición, el precepto que comentamos faculta al acreedor para entablar la acción reivindicatoria contra el tercero adquirente, para lo cual se requiere que este útimo sea un poseedor de mala fe, es decir, que al tiempo de adquirir la cosa haya conocido la existencia de la condición.

Ahora bien, según la opinión que exponemos, el art. 1490 se encontraría en abierta contradicción con los principios y normas que rigen en materia de reivindicación.

En efecto, para esta doctrina, el art. 889 concede la acción de dominio sólo al dueño no poseedor contra el poseedor no dueño y el artículo 1490, al otorgar al acreedor condicional la facultad de intentarla, estaría violando tal regla, por cuanto permitiría reivindicar a quien jamás fue dueño de la cosa.

Frente a estas dos disposiciones que se estiman en pugna, estos autores se inclinan por hacer prevalecer la norma del art. 889.

Desde ya, creemos que dicha interpretación debe ser rechazada, por considerarla algo cómoda y superficial desde un punto de vista intelectual. Pensamos —como lo afirma un autor— que el intérprete tiene la obligación de agotar todas las posibilidades tendientes a armonizar preceptos aparentemente contradictorios, de manera que sólo entonces podrá concluir que una disposición es letra muerta. Lo contrario, importaría dar a la hermenéutica legal un carácter ligero que no se compadece con su seriedad.

Una segunda teoría, postulada por don Fernando Rozas Vial, pretende dotar de aplicación al art. 1490 [118].

Sostiene el autor citado que la norma consagrada en el artículo 889 no constituye ni reviste las características de un principio categórico o absoluto. Así, por ejemplo, señala que ésta admite una excepción en la denominada acción publiciana que, a virtud de lo prevenido en el art. 894, es la acción reivindicatoria que se concede, aunque no se pruebe el dominio, al que ha perdido la posesión regular de la cosa y se hallaba en el caso de poder ganarla por prescripción.

De este modo, concluye, el art. 1490 sólo estableció otra excepción a las reglas generales en materia de reivindicación.

Sin desconocer el mérito y la novedad de esta interpretación, pensamos que puede atribuírsele otro alcance a la disposición en análisis.

Antes de ocuparnos de esta tercera posición, permítasenos un breve comentario en relación con la acción publiciana que el profesor Rozas invoca como ex-

---

[118] ROZAS VIAL, Fernando. *Análisis del artículo 1490 del Código Civil* (Revista Chilena de Derecho, Vol. I, Nº 1, febrero 1974, Facultad de Derecho Universidad Católica de Chile, Santiago, 1974), pág. 84.

cepción a los principios que rigen la reivindicatoria.

Sin bien es cierto nuestro legislador reglamentó la llamada acción publiciana como una modalidad especial de la acción de dominio, la verdad es que tal tratamiento se debió, sin duda, a consideraciones de índole histórica y a razones de técnica legislativa.

Desde una perspectiva jurídica, las acciones reivindicatoria y publiciana son completamente distintas y, por lo mismo, no puede decirse que la segunda constituye una excepción a las normas que regulan la primera.

Si examinamos el origen de estas instituciones, llegaremos a la conclusión de que su naturaleza es diversa, aun cuando, para efectos prácticos, ambas respondan en definitiva a una misma necesidad.

Tanto la acción reivindicatoria como la publiciana nacen en el derecho romano, pero mientras aquélla es concebida como una acción civil, ésta, en cambio, corresponde a una acción pretoria destinada a proteger la propiedad que, por algún defecto, no fue apta para constituir dominio civil.

Mediante ella, el Pretor ordenaba al juez fingir que el actor ha poseído durante todo el tiempo de usucapión —aunque sólo lo hubiera hecho un instante— pero la sentencia dictada, en caso alguno importaba una declaración o reconocimiento al dominio, como tampoco la ficción suponía que el demandante era dueño.

Derivado de lo anterior, y de las ventajas que esta acción reportaba para los efectos de acreditar el dominio y evitar la "prueba diabólica", con el tiempo fue también utilizada por el propietario civil y no sólo por los poseedores.

De ahí entonces que ambas acciones —reivindicatoria y publiciana— fueran luego tratadas conjuntamente, no obstante lo cual, creemos, cada una mantiene su propia naturaleza e identidad.

Ahora bien, la interpretación del artículo 1490 a la cual adherimos ha sido formulada, en la cátedra, por el profesor Víctor Vial del Río y supone que el acreedor reivindica en lugar y a nombre del dueño, es decir, ejercitando la acción pública.

La tesis planteada puede ser ilustrada a través del siguiente ejemplo: A dona a B un caballo estipulándose, en el contrato, que se lo entregará si este último se recibe de abogado.

Con posterioridad al contrato de donación, y antes de que se cumpla la condición, A enajena el caballo a C, quien lo adquiere con pleno conocimiento de que existe la referida modalidad.

Como sabemos, pendiente la condición se encuentra en suspenso la adquisición del derecho de B, como asimismo el nacimiento de la obligación de A.

Por su parte, A continúa siendo dueño del caballo, lo que significa que puede enajenarlo a un tercero, siendo válida dicha enajenación, no obstante existir la obligación de traspasarlo al donatario una vez cumplida la condición.

Sin embargo, y en atención a que el adquirente no adquiere más derechos que los que tenía el tradente, C adquirirá un dominio expuesto a perderse, es decir, su dominio será resoluble, se extinguirá en el evento que se cumpla la condición.

En otras palabras, para el acreedor (B) la condición reviste el carácter de suspensiva, ya que de su cumplimiento pende la adquisición del derecho. En cambio, para el deudor (A) la condición es resolutoria por cuanto, verificado que sea el hecho que la constituye, se extinguirá su dominio y nacerá la correspondiente obligación de restituir.

De otro lado, es sabido que la condición una vez cumplida opera con efecto retroactivo. En consecuencia, en el ejemplo se supone que B tuvo el derecho personal para exigir la entrega del caballo desde la fecha del contrato y que, desde ese momento, A se encontraba también obligado. Se entiende, asimismo, que C jamás tuvo derecho alguno sobre el caballo y que el dominio permaneció siempre en A.

En esta hipótesis, para que A pueda cumplir con su obligación de entregar el caballo a B deberá previamente obtenerlo de C, para lo cual podrá reivindicarlo, toda vez que se reputa dueño del mismo.

No obstante, ¿qué interés tendrá A en entablar la acción si una vez restituida la especie deberá entregarla a B?

Pues bien, en este caso el art. 1490 faculta al acreedor condicional (B) para que reivindique directamente el caballo; no como dueño, pues mal podría serlo

desde que no se le hizo la tradición, sino que en lugar y nombre del dueño, esto es, subrogando al deudor.

Pensamos que esta interpretación tiene el doble mérito de reconocer aplicación práctica al art. 1490 y de no vulnerar las disposiciones que rigen la acción reivindicatoria en nuestro ordenamiento jurídico.

3. *La nulidad absoluta*

En nuestro concepto, entre las disposiciones legales que regulan los efectos de la nulidad es posible encontrar una hipótesis de subrogación por los acreedores [119].

Como es sabido, la nulidad judicialmente declarada opera con efecto retroactivo y en consecuencia, una vez anulado un determinado acto jurídico, se reputa que jamás existió, siendo por lo tanto necesario volver a las partes al estado en que se encontraban antes de su celebración. Para tal objeto, se deberá realizar una serie de restituciones mutuas, aplicándose, a este respecto, las reglas que da el Código en materia de reivindicación.

Con la finalidad indicada, el artículo 1689 dispone que "la nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales".

Para entender como opera la norma transcrita y determinar el alcance que atribuimos a la misma, pensemos en el siguiente ejemplo: A celebró un contrato de compraventa con B, en cuya virtud transfirió a éste la propiedad de un bien raíz, a cambio de un cierto precio. Supongamos que el contrato no fue otorgado por escritura pública, razón por la cual adolece de un vicio de nulidad absoluta.

Agreguemos que, en el ejemplo, A es deudor de C y que el único bien que tenía en su patrimonio para responder por el cumplimiento de su obligación era aquel que transfirió a B.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 1683 puede solicitar la declaración de nulidad absoluta cualquiera que tenga interés en ello.

En la hipótesis planteada, obviamente C estará interesado en que se declare nula la compraventa celebrada entre A y B, ya que una vez que ello ocurra, A podrá reivindicar el bien y obtener que reingrese a su patrimonio. Con tal propósito, C solicita y obtiene la correspondiente declaración de nulidad.

Sin embargo, en este caso, A no demuestra intención alguna de reivindicar puesto que, ingresado que sea el bien a su haber, éste será embargado por C.

Frente a la inacción del deudor, C opta entonces por ejercer la facultad que le otorga el artículo 1689 y entabla la acción reivindicatoria que pertenece a A. De esta manera, el acreedor estaría ejerciendo un derecho que corresponde al deudor, ya que en su calidad de tal no podría reivindicar por no haber sido nunca dueño ni poseedor de la cosa sobre que recae la acción. En otras palabras, la disposición en análisis permitiría ejercer la sustitución e intentar la reivindicación subrogando a quien es el primitivo titular del derecho.

La solución adoptada, a primera vista, podría aparecer injusta si se considera que, virtualmente, el deudor se estaría aprovechando de la declaración de nulidad al extinguir, mediante este expediente, una obligación diversa que se haría efectiva en el bien reivindicado. Aún más, en el caso que el inmueble tuviere un valor superior al monto del crédito, el remanente quedaría en poder del substituido sin posibilidad de volver después a manos del tercero adquirente.

En realidad, esta eventual iniquidad es sólo aparente.

En efecto, el acreedor que demanda la nulidad no puede sustraerse de las consecuencias jurídicas que le son propias, en especial de las prestaciones mutuas que sería menester realizar. Así pues, al declararse nulo el contrato celebrado entre A y B, el vendedor deberá restituir el precio a cambio de la devolución del bien a que estaría obligado el comprador.

Sin embargo, en el ejemplo, A no ha entablado la acción de nulidad. Luego, ¿podría, no obstante ello, ser compelido a restituir el precio recibido de B como condición para que fructifique la reivindicación?, ¿qué ocurriría, en el caso pro-

---

[119] La teoría que exponemos ha sido formulada, en la cátedra, por el Profesor Sr. Víctor Vial del Río.

puesto, si A no dispone de medios para proceder a la restitución?, ¿en qué situación quedaría entonces C, titular de la subrogatoria?

Para solucionar el problema y conseguir que, en definitiva, prospere la reivindicatoria que se intente ejercitando la acción oblicua, C deberá restituir, a nombre de A —deudor substituido—, el precio de la compraventa y, posteriormente, una vez efectuada la devolución del bien, hacer efectivo en él no sólo su crédito sino que también el monto del precio. De esta manera, quedan asegurados los derechos del tercero (B) en lo relativo a las prestaciones que puede exigir del vendedor quien, a su vez, no se verá, en el hecho, favorecido por la declaración de nulidad ya que el bien ingresará sólo un instante a su patrimonio siendo, después, objeto de embargo y ejecución por el acreedor.

Finalmente, cabe señalar que de no atribuirse al artículo 1689 el alcance que aquí proponemos, no tendría razón de ser y justificación alguna la norma que habilita para solicitar la nulidad a todo el que manifiesta interés en ello, toda vez que, para efectos prácticos, tal iniciativa a nada conduciría y, por lo mismo, la mencionada facultad sólo constituiría un caso de letra muerta en la ley.

4. *El mandato*

Creemos que es posible hallar otra hipótesis de subrogación en el artículo 2138, relativo al mandato.

De conformidad con el precepto aludido, "el mandante podrá en todos casos ejercer contra el delegado las acciones del mandatario que le ha conferido el encargo".

Como es sabido, es lícito al mandatario delegar el encargo que se le ha encomendado siempre que ello no se le hubiere prohibido y, si nada se ha dicho, el mandatario que lo hiciere responderá ante el mandante por los actos que ejecute el delegado. En tal caso, los terceros que hayan contratado con el delegado no tendrán derechos contra el mandante, salvo, claro está, que este último ratifique lo obrado a su nombre.

De otro lado, cabe recordar que en el evento que el mandante hubiere autorizado la delegación sin señalar la persona del delegado, el mandatario no responderá por sus actos a menos que aquél fuere notoriamente incapaz o insolvente; y que, si consistiendo la delegación el mandante, hubiere también designado el delegado, se constituye un nuevo contrato en el cual serán partes mandante y delegado.

En esta última hipótesis, pensamos que el primer mandato queda tácitamente revocado desde el momento que opere la delegación pues, en el hecho, se estaría encargando el mismo negocio a otra persona. Por ello, estimamos que en este caso no tendría aplicación el artículo 2138 ya que, naciendo un nuevo contrato, el mandante podría dirigirse contra el delegado de acuerdo con las reglas generales que rigen el mandato.

Ahora bien, cuando la delegación no hubiere sido prohibida ni permitida o, encontrándose autorizada, no se hubiere designado delegado, el mandante podrá ejercer, además de las acciones que tiene contra el mandatario, las acciones y derechos que éste posea contra el delegado. En otras palabras, el artículo 2138 estaría consagrando expresamente un caso de subrogación al facultar a una persona para ejercer un derecho que pertenece a otra.

La situación comentada, así como la utilidad que presenta, es susceptible de ser ilustrada mediante el siguiente ejemplo: A otorga a B un mandato para que lleve a efecto la realización de un importante negocio. Por su parte, B es de aquellas personas cuyo trabajo consiste, precisamente, en administrar asuntos ajenos.

En el ejemplo, B confía a C la gestión del encargo, lo que puede válidamente hacer ya que no le fue prohibido. Sin embargo C, guiado por la desidia, no sólo ejecuta mal el encargo sino que irroga perjuicio a B y a A, causándoles desprestigio.

Pues bien, en este caso, A podrá dirigirse en contra de B, quien responde de los actos del delegado como de los suyos propios y, a virtud de lo prevenido en el artículo 2138, intentar también las acciones que pertenecen a B, en su calidad de mandante, en contra de C.

5. *La partición*

De conformidad con el artículo 1317, ninguno de los coasignatarios de una cosa

universal o singular será obligado a permanecer en la indivisión y, a menos que existiere un pacto de indivisión —el que, por lo demás, se encuentra limitado en el tiempo— la participación siempre podrá provocarse.

Por su parte, el artículo 524 del Código de Procedimiento Civil faculta al acreedor para dirigir su acción sobre la parte o cuota que en la comunidad corresponda al deudor, a objeto de que se enajene sin previa liquidación, o bien para exigir que con intervención suya se proceda a liquidar la comunidad.

Algunos autores [120] interpretan el precepto anotado señalando que, en tales casos, se concede este derecho al acreedor en virtud de una acción directa, la cual tendrá en el evento que se le hubiere adjudicado la cuota de su deudor comunero, en razón de su calidad de cesionario del mismo. Es decir, para esta opinión, el art. 524 del Código de Procedimiento Civil discurriría sobre la base de un acreedor que luego de haberse adjudicado la cuota de su deudor solicita la partición.

Otros autores discrepan de esta interpretación, la cual, en caso de ser aceptada, implicaría que el precepto está de más ya que el acreedor, cesionario por el hecho de haber adquirido la cuota en venta forzada, tendría la facultad de pedir la partición de acuerdo con el art. 1320.

De otro lado, y como nos advierte don Manuel Somarriva [121], la propia letra de la ley rechaza también esta interpretación.

En efecto, el artículo 524 del Código de Procedimiento Civil otorga al acreedor dos derechos, a saber: dirigirse sobre la parte o cuota que en la comunidad corresponda al deudor para que se enajene sin previa liquidación "o" exigir que con intervención suya se liquide la comunidad.

Pues bien, al emplear la ley la conjunción disyuntiva "o" y no la copulativa "y", estaría diciendo que el acreedor puede solicitar, a su elección, una u otra medida, pero en ningún caso que después de enajenada la cuota sea recién lícito pedir la partición.

De lo dicho se desprende que el Código faculta al acreedor para ejercer la acción que pertenece al deudor, es decir, para subrogarlo, ejerciendo en lugar y a nombre suyo un derecho que le compete.

En este sentido, se beneficiaría por ejemplo, con la acción de partición, el acreedor hipotecario cuyo derecho sólo se materializará una vez efectuada la división y en los bienes hipotecables que se le adjudiquen al deudor.

6. *Otros casos de subrogación*

Establecido como conclusión, en páginas anteriores, el hecho de estimar la subrogatoria como una acción de procedencia general en nuestro sistema jurídico, cabe tan sólo mencionar, por vía ejemplar, otras hipótesis de ejercicio de acciones y derechos que corresponden al deudor.

En este sentido, podemos citar el caso de las acciones pauliana o revocatoria, resolutoria, comisoria, redhibitoria, indemnizatoria, ejecutiva, de reembolso, de petición de herencia, de reforma de testamento, de inoficiosa donación, de nulidad y rescisoria, etc.

Capítulo VII

LOS EFECTOS DE LA ACCION SUBROGATORIA

Con el fin de apreciar el complejo de situaciones jurídicas que derivan de la acción subrogatoria, hemos considerado conveniente estudiarlo distinguiendo, al efecto, las consecuencias que de ella emanan para las diversas partes cuyos intereses se encuentran implicados en el ejercicio del derecho sobre que versa la acción.

Para tal propósito, analizaremos la materia en relación con los efectos que se producen entre el acreedor y el tercero; aquellos que interesan al deudor, titular del derecho ejercitado y, finalmente, los que se refieren a los demás acreedores del sustituido.

---

120 Por ejemplo, Ricardo Gaete, citado por Manuel Somarriva U.: *Indivisión y partición*, Tomo II (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1950) pág. 29.

121 Somarriva, M. Op. cit., pág. 29.

1. *Efectos entre el acreedor y el tercero*

De las distintas teorías que ha elaborado la doctrina al intentar explicar la naturaleza jurídica de la representación que ostenta el acreedor que acciona por la vía indirecta, adherimos a una de ellas. Es así que en su oportunidad señalamos que el actor obra *ex iuribus* de su deudor, investido de una suerte de mandato (que no cabe confundir con el contrato del mismo nombre) o de representación legal, en virtud de la cual ejercita ciertos derechos o acciones en lugar y a nombre de otro, aunque en su propio beneficio e interés.

El mencionado principio resulta de trascendental importancia ya que de él se derivan una serie de consecuencias prácticas que nos ayudarán a abordar el tema propuesto.

En primer lugar, es del caso hacer notar que, entendida en los términos indicados la representación que importa la acción oblicua, se colige que el tercero afectado por la subrogación debe considerar al actor como a su propio acreedor, es decir, como si fuese el mismo deudor substituido el que, directamente, ejercitase en su contra el respectivo derecho.

Lo anterior implica, por tanto, y entre otras cosas, que siendo el acreedor una especie de personero de su deudor, deberá, en el correspondiente proceso, emplear los mismos medios de prueba exigidos a éste y bajo iguales condiciones. Así, por ejemplo, si se presentaren testigos ligados por razón de parentesco con el deudor, la posible tacha habrá de perjudicar al acreedor que obra a su nombre, o si aquél se encuentra en la necesidad de acreditar la existencia de la obligación mediante instrumento público o auténtico, tal carga también pesará sobre el actor.

Las observaciones precedentes son del mismo modo aplicables en lo relativo al procedimiento que ha de seguirse. Si el deudor puede hacer uso de uno especial, dicha circunstancia aprovechará igualmente al acreedor, o si el contrato celebrado entre el deudor y el tercero, y del cual emana la respectiva obligación, contiene una cláusula compromisoria, el actor no podrá desconocerla, debiendo sujetarse a sus términos.

De la regla que comentamos fluye, como lógico corolario, que el tercero perseguido está habilitado para oponer al acreedor demandante todas las excepciones susceptibles de hacer valer si, en la realidad, actuara efectivamente el deudor subrogado, por ejemplo, la remisión que del crédito le hubiere hecho este último.

Por otra parte, y basados en la misma idea, cabría concluir que el tercero no está facultado para emplear aquellos medios de defensa que tuviere contra el acreedor si éste ejercitare el correspondiente derecho o acción en su propio nombre, v.gr., una compensación, en el evento de que el demandado fuere, a su vez, personalmente acreedor del actor.

Todo lo dicho hasta ahora debe, no obstante, ser entendido sin perjuicio de la atribución que le asiste al tercero para invocar las excepciones que tengan por objeto destruir la legitimidad de la subrogación. En tales casos, no se toma en consideración la representación que reviste el acreedor como "mandatario" de su deudor, sino la calidad propia que éste detenta en cuanto interesado directo en ejercitar la acción oblicua. Así pues, intentará demostrar que no concurren, en la especie, las condiciones, requisitos o supuestos exigidos para la procedencia de la misma, tales como la inexistencia de un crédito en beneficio del demandante, la ausencia de negligencia en el deudor, el hecho de no traducirse la inacción en un serio peligro para el acreedor, o la circunstancia de tratarse de un derecho inherente a la persona del deudor.

Ahora bien, constituye asunto grave en la doctrina el determinar qué medios de defensa puede oponer el tercero afectado por la acción indirecta.

El problema central radica en saber si sólo se pueden hacer valer los que tienen un fundamento anterior al ejercicio de la acción, o si también son admitidos aquellos de fundamento posterior y es, precisamente, respecto a esto último donde surgen las dudas y diferencias entre los tratadistas.

Como se podrá apreciar, la cuestión planteada no tiene una incidencia únicamente procesal ya que la solución que se adopte implica, nada menos, que un juicio o pronunciamiento en relación con la facultad de disposición y capacidad de ejercicio del deudor. En este sentido, corresponde preguntar si una vez puesta

en movimiento la acción ¿puede el deudor condonar el crédito, cobrarlo, cederlo, renunciar, transigir, consentir novaciones o prórrogas de plazo, etc. . . .?

Desde ya cabe hacer una distinción de importancia que las más de las veces se olvida. Consiste ésta en determinar si se trata de derechos que no han sido objeto de subrogación por los acreedores, o si, por la inversa, estamos en presencia de aquellos que actualmente son materia de la acción.

En el primer caso, no vacilamos en afirmar que el deudor está habilitado para ejercer el correspondiente derecho, en atención a que el empleo de la subrogatoria no puede generar una suerte de inmovilidad en el patrimonio afectado que impida al deudor abandonar su pasividad o inercia, lo que significaría, a la postre, declararlo en una especie de quiebra y aplicar, en forma arbitraria, uno de sus principales efectos, cual es, el desasimiento.

La segunda hipótesis, en cambio, es la que se presta a controversias.

Juristas como Larombiere, Mourlon, Laurent [122], Marcade, Planiol y Ripert, Baudry-Lacantinerie y Barde, Josserand [123] y Henri, León y Jean Mazeaud [124] se inclinan por reconocer al deudor la facultad de disposición sobre los bienes que son objeto de la acción. Otros, v.gr. Labbé, Colmet de Santerre, Proudhon, Demolombe [125] y Gioia [126] se pronuncian por la opinión contraria. Finalmente, Aubry y Rau [127] niegan al deudor tal facultad sólo cuando ha tenido lugar la "subrogación judicial".

El último de los criterios enunciados no merece mayor atención de nuestra parte toda vez que, al tratar de las condiciones de ejercicio de la acción, rechazamos la exigencia de la autorización judicial como requisito para legitimar su procedencia.

En lo que dice relación con la segunda de las teorías anotadas, cabe señalar que sus parciales la fundamentan en el hecho de que el ejercicio de la acción produciría un verdadero embargo, impidiendo que el deudor disponga del correspondiente derecho.

En este sentido, afirman que el deudor negligente carece del poder necesario para cercenar o hacer desaparecer la subrogación. El legislador, argumenta Demolombe, ha pretendido consagrar una garantía eficaz, lo que no se daría si existe la posibilidad de que el deudor defraude al acreedor, perdonando la duda o transigiendo, por ejemplo. Ello, agrega, no sería conforme con los principios generales del derecho, ya que todas las veces que un acreedor embarga legalmente un bien, éste no puede ser sustraído a su persecución, ni por el deudor ni por los terceros.

Para Gioia, atribuir al deudor, después que el acreedor haciéndose uso de la acción indirecta haya iniciado el juicio, la facultad de disponer del mismo derecho sobre que ésta recae, "vale tanto como reconocerle facultad de señalar, a su gusto, la prestación que a él le plazca, vale tanto como legitimar una disposición del activo patrimonial, frustra el precepto de la ley que sanciona la sustitución procesal, asegura y hace prevalecer la voluntad hasta ahora pasiva del deudor inerte, sobre la legítima actividad del acreedor en la subrogatoria" [128].

Chiovenda [129], por su parte, tratando de buscar razonamientos más técnicos, sostiene que existen ciertos supuestos, (entre ellos la acción que nos ocupa) en los cuales el poder de disposición se desprende del derecho a que es inherente para ser ejercido por persona distinta del titular.

Esta teoría, sin embargo, ha sido blanco de numerosas críticas, encontrando un fuerte oponente en Ferrara, para quien la potestad que analizamos no puede ser concebida como algo separado de la ca-

---

122 Citados por GIORGI, J. Op. cit., pág. 287.

123 Citados por BIDEGAIN. Op. cit., pág. 33.

124 MAZEAUD. Op. cit., pág. 250.

125 Citados por GIORGI, J. Op. cit., pág. 287.

126 Citado por GULLÓN B., A. Op. cit,, pág. 116.

127 Citados por GIORGI, J. Op. cit., pág. 287.

128 Citado por GULLÓN B., A. Op. cit,, pág. 116.

129 Citado por GULLÓN B., A. Op. cit,, pág. 116.

pacidad jurídica y que, por lo mismo, no puede ser objeto de expropiación.

En nuestro concepto, la sana doctrina es aquella que respeta al sujeto obligado su facultad de disposición, aun cuando el respectivo derecho sea objeto de subrogación.

Las razones que se invocan en defensa de la tesis contraria nos parecen inconsistentes si son estudiadas bajo un prisma jurídico. En efecto, no creemos que pueda afirmarse que los efectos de la acción oblicua sean iguales a los del embargo de créditos. Y si ello aceptáramos, ¿qué motivo habría inducido al legislador ha consagrar la acción subrogatoria y, al mismo tiempo, la acción ejecutiva? Adoptar el criterio que impugnamos implicaría consentir la traba de embargos sin exigir, de parte del acreedor, la existencia de un crédito cierto, líquido y actualmente exigible, y aún más, permitiría burlar un procedimiento especial o particular que la propia ley se ha encargado minuciosamente de reglar.

Así las cosas, no faltará quién se pregunte cuál es la ventaja de recurrir a la acción indirecta si, mientras se ventila el juicio, todo el esfuerzo y los desvelos del acreedor pueden resultar infructuosos ante una sola palabra del deudor.

A ello responderemos que el ordenamiento jurídico contempla otros mecanismos idóneos para precaver el actuar doloso. Uno de éstos, ciertamente tortuoso por las dificultades que impone la necesidad de rendir la prueba, es la acción de simulación. El otro, más expedito y con mayores posibilidades de éxito, lo constituye el ejercicio de la acción pauliana, destinada a revocar el acto ejecutado en perjuicio del acreedor, lo cual, por lo demás, no será difícil de configurar si se tiene en cuenta que el fraude pauliano será presumible en el evento que el deudor y el tercero lleguen a un acuerdo, conociendo ambos el hecho de haberse entablado la subrogatoria.

Dentro del ámbito que tratamos, configura un tema de interés la situación que se origina cuando el tercero afectado por el ejercicio de la acción indirecta deduce reconvención.

Algunos autores [130] reconocen al tercero la posibilidad de promover una reconvención sólo si el objeto de la misma es "conexo" con el derecho ejercitado por el acreedor y supuesto que ésta se encuentre bajo la competencia del juez que conoce la causa principal.

Otros [131], en cambio, la admiten a condición de que el deudor haya sido citado al juicio.

Por de pronto, pensamos que la solución acertada al problema precisa hacer una consideración previa.

En principio, estimamos que de acuerdo con el espíritu y tenor de las legislaciones que consagran la subrogatoria, no estaría permitido deducir reconvención por cuanto ella no es, propiamente, un medio de defensa sino que una acción dirigida contra el titular del derecho ejercitado. Luego, escaparía de la esfera de excepciones que hemos declarado susceptibles de ser opuestas por el tercero.

De otro lado, creemos que la representación que inviste el acreedor que obra *ex iuribus debitoris* no puede ser extendida a la defensa de otros derechos distintos de aquel que ha sido materia de la subrogación. ¿Quién podría asegurar que respecto al derecho concreto que tiene el tercero, el deudor guardará también una actitud pasiva o negligente?

Nos parece que establecer una presunción de esta naturaleza no encuentra apoyo alguno en la ley y, si fuera admitida, significaría aceptar, *a priori*, que concurre uno de los requisitos básicos exigidos para la procedencia de la acción (la negligencia del deudor), con lo cual el deudor quedaría en la más completa y arbitraria indefensión, máxime si hemos negado la necesidad de la autorización judicial y la citación del substituido.

Creemos que nuestra posición es armónica con la asumida al analizar, poco más arriba, la vigencia de la facultad de disposición que retendría el deudor no obstante ejercitarse la acción.

Distinta es la situación que se produce cuando, en el hecho, el deudor ha sido emplazado al juicio ya que en tal evento es a él a quien corresponde, en

---

130 GIORGI, J. Op. cit., pág. 285.

131 Salvat, citado por BIDEGAIN. Op. cit., pág. 35.

nombre propio, proteger los intereses amenazados.

Pero, ¿si el deudor no desea deducir excepciones, permitiendo, de este modo, que el tercero se apropie de un bien de su patrimonio? En este caso, será lícito al acreedor subrogarse en la defensa de ese derecho y aplaudiremos su iniciativa en tal sentido, mas, preciso es no olvidar que la actuación será legítima en la medida de que efectivamente se verifique y pruebe la culpa o dolo del deudor, como asimismo, los demás supuestos o condiciones prescritos en la ley.

De esta manera creemos que se concilian los intereses de todos pues, si bien nuestra negativa a reconocer la facultad del tercero para reconvenir lo coloca en una situación desventajosa, en sus propias manos está, sin embargo, la solución para remediarla a través de la citación del deudor al juicio.

Ligado a la materia tratada, resulta oportuno responder a una interrogante que más de una vez se ha formulado la ciencia jurídica; a saber: si el tercero puede o no paralizar la acción entablada desinteresando al actor.

La generalidad de los autores concuerdan en reconocer la referida facultad al tercero, quien podría enervar la acción pagando al acreedor el crédito que lo habilita para subrogar al deudor. Otros, en cambio, niegan esta posibilidad fundados en que la acción oblicua no tiene como propósito procurar el pago, sino que el derecho del substituido, agregando que aceptar la opinión contraria importaría desconocer la expectativa de los demás acreedores de beneficiarse con su resultado.

A este respecto, consideramos conveniente hacer tan sólo una observación.

El hecho que justifica truncar en estos casos la acción no es, estrictamente hablando, un efecto propio de la subrogatoria sino que la aplicación de un principio básico del orden jurídico, cual es la posibilidad que tiene toda persona para pagar la deuda de otra, y que, en nuestra legislación positiva, se halla establecido en el artículo 1572 al disponer, en su primer inciso, que puede pagar por el deudor cualquier persona a su nombre, aún sin su conocimiento o contra su voluntad, y aun a pesar del acreedor.

En consecuencia, satisfecha que sea la obligación mediante el pago al acreedor, habrá desaparecido una de las condiciones esenciales (el crédito) para estimar procedente la acción, con lo cual, indirectamente, se consigue enervarla.

En tales hipótesis, el tercero que cumple la obligación por el deudor podrá obtener el reembolso mediante la subrogación legal o convencional, según lo que corresponda (artículo 1610 y 1611).

Para terminar, y antes de agotar este tema, resta tratar el problema que deriva de la posible diferencia de montos entre el crédito del acreedor y aquél de que es titular su deudor.

El punto preciso se puede expresar de la siguiente manera: ¿la sustitución de los acreedores en la legitimación del deudor lo será únicamente hasta el límite de sus propios créditos, o bien podrán llevar a cabo aquélla por el total que el deudor tenga contra el tercero, prescindiendo de que importe más de lo debido por él? [132].

Frente a la cuestión propuesta, la doctrina se muestra escindida y vacilante la jurisprudencia.

Con el fin de dar una respuesta, los juristas acuden a la posición que asumieron al indagar sobre la naturaleza jurídica y función de la acción oblicua.

Así pues, aquellos que siguen la tesis ejecutiva, que reconoce en la acción un medio de que dispone el acreedor para obtener la satisfacción inmediata de su crédito, convienen en limitar su ejercicio hasta el monto del mismo. En cambio, los partidarios de la teoría conservativa niegan que el importe del crédito sea la medida de la subrogatoria, afirmando que los acreedores la ejercerán por el todo. Finalmente, quienes distinguen un doble objeto en la acción optarán por una u otra alternativa según cuál fuere la clase de derecho y propósito perseguido por el actor.

Aplicando lo dicho a la realidad de los hechos, podría ser graficado a través del siguiente ejemplo: Plinio es acreedor de Cayo por la suma de 30. Cayo no tiene en su haber más que un crédito contra Sempronio por 100, pero no demuestra intención en cobrarlo pues una vez que el dinero ingrese en su patrimonio éste

---

132 GULLÓN B., A. Op. cit., pág. 115.

será objeto de embargo. Considerando la situación, Plinio decide entonces ejercitar la acción indirecta.

Siguiendo la primera teoría, cabría concluir que en esta hipótesis Plinio puede dirigirse contra Sempronio hasta por 30, que es el monto de su crédito contra Cayo. Si admitimos, en cambio, la tesis conservativa, podrá hacerlo por 100, que representa el total del derecho del deudor substituido. Finalmente, para determinar qué sucede de aceptar la tercera opinión, habría que resolver, previamente, cuál es la finalidad que motiva al actor. En consecuencia, si Plinio obra con la intención de apropiarse directamente el producto, y supuesto que el derecho de que se trata se preste a ello, regirá a su respecto el límite de 30, mientras que si actúa para efectos solamente conservativos (por ejemplo, si es acreedor condicional o a término), podrá demandar el total.

Del caso en análisis surge, sin embargo, una duda. En el evento que Plinio se dirija contra Sempronio por 100 y obtiene su pago ¿qué suerte correrán los 70 restantes?, ¿se distribuirán entre Cayo y los demás acreedores o quedarán en poder de Sempronio?

Antes de responder esta interrogante, permítasenos exponer nuestra opinión acerca de la cuestión principal.

A lo largo del presente estudio reiteradamente manifestamos nuestra conformidad con aquellos juristas que ven en la acción subrogatoria una doble finalidad.

No obstante ello, creemos que a la materia que nos preocupa no le es aplicable —al menos en esta etapa— la referida distinción, como tampoco lo serían las otras teorías a que se ha hecho alusión.

En efecto, pensamos que la forma adecuada de abordar el problema es considerando primero la calidad con que obra el actor para que, una vez esclarecido este punto, se puedan extraer las consecuencias que tiene adoptar alguno de los criterios precedentemente expuestos.

A nuestro entender, el acreedor que acciona a través de la subrogatoria lo hace *ex iuribus* de su deudor, como un representante o mandatario suyo. Luego, independientemente de la posición que se siga en relación con el objeto de la acción indirecta, debemos concluir que está facultado para exigir del tercero el total de lo debido a su representado, ya que el deudor tiene respecto de aquél ese mismo derecho. Una vez sentado el mencionado principio, pasa recién a adquirir relevancia la posición a la cual adhiramos respecto a la función asignada a la acción.

Por consiguiente, y volviendo al ejemplo anterior, sería menester concluir que Plinio siempre, y bajo cualquier circunstancia, podrá dirigir su acción contra Sempronio por el monto total del crédito, que asciende a 100. De dicha suma y siguiendo la tesis que hemos adoptado (teoría del doble objeto) Plinio podría, eventualmente, apropiarse de 30. Por último, y aquí nos pronunciamos sobre el aspecto pendiente, los 70 restantes quedarán en poder de Cayo toda vez que, desde el momento en que el acreedor lo representó por el todo, los 100 ingresaron —aunque sólo fuera un instante— a su patrimonio o haber.

2. *Efectos respecto del deudor*

Analizando la materia desde una perspectiva puramente abstracta o conceptual, cabe señalar que el resultado de la acción subrogatoria, supuesto que el acreedor que la ejercita tiene éxito en su gestión, obviamente beneficia, aunque de manera indirecta, al deudor titular del respectivo derecho por cuanto el producto que se obtenga pasará a incrementar en forma efectiva su patrimonio.

Dicho incremento, sin embargo, y como es dable pensar, no permanecerá mucho tiempo en sus manos pues una vez ingresado el bien a su activo éste quedará afecto a la garantía común de los acreedores, y aún más, puede ocurrir incluso que tal bien jamás ingrese materialmente (aunque sí conceptualmente) al haber del sujeto obligado, en el evento, por ejemplo, que el actor se apropie inmediatamente el resultado de la acción entablada.

No obstante lo anterior, de igual modo se procuran ventajas para el deudor en atención a que, verificado que sea el pago de la prestación a su acreedor, disminuirá su pasivo a consecuencia de la extinción de la correspondiente obligación, sin que la satisfacción de la misma le haya significado soportar los inconvenientes que implicaría cobrar por sí el respectivo crédito.

De otra parte, puede también suceder que el deudor sea el único beneficiado con el ejercicio de la acción oblicua. Pensemos, por ejemplo, que la intenta un acreedor condicional que obtiene en el pleito y, posteriormente, no se verifica el hecho del cual pendía el nacimiento de su derecho.

Ahora bien, el aspecto principal relativo al tema que comentamos es el determinar el alcance de la cosa juzgada, es decir, si la sentencia pronunciada con motivo de la subrogatoria tiene tal eficacia con respecto al deudor.

La doctrina no ha logrado aunar voluntades en torno a tal problemática.

En general, aquellos que defienden la tesis del mandato o "representación legal" no duda en afirmar que la sentencia que se dicte en el respectivo proceso produce cosa juzgada respecto al deudor, aun cuando éste no se halla apersonado en el juicio, posición que —a primera vista— resulta lógica y coherente con la premisa central de su razonamiento pues el *procurator in rem suam* viene a ser un verdadero representante del deudor, radicándose, en este último, los efectos de la actuación del primero.

Comparten esta opinión, entre otros, Acher, Colmet de Santerre y Demante [133].

Autores como Laurent, Larombiere, Baudry-Lacantinerie y Barde [134] proceden, en cambio, a distinguir, para estos fines, si el correspondiente fallo se traduce o no en un provecho para el deudor, y entienden que si éste sirve a sus intereses tendrá el valor de cosa juzgada y que, por la inversa, si le es perjudicial, no se verá afectado por él.

Nos parece que esta tesis debe ser rechazada debido a que no se fundamenta en ninguna razón jurídica o de texto legal sino que en una interpretación, a nuestro juicio antojadiza, como la recién expuesta. Por otro lado, y en lo que se refiere a las consecuencias que se siguen de adoptarla, cabe preguntarse ¿qué sucede en aquellos casos —de ordinaria ocurrencia— en que no es posible saber, a ciencia cierta, si el resultado definitivo del juicio es o no favorable al deudor?

Existe una tercera posición, que reúne en sus filas a tratadistas como Demolombe, Aubry y Rau y Demogue [135], según la cual el criterio acertado para resolver la cuestión es considerar si el deudor fue o no citado al juicio.

Discurrieindo sobre la base de estas ideas, concluyen que en la segunda hipótesis la sentencia le será inoponible y que si, por el contrario, ha sido debidamente emplazado, se producirá el efecto inverso pues, acaecido este hecho, no podría el deudor alegar ignorancia si se considera que contaba con la posibilidad de realizar todos los actos y diligencias tendientes a obtener el mayor éxito en el litigio.

Finalmente, juristas de la categoría de Chiovenda [136] y con él algunos comentaristas españoles, v.gr., Gullon Ballesteros y De Buen [137], se inclinan por la tesis que reconoce eficacia y valor de cosa juzgada a la sentencia dictada con ocasión de la subrogatoria, señalando que no puede negarse este efecto respecto al deudor desde el momento en que fue, su propio derecho, objeto de la decisión jurisdicional, y agregan que en el evento de no admitir esta exetensión de la "cosa giudicata" se llegaría a la consecuencia injusta de permitir que el tercero pueda ser nuevamente perseguido por el deudor, quien, legalmente, no tendría por qué conocer la satisfacción de los acreedores por aquél, dados los limitados efectos de la aludida institución procesal.

Estimamos oportuno llamar la atención en un aspecto relacionado con la exposición del asunto tratado y que se refiere al hecho de haber omitido —salvo excepciones— la inclusión del pensamiento de la doctrina italiana sobre el particular.

La razón para ello es una y muy simple. El artículo 2900 del Código de 1942, actualmente en vigor, modificó la norma que antes contenía el artículo 1234 eliminando, por ende, toda importancia a

---

133 Citados por BIDEGAIN. Op. cit., pág. 34.

134 Citados por BIDEGAIN. Op. cit., pág. 34.

135 Citados por BIDEGAIN. Op. cit., pág. 34.

136 Citado por GULLÓN B., A. Op. cit., pág. 120.

137 GULLÓN B., A. Op. cit., pág. 120.

las discusiones formuladas en este sentido.

Efectivamente, el mencionado artículo 2900 expresamente requiere del acreedor que accione judicialmente que "cite tambien al deudor al cual quiere subrogarse".

De esta manera, queda entonces en evidencia la afirmación de Couture, quien señala –al comentar uno de los "mandamientos" de la abogacía– que una palabra emanada del legislador tiene la capacidad de reducir a polvo toda una biblioteca.

Sin perjuicio de lo anterior, nos parece interesante hacer alusión a los argumentos que, bajo la vigencia del Código Civil de 1865 esgrimiera Giorgi con el fin de exigir el requisito de la citación al deudor, debido, principalmente, a que pueden éstos aportar alguna luz para aquellos sistemas legales como el francés, español y nuestro que no contemplan una disposición igual a la consagrada en la normativa jurídica italiana.

Sostiene, el insigne jurista, que no es posible a un tribunal juzgar sobre ninguna demanda sin la presencia en el juicio de todas las partes interesadas. Considera, de otro lado, indigna de oposición seria la afirmación según la cual el deudor no tiene interés en el pleito en que se ventila el derecho de que es titular. Por último, agrega que el interés público procura cerrar el camino a litigios o controversias y a la posible contradicción entre las sentencias que en ellos se dicten [138].

Ahora bien, en cuanto a la opinión personal que tenemos sobre el problema planteado, resulta conveniente precisar que ella, necesariamente, será basada en los principios y normas legales contenidos en nuestro propio ordenamiento jurídico.

En primer término, es menester recordar que el artículo 3º del Código Civil consagra expresamente el denominado efecto relativo de las sentencias al disponer, en su segundo inciso, que "las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren".

El referido principio es, sin embargo, acogido por la casi totalidad de la legislación comparada, por lo cual no constituye, por sí solo, una razón suficiente para dar respuesta a la cuestión en comento.

Desde ya, se hace oportuno advertir que en nuestro concepto la citación al deudor es un requisito esencial para que la sentencia derivada de la subrogación pueda producir cosa juzgada a su respecto.

Si volvemos la vista atrás y se examina la posición que asumimos en relación con la naturaleza de la acción indirecta, como asimismo nuestra negativa a reconocer al emplazamiento del deudor el carácter de condición para legitimar la procedencia de la misma, el criterio que ahora hemos aceptado podría parecer inconsecuente o contradictorio con el seguido en tales órdenes.

En efecto, en su momento nos manifestamos partidarios de la tesis que excluye, de los supuestos necesarios para el ejercicio de la acción, la citación del deudor al juicio, la cual, quede claro, no pretendemos en esta ocasión abandonar. Lo que ocurre es que una cosa es exigir tal requisito para estimar admisible la acción, y otra muy distinta establecer qué consecuencias emanan, en el ámbito que estudiamos, de adoptar uno u otro camino.

De otra parte, y en lo reativo a la opinión que defendiéramos al estudiar la naturaleza jurídica de la subrogatoria, consideramos que ésta no puede ser extremada hasta el punto de vulnerar principios generales de derecho y la equidad.

En este sentido, pensamos que el mundo occidental ha llegado, luego de combatir tortuosas doctrinas y en ciertos casos injustas tradiciones, a erigir como pilar fundamental de un Estado de Derecho determinadas ideas que en la actualidad son universalmente aceptadas. Entre ellas destaca, para los efectos que nos interesan, el principio del debido proceso, conocido en el sistema anglosajón con las expresiones "due process of law".

Creemos que hoy en día nadie osaría negar que el contenido del mencionado principio impide reconocer a las decisiones de un tribunal la capacidad o virtud de afectar a personas que no han tenido la posibilidad de tomar conoci-

---

138 GIORGI, J. Op. cit., págs. 280 y 281.

miento del respectivo asunto y, menos aún, cuando se trata de materias que atañen directa e inmediatamente a su patrimonio [139].

La sola consideración anotada bastaría, a nuestro juicio, para negar a la sentencia recaída sobre un determinado derecho la eficacia de cosa juzgada respecto de su titular, en circunstancias que éste no tuvo ocasión, ¡ya no diremos de intervenir!, sino que ni siquiera de poder conocer el hecho de ser materia de un juicio un bien de su propiedad.

Por otro lado, cabe señalar que el principio que hemos invocado se encuentra establecido, de un modo expreso, en la Carta Fundamental. El artículo 19 Nº 3 de la Constitución Política de la República, que asegura a todas las personas la igual protección en el ejercicio de sus derechos, garantiza la vigencia del debido proceso al disponer, en su inciso quinto, que "Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un *racional* y *justo* procedimiento" (el subrayado es nuestro) [140].

De todo lo dicho se desprende, en consecuencia, que cualquiera opinión contraria a la sustentada en el presente trabajo, en caso de no ser rechazada, tendría, al menos. serias dificultades para soslayar el mandato constitucional.

No obstante lo reseñado a través de nuestro discurso, reiteramos que el problema de si es o no necesario citar en el juicio al deudor, en la mayoría de las situaciones prácticas no se dará debido, principalmente, a que son evidentes las ventajas que reporta para las partes afectadas por la subrogación practicar la medida.

En este sentido, aciertan pues Naveyra, Torrent y Zarantonello cuando, ocupándose de explicar la utilidad que deriva de emplazar al deudor, advierten que ello redunda en un positivo beneficio para todos: "Para el acreedor, que recibirá el aporte de un aliado cuya intervención puede significarle el éxito en la acción entablada; para el tercero, que se verá así cubierto de un nuevo juicio; y para el mismo deudor, que evitará el desprestigio que le traerá la intromisión de un extraño en sus negocios y podrá obviar diligentemente las consecuencias de su desidia" [141].

Considerando lo expuesto precedentemente cabría concluir que, desde un punto de vista práctico, la citación al deudor se realizará, bien sea a petición del tercero o a instancias del actor, y, si ello no ocurre, creemos que existen fundamentos jurídicos sólidos que permiten al juez ordenarla de oficio con el objeto de cautelar la vigencia efectiva de un "justo" y "racional" procedimiento.

3. *Efectos respecto de los demás acreedores*

La cuestión fundamental a que nos lleva el tema propuesto consiste en indagar si el beneficio obtenido mediante la acción indirecta favorece o no a todos los acreedores del titular del derecho ejercitado. Por tanto, el asunto no reviste importancia alguna en el evento que el deudor tuviere un solo acreedor y sea éste quien recurra a la subrogación.

La mayoría de la doctrina, con el voto de Larombiere, Masse y Verge, Colmet de Santerre, Berriat Saint Prix, Laurent [142], Planiol, Ripert y Esmein, Josserand [143], Henri, León y Jean Mazeaud [144] y Messineo [145], sostienen que el resultado de la acción aprovecha a todos los acreedores

---

[139] Lo señalado debe entenderse sin perjuicio de las excepciones constituidas por aquellas resoluciones que, por razones que no sería del caso analizar, producen efectos "erga omnes", v.gr. algunas sentencias relativas al estado civil de las personas.

[140] Observaciones sobre el alcance del precepto transcrito pueden estudiarse en la obra de don Enrique Evans De la Cuadra "Los Derechos Constitucionales", Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1986.

[141] Citados por BIDEGAIN. Op. cit., pág. 29.

[142] Citados por GIORGI, J. Op. cit., pág. 288.

[143] Citados por BIDEGAIN. Op. cit., pág. 35.

[144] MAZEAUD. Op. cit., pág. 250.

[145] MESSINEO, F. Op. cit., pág. 149.

del substituido y aun cuando éstos hayan asumido una actitud completamente pasiva. Se basan en que el actor no tiene ningún privilegio o preferencia sobre los bienes del deudor común por el mero hecho de ejercitar un derecho suyo.

Cabe destacar que la opinión señalada es acogida por la generalidad de nuestros autores. Así, por ejemplo, se pronuncian en su favor Claro Solar [146], Alessandri [147], Fueyo [148] y Abeliuk [149].

La posición contraria a la recién audida es aquella a la que adhieren los seguidores de la teoría del doble objeto de la acción oblícua. En este sentido, Giorgi distingue si al ejercitar la subrogatoria el acreedor sólo pretendió conservar la garantía común, o si bien persiguió con ella apropiarse el beneficio del correspondiente derecho. En el primer caso, admite que el resultado de la acción favorezca a todos los acreedores, mientras que en el segundo desconoce este efecto [150], pero sin fundamentar su criterio, a nuestro parecer, en razones jurídicas valederas.

Ahora bien, como reiteradamente lo hemos anunciado, participamos de la tesis preconizada por los juristas que ven en la subrogatoria una doble finalidad, y aceptamos también la conclusión de Giorgi, aunque basados en otras consideraciones.

Pensamos que en aquellos casos en que el acreedor ejercita un derecho de su deudor con un propósito puramente conservativo, el resultado que se derive de la acción debe redundar en provecho para todos los acreedores restantes [151]. Para ello nos fundamos en el hecho de que el producto obtenido mediante la subrogación se radica en el patrimonio del deudor substituido, quedando, en consecuencia, sujeto a la responsabilidad ilimitada que lo grava y que, como es sabido, ampara a todo acreedor, cualquiera que sea su calidad o condición.

Sin embargo, si el acreedor que hace uso de la acción indirecta pretende lograr el cobro inmediato de su crédito y el derecho ejercitado se presta a dicha apropiación, creemos que el principio antes referido no puede ser aplicado, supuesto, claro está, que el actor vence en el litigio.

Son diversas las razones que nos inducen a concluir de este modo y, para efectos de una mejor orden, hemos optado por enumerarlas a continuación.

a) Nadie podría desconocer que el hecho de obligar al acreedor diligente, que ha obtenido en el pleito, a concurrir a prorrata y distribuir entre los restantes acreedores que permanecieron inertes, el producto de su fatiga y molestia, constituye una situación inicua.

La evidente injusticia que encierra esta proposición, si bien no es argumento suficiente para apoyar nuestra tesis, es, no obstante, buen aliciente para buscar una fórmula tendiente a corregir el problema. Precisamente la labor del intérprete, ahí donde el sentido de la ley es oscuro o ambiguo o presenta un vacío, es encontrar una solución ajustada a equidad que no implique vulnerar los principios generales del derecho.

b) No creemos, como lo sostiene la opinión dominante en doctrina, que por el solo hecho de ejercitar por la vía indirecta un derecho que forma parte de la garantía común deba, necesariamente, procederse al reparto de la ventaja lograda.

Aceptar esta idea sería tan absurdo como decir que en aquellas hipótesis en que un acreedor (no ya a través de la subrogatoria) obtiene la satisfacción de su crédito estaría obligado a distribuir su importe con los demás acreedores que, por una u otra razón, no consiguieron el mismo objetivo.

c) De otro lado, cabe señalar que no existe disposición legal alguna, en los sistemas normativos estudiados, que imponga al acreedor que recurre a la subrogatoria la obligación de citar a los otros acreedores del deudor común, como tampoco a proceder en concurso con ellos.

---

146 Claro Solar, L. Op. cit., pág. 587.

147 Alessandri, A. Op. cit., pág. 122.

148 Fueyo, F. Op. cit., pág. 378.

149 Abeliuk, R. Op. cit., pág. 486.

150 Giorgi, J. Op. cit., pág. 289.

151 Esta regla tiene una excepción constituida por la circunstancia de pagar el tercero al actor el monto de su respectivo crédito ya que, en tal caso, se consigue enervar la subrogatoria mediante la aplicación de otros principios de derecho, los que fueron comentados al tratar los efectos de la acción entre el acreedor y el tercero.

Por otra parte, estimamos que configura una excepción a la regla general el denominado procedimiento concursal y que por lo mismo no puede ser extendido, ni aún por analogía, a situaciones distintas de aquellas previstas por el legisador. Es así, por ejemplo, que la quiebra es concebida como un expediente especial, establecido en beneficio de la masa acreedora la cual es representada por un síndico. Y es a éste a quien compete ejercitar derechos del fallido en interés de todos, pero, nótese bien, actuando no mediante acciones oblicuas sino que en virtud de un derecho propio y singular que encuentra su fuente inmediata y directa en la ley.

d) Quienes siguen la tesis dominante en doctrina, basan su opinión argumentando, principamente, que la circunstancia de negar el beneficio de la acción entablada a los acreedores que no concurrieron a su ejercicio implicaría crear una suerte de privilegio o preferencia en favor del actor, sin que éste se hallare consagrado en la ley.

Pensamos que nuestra posición en ningún caso importa desconocer las preferencias y privilegios de que puedan gozar ciertos acreedores ajenos a la subrogación pues, para cautelar sus legítimos intereses, el orden jurídico contempla los medios idóneos, v.gr., la posibilidad de deducir tercerías de mejor derecho.

e) Nos parece importante prevenir que rechazamos de plano toda empresa destinada a considerar que el acreedor que hace uso de la acción indirecta actúa representando a los demás acreedores a la manera de un síndico. Ello por cuanto, si bien existen buenas razones para considerarlo una especie de mandatario de su deudor, no existe, sin embargo, argumento alguno para extender el concepto a este otro ámbito.

f) Por último, y en lo que dice relación con nuestra legislación positiva, nos llama profundamente la atención el hecho de que las disposiciones que consagran la garantía genérica (artículo 2465), la acción subrogatoria (artículo 2466), la acción revocatoria (artículo 2468), y la acción ejecutiva (artículo 2469), se encuentren, todas ellas, conjuntamente tratadas en un mismo título; a saber: "De la Prelación de Créditos" (Título XLI, Libro IV).

El asunto es digno de ser destacado ya que en tan importante materia el legislador nacional se apartó completamente del Código Civil francés, su modelo habitual.

La innovación señalada no es presumible que se deba al azar, menos aun conociendo la trayectoria y talento visionario de Bello.

A nuestro juicio, la inclusión de la acción indirecta, como asimismo de la revocatoria, en este apartado especial, se clasifica en atención a las particularidades que ambas presentan respecto a este punto concreto. La primera, debido a que su ejercicio puede, en ciertos casos —como los ya señalados—, significar que un acreedor diligente obtenga provecho de ella sin necesidad de recurrir a prorrata con los restantes acreedores, configurando, de esta manera, una excepción al principio general establecido en el artículo 2469. La segunda, porque la revocación del acto jurídico celebrado entre el deudor y un tercero, con fraude y en perjuicio de sus acreedores, beneficia también solamente al titular de la acción pauliana, por lo cual se producen efectos similares a los originados en la situación anterior.