

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS

“Saber las leyes non es tan solamente en aprender las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento” (Siete partidas.—Ley XIII).

“Summa itaque ope, et alacri studio has leges nostras accipite”.
(Prooemium Institutionum D. Justiniani).

TOMO XLVIII

JULIO y AGOSTO DE 1939.

NUMERO 1949.

DE LA SUBROGACION REAL

Por EMILIO ALTAMIRANO SANCHEZ

(Continuación)

COMPARACION ENTRE LAS DOCTRINAS CLASICA Y MODERNA

Hecho ya el análisis de los postulados sobre los cuales descansa la doctrina llamada clásica y efectuado también el estudio de los diferentes sistemas que los tratadistas modernos proponen como reacción a los principios demasiado rígidos, sustentados por aquélla, nos corresponde ahora hacer un estudio comparativo de ambas tendencias para ver cuál es el estado actual de la subrogación en el campo jurídico moderno.

1. Abandono de la subrogación general en favor de la especial.—Si revisamos los diversos sistemas suministrados por los tratadistas modernos, para determinar el verdadero campo de aplicación de la subrogación, podemos ver que todos ellos están de acuerdo para rechazar el principio sustentado por la doctrina clásica, de que la subrogación se produce de pleno derecho, en las universalidades, cuyo ejemplo típico es el patrimonio, en virtud del adagio “In judiis universalibus...”; es decir, rechazan la lla-

mada subrogación general que, según la doctrina clásica, se produce como una consecuencia de la fungibilidad de los elementos que forman el patrimonio.

Demuestran los autores modernos que la justificación de la subrogación real por la idea de la fungibilidad de los elementos que forman el patrimonio, no tiene un fundamento sólido y que con ello se llega a confundir la noción de subrogación, con la idea misma de patrimonio, que no requiere de ella para explicar los fenómenos que se producen en su seno. En efecto, los representantes de la escuela clásica han recurrido a la subrogación real para explicar el llamado Derecho de Prenda General de los acreedores sobre los bienes de su deudor, expresando que ese derecho que posee el acreedor y que desaparece por efecto de la enajenación de un bien, reaparece sobre el bien adquirido en reemplazo, en virtud de haberle subrogado realmente. Es decir, explican estos fenómenos que se realizan en el patrimonio, por la idea de la subrogación real.

Pero los tratadistas modernos hacen ver, de inmediato, que esta explicación es pura-

mente artificial, pues, si los bienes que entran al patrimonio del deudor, sirven de garantía a los acreedores para el pago de sus créditos, es en virtud de la noción misma del patrimonio, que comprende el conjunto de todos los bienes que pertenecen a una persona o pueden pertenecerle en su vida jurídica, esto es, todo lo que posea o pueda adquirir.

Es, pues, por la idea de que el deudor, al obligarse, ha debido hacerlo con todo lo suyo, prometiendo pagar todas las veces que pueda, cualquiera que sea el origen y la época de adquisición de los bienes que tenga en sus manos, que los acreedores pueden perseguir los bienes que entran al patrimonio del deudor, y no por efecto de la subrogación real, como pretende la doctrina clásica. La subrogación real no bastaría para explicar los fenómenos que se realizan en el patrimonio, pues, los bienes que adquiere el deudor a título gratuito y que **NO VIENEN A REEMPLAZAR** a ningún otro bien, forman parte también del derecho de prenda general de los acreedores, pudiendo ser perseguidos por ellos para hacer valer sus derechos.

Además, como lo observa muy bien Capitant (43), desde que los elementos del patrimonio son esencialmente fungibles, es decir, perfectamente cambiables entre sí, ¿para qué decir que tal objeto se ha subrogado a tal bien, más que a tal otro, puesto que todos son fungibles entre ellos? Se ve claro, que la subrogación no tiene nada que hacer en todo esto, y que el derecho de prenda general de los acreedores es la consecuencia de la noción misma del patrimonio.

Tenemos que concluir, pues, con la mayoría de los tratadistas modernos que la subrogación general no es necesaria para explicar la situación jurídica en que se encuentran los acreedores y demás personas que tienen derechos sobre los bienes que forman el patrimonio del deudor.

El postulado básico de la doctrina, que supone que la subrogación opera de pleno derecho en las universalidades, cuyo ejemplo típico es el patrimonio, en virtud de la

fungibilidad de los elementos que lo componen, debe ser, pues, abandonado definitivamente, por ser inexacto e incompleto. La subrogación real general cede su paso a la puramente especial.

2. Abandono de la idea de ficción como naturaleza específica de la subrogación real. Hemos visto que para los sostenedores de la doctrina clásica, la subrogación es una ficción, por la cual, una cosa que entra en el patrimonio, adquiere la cualidad de "res universitatis" o adquiere la "naturaleza jurídica" del bien que viene a reemplazar.

Distinguen para ello, entre las cualidades intrínsecas e extrínsecas de las cosas, concluyendo que la subrogación conduce a atribuir al bien subrogado las cualidades extrínsecas, que pertenecían al bien salido del patrimonio.

Pero los autores modernos que, como lo dejamos dicho en el número anterior, proponen el abandono de la subrogación general para sustituirla por una de carácter especial, niegan en sus sistemas el carácter de mera ficción que la doctrina clásica atribuye a la subrogación, estableciendo que al igual que muchas otras nociones nuevas en el campo jurídico, ella entraña una verdadera realidad. Para ello, dicen, es necesario dar el verdadero significado que a la palabra ficción se le asigna en el derecho moderno.

Demogue (44) nos enseña, que en Roma, la admisión de la ficción se debió principalmente al carácter conservador del derecho. Para extender el dominio de una acción, el Pretor suponía que todas las condiciones exigidas por la Ley, para que una acción procediera, estaban cumplidas. Así por ejemplo, organizando la acción Publiciana, el Pretor suponía cumplido el plazo de prescripción y por lo mismo extendía el campo de la acción reivindicatoria, sin la intervención.

La ficción consiste, entonces, en el Derecho Romano, en extender, ampliar el campo de una acción suponiendo que todas las condiciones³ consideradas como esenciales por

(43) Capitant. *Revue Trimestrelle*, 1919, página 392.

(44) *Notions fondamentales de Droit Privés*; Chapitre. V. Les fictions; página 238.

el derecho positivo para que ella proceda, se encuentran cumplidas.

En el derecho moderno, escribe Demogue, entendemos por ficción una solución legislativa o tradicional, que aparece en contradicción, ya con la naturaleza de las cosas, ya con la técnica jurídica corriente.

Como puede verse, en Roma, la ficción era una extensión del derecho, creada por el Pretor, mientras que en Derecho Moderno se presenta como una derogación de los principios del derecho positivo. La ficción, escribe Ihering (45), es una mentira técnica, consagrada por la necesidad". Pero, ¿en qué consiste esa mentira? ¿Consiste en la suposición de un hecho contrario a lo naturaleza de las cosas, o simplemente en contradicción con el derecho positivo?

Si por naturaleza de las cosas, dice Demogue (46), se entiende el conjunto de leyes físicas, sociales o morales que nos rigen, estamos obligados a reconocer que no existen, propiamente hablando, sino escasísimos ejemplos que le sean contrarios, y que casi siempre la ficción no se encuentra en oposición, sino que con las reglas técnicas habitualmente reconocidas. Así, expresa, "reconocer una personalidad moral, es contrario a la idea que sólo los hombres son sujetos de derechos; reconocer la retroactividad de la condición, es ir contra la idea establecida de que el contrato condicional no se hace perfecto, sino por la llegada de la condición; dar un efecto declarativo a las particiones, es ir contra la idea de que los derechos de cada uno, no nacen sino al momento de la partición, etc."

Para terminar, indica, "que la ficción no es más que una construcción provisoria, destinada a desaparecer delante de otra.

De esto resulta, que la subrogación real sería una ficción si ella llega a derogar los principios generales del derecho, situación que está muy lejos de producirse, tratándose de la institución en estudio. En efecto, ya vimos que la subrogación no trasmite de un bien a otro cualidades que sean compa-

tibles con su naturaleza, sino que ella grava al bien nuevo de la misma afectación o de los mismos derechos que gravaban al bien antiguo, fenómeno éste, que constituye un hecho positivo y concreto y no una mera ficción.

Es ésta la idea que indica Planiol (47), cuando dice: "que se examinen los diferentes casos de subrogación real; se verá que se trata, no de hacer adquirir a un bien una cualidad o una naturaleza perteneciente a un bien precedentemente enajenado, sino de afectar sus entradas a una carga determinada..." Todo lo cual está en perfecta armonía con los dictados del derecho positivo, sin que pueda hablarse de la existencia de una ficción.

Como lo dijimos, la subrogación resultaría una ficción, si ella derogara los principios generales del derecho; pero aquí no se hace más que respetar la voluntad expresa del legislador o de los particulares, lo que ciertamente está bien lejos de constituir una ficción. Tenemos que concluir, entonces, como lo hacen los tratadistas modernos que, si la subrogación produce un resultado real, que corresponde a la situación que se ha querido mantener en determinados bienes, comprendidos en el patrimonio de una persona, para salvaguardar los derechos de terceros, o para asegurar la restitución de los bienes recibidos por una persona, bajo esta condición, ella no tiene el carácter de una ficción jurídica, ya que siempre descansa sobre la voluntad expresa o tácita de los interesados en producirla.

Podemos decir, pues, como lo hace Bonnecase (48), que "la subrogación está muy distante de ser un artificio reñido con la realidad, sino, al contrario, la traducción fiel de la sana realidad, llamada a asegurar el imperio de la noción de derecho en las relaciones de los individuos, cuando por efectos de la enajenación, deterioro o destrucción de un bien determinado pudieran verse comprometidos o perjudicados sus intereses".

(45) R. Von Ihering. *El Espíritu del derecho Romano*; tomo IV; página 329.

(46) Obra citada; página 243.

(47) Nota en Dalloz, *Recueil*, 1902; 1ª parte; página 33.

(48) *Suplement*. Tomo III, pág. ...

3. Efectos de la subrogación real.—De la conclusión a que arribamos en el número anterior, esto es, que la subrogación real, lejos de ser una ficción, es una verdadera realidad jurídica, se desprende, como lo ha manifestado la totalidad de los autores modernos, que los efectos de la institución en estudio, no consisten en transmitir del bien antiguo al nuevo, determinadas cualidades o su naturaleza jurídica, según el decir de la escuela clásica, en el postulado “Subrogatum sapit...”, sino que ella hace que el bien reemplazante de aquel que se encontraba en una situación determinada en el patrimonio de una persona y que salió de él por efecto de una enajenación, deterioro o destrucción, quede gravado de la misma afectación que tenía el bien primitivo, es decir, quede sometido a los mismos derechos. Así, si el bien primitivo era un efecto del haber propio de uno de los cónyuges, en el régimen de comunidad, el bien adquirido en reemplazo de aquel que salió de ese patrimonio especial, por efecto de una enajenación, será también un efecto del haber personal del cónyuge dueño del bien primitivo. Es decir, quedará sometido al régimen especial, a la misma afectación que la ley acuerda para los bienes propios.

Como lo expresa Planiol (49) “la confusión producida por la doctrina clásica para determinar los efectos de la subrogación, se debe a que la afectación de un bien se explica generalmente con una palabra que parece indicar una cualidad, como “bien propio”, “bien dotal”, siendo que aquellas expresiones sólo indican la afectación de dichos bienes a un uso determinado”.

SITUACION ACTUAL DEL PROBLEMA DE LA SUBROGACION REAL EN EL DERECHO CHILENO

1. Ausencia de un estudio de conjunto.—La institución de la subrogación real, a diferencia de lo que ha acontecido en la doctrina francesa, no ha sido abordada, entre nosotros, en un estudio de conjunto, es de-

cir, no ha sido estudiada como un fenómeno jurídico que forme parte integrante de nuestro derecho positivo, y que responda como tal, a principios de causalidad y de lógica jurídica.

Por el contrario, cada vez que los comentaristas del Código Civil, los profesores en sus respectivas cátedras o los alumnos en sus tesis de licenciados, han debido referirse a la subrogación real, la han tomado siempre como un hecho abstracto, aislado, como una creación arbitraria del legislador, que aparece como derogando los principios generales del derecho. No se han detenido, nuestros comentadores, a examinar los numerosos casos en que el legislador, movido por las necesidades de la práctica jurídica, ha hecho aplicación del principio de la subrogación, para ver que detrás de este fenómeno al parecer puramente ficticio, se esconden verdaderas realidades que es preciso agrupar en un todo orgánico.

Creemos que este resultado no es sino la consecuencia de la adopción del llamado Método Tradicional de Interpretación de los Textos Legales, que parece dominar totalmente nuestro criterio jurídico actual, en materia de derecho privado. En efecto, todos nuestros tratadistas y comentadores, se han limitado siempre a la interpretación “stricto sensu” de los textos legales, siguiendo con ello una de las ideas capitales del método tradicional de interpretación jurídica, que el tratadista Geny (50), resume de la siguiente manera: “1. Bajo el imperio de una legislación civil codificada, como es la nuestra, toda solución jurídica debe estar unida, directa o indirectamente a la ley escrita; y 2. El juego de los elementos de decisión suministrados por los textos, no pueden ser perseguidos, sino por medio de una lógica cerrada, principalmente deductiva, y suponiendo en la base misma de la ley, un número limitado de concepciones abstractas, consideradas como imponiéndose “a priori”, al intérprete no menos que al legislador mismo”.

No es raro, entonces, que dominados por aquel sistema, nuestros comentadores se

(49) Nota citada, página 36.

(50) Méthode d'interprétation et sources en droit positif. Tomo 1º, página 67.

hayan limitado a ver en la subrogación real, como ha sucedido con otras concepciones nuevas del derecho, un fenómeno abstracto, reducido a los casos aislados en que el legislador habla de ella expresamente, y no una institución que responde a principios de aplicación general.

Pero, ¿puede ser ésta la sola misión del intérprete? Creemos que no. Su misión, como escribe Geny (51), “consiste esencialmente en transformar una regla, a veces abstracta y siempre seca, en un cuadro vivo y concreto, donde puedan encontrar satisfacción los intereses diversos de la vida jurídica”.

Tal es nuestro deseo, colocar a la institución de la subrogación real dentro de un sistema general, que abarque los diferentes casos en que el legislador la ha contemplado, para dar satisfacción a las necesidades de la práctica jurídica.

2. La subrogación real se encuentra dominada por los postulados de la doctrina clásica o tradicional francesa. — Del hecho de considerar a la subrogación real como un fenómeno abstracto, sin hilación en su desarrollo, resulta que nuestros comentadores aceptan de plano todos los postulados sobre los cuales descansa la doctrina clásica de la subrogación real que, sabemos, han sido totalmente abandonados en el derecho moderno, por las razones que estudiamos con detención en el capítulo respectivo.

a) Para nuestros comentadores la subrogación es una ficción.—El postulado clásico que dice que la subrogación real es una ficción del legislador, es ampliamente aceptada entre nosotros.

Así, don Alfredo Barros Errázuriz (52), hablando de la subrogación que se realiza en los bienes propios de los cónyuges, en la sociedad conyugal, dice: “éste es un caso de subrogación real, o sea cambio de un bien por otro, lo que es UNA FICCIÓN LEGAL, que trae por resultado la transmisión de una CALIDAD JURIDICA del bien antiguo al nuevo”.

Don Germán Ovalle Ovalle (53), en su Memoria de Licenciado, que versa sobre la subrogación real, en el régimen de comunidad, expresa: “Nosotros aceptamos la teoría de la FICCIÓN LEGAL, porque creemos que el legislador ha creado las situaciones que se producen en los casos de subrogación para introducir excepciones, en circunstancias especiales, a los principios generales que forman el derecho, inducido a ello por la equidad y las necesidades de la vida, pero estamos, con Colin et Capitant, en que su mejor justificación se encuentra en los grandes servicios prácticos que presenta”.

Don Gonzalo Barriga Errázuriz (54), en su Memoria de Licenciado, refiriéndose a nuestra institución, dice: “Aplicación del antiguo aforismo de derecho, “subrogatum sapit natura subrogati”, la subrogación real es una FICCIÓN LEGAL, que tiene por objeto transmitir la CALIDAD JURIDICA del inmueble (o valor) antiguo, al nuevo que lo sustituye”.

De las citas que hemos transcrito, se desprende que el principio sustentado por la Doctrina Clásica Francesa, que acuerda a la subrogación real el carácter de una ficción del legislador, encuentra amplia acogida en el campo jurídico nuestro aun cuando no existe, como veremos más adelante, la razón sobre la cual hacen recaer la ficción los tratadistas franceses.

Entendida así la subrogación real, como una creación ficticia del legislador, es natural que nuestros comentadores le hayan acordado una aplicación restringida, esto es, limitada a los solos casos en que la ley diga expresamente que tal bien se subroga a tal otro, sin que pueda hablarse de dicha institución, en las demás instituciones en que se cumplen todos los requisitos necesarios para que ella funcione, de acuerdo con los principios generales que la rigen.

b) Efectos de la subrogación real.—Los efectos de la subrogación real se encuentran

(51) Géný. Obra citada; página 30.

(52) Curso de Derecho Civil. Tercer año. Primera parte. Tomo IV; página 120.

(53) Subrogación real. Memoria de prueba, 1929; página 11.

(54) De la Sociedad Conyugal. Memoria de prueba, 1924; página 255.

también dominados por los principios de la escuela clásica francesa, pues nuestros autores estiman que ellos pueden traducirse en el antiguo adagio: "Subrogatum sapit..." Es decir, estiman que la subrogación real tiene por resultado transmitir del bien antiguo al nuevo la misma calidad jurídica que aquél poseía. Para demostrar este aserto,

basta dar lectura a las diferentes definiciones que nuestros comentaristas dan para la subrogación real y que ya hemos transcrito.

(Continuará)

(De la Revista Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales, de Santiago de Chile).