



**UNIVERSIDAD
DEL AZUAY**

**UNIVERSIDAD DEL AZUAY
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
ESCUELA DE DERECHO**

**“DIFICULTADES Y CONFUSIONES QUE GENERA EN LA PRÁCTICA EL
PAGO CON SUBROGACIÓN COMO UNA DE LAS FORMAS DE EXTINGUIR
LAS OBLIGACIONES EN LA LEGISLACIÓN CIVIL ECUATORIANA”.**

**TRABAJO DE GRADUACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA.**

Autor: Bruno Marlon Orellana Vinueza.

Director: Dr. Jorge Morales Álvarez.

CUENCA – ECUADOR.

2019

AGRADECIMIENTOS

Dentro de este proceso universitario, primordialmente quiero agradecerle a Dios por cada prueba, lección y aprendizaje que ha puesto en mi camino, al mismo tiempo por la bendición de permitirme obtener mi título profesional y no dejarme desfallecer jamás. ¡GRACIAS DIOS!.

Deseo agradecer a mi madre, que es la persona que ha sido mi soporte durante los años que llevo de existencia, por estar a mi lado cada vez que lo he necesitado y por nunca haberme abandonado, gracias por enseñarme sobre el valor del sacrificio y la perseverancia; gracias infinitas madre mía por tanta paciencia y por tanto amor incondicional.

Le doy gracias a mi padre por enseñarme que quién desea fervientemente algo, lo consigue, por enseñarme también sobre el valor del trabajo y del esfuerzo; y, por ser quién también me ha apoyado durante este camino de la vida.

También doy gracias a la vida por haberme dado tan preciado regalo y haberme bendecido con mi hijo André Sebastián, de quién he aprendido cosas maravillosas, quién es mi impulso y mi motor. Gracias extendidas y eternas a ti, mí preciado hijo.

Quiero agradecer a mi hermano y hermana, por ser un ejemplo para mi persona y por estar conmigo cuando lo he necesitado, mi más valiosa admiración para ustedes.

Un agradecimiento muy sincero y especial para mi director de tesis, el Dr. Jorge Morales Álvarez, quién ha sido no solamente mi profesor y director de tesis sino también ha sido un verdadero maestro y una excelente persona en el sentido humano, de corazón gracias Dr. Jorgito.

De igual manera, le doy gracias a mi enamorada; también agradezco a mi amiga y a la vez compañera de trabajo; y; a las contadas pero buenas amistades que me han aconsejado y me han ayudado en algún momento que lo he necesitado.

Finalmente mi sincero agradecimiento a la Universidad del Azuay y a la Facultad de Ciencias Jurídicas por su calidad académica y por su ardua labor por generar profesionales y personas de calidad.

Bruno Marlon Orellana Vinuesa.

DEDICATORIA

Dedico el presente trabajo de graduación sin duda alguna a DIOS, se lo dedico con mi corazón y alma entera, se lo dedico por ser la base de mi vida, por ser mi salvador y mi guía.

También dedico este trabajo de graduación a mi hijo, a mi madre, a mi padre, a mi hermano y a mi hermana, se los dedico por ser una familia maravillosa, por estar conmigo siempre y por tanto amor que me han entregado. LES AMO.

RESUMEN

Dentro del presente trabajo de graduación, se define y especifica lo que es el pago con subrogación, sus alcances; y, las diferencias que existen entre esta figura legal con la cesión de derechos, recalcando la importancia de que no se confundan estas dos figuras en la práctica diaria en el ejercicio del derecho.

Por otra parte el desarrollar este tema del pago con subrogación, nos permite verificar que es un panorama cómodo y ágil que a la vez genera una seguridad jurídica total para todas las partes involucradas, desarrollando de esta forma la utilidad de este tipo de pago, al igual que sus limitaciones.

Palabra Clave: Subrogación, cesión, derechos, pagaré, transferencia, hipoteca, litigioso.

ABSTRACT

This graduation work defines and specifies the payment with subrogation, its scope and the differences between this legal figure and the assignment of rights, emphasizing the importance of not confusing these two figures in the exercise of the right. On the other hand, the development of this issue of subrogation payment allowed to verify that it is a comfortable and agile scenario that generates total legal security for all parties involved, thus developing the utility of this type of payment as well as its limitations.

Keywords: Subrogation, assignment, rights, promissory note, transfer, mortgage, litigious.



Translated by
Ing. Paúl Arpi

ÍNDICE DE CONTENIDOS

PORTADA.....	i
AGRADECIMIENTOS	ii
DEDICATORIA	iv
RESUMEN	v
ABSTRACT.....	vi
ÍNDICE DE CONTENIDOS.....	vii
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I.....	3
GENERALIDADES.....	3
1.1. SUBROGACIÓN: Nociones Generales.....	3
1.2. CONCEPTO DE SUBROGACIÓN.	5
1.3. NATURALEZA DE LA SUBROGACIÓN.....	6
1.4. CLASIFICACIÓN DE LA SUBROGACIÓN.	9
1.4.1. Subrogación Real.....	9
1.4.2. Subrogación Personal.....	11
CAPÍTULO II.....	12
TIPOS DE SUBROGACIÓN PERSONAL Y EFECTOS DE LA SUBROGACIÓN.....	12
2.1. SUBROGACIÓN CONVENCIONAL: Breve mención a este tipo de subrogación:	12
Fundamentos de la subrogación convencional:	14
2.2. SUBROGACIÓN LEGAL.....	15
2.2.1. Concepto.....	15
2.2.2. Casos de Subrogación Legal.....	18
2.3. EFECTOS DE LA SUBROGACIÓN.....	19
2.4. SEGURIDAD JURÍDICA QUE BRINDA EL PAGO CON SUBROGACIÓN Y LIMITACIÓN.....	21
2.5. DESARROLLO Y ANÁLISIS DE CADA UNO DE LOS CASOS DE SUBROGACIÓN LEGAL ENUMERADOS EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL.....	22
2.5.1. Del acreedor que paga a otro acreedor de mejor derecho, en razón de un privilegio o hipoteca.....	22
2.5.2. Del que habiendo comprado un inmueble, queda obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado.....	24
2.5.3. Del que paga una deuda a que se halla obligado solidaria o subsidiariamente.....	25
2.5.4. Del heredero beneficiario que paga con su propio dinero las deudas de la herencia.	26
2.5.5. Del que paga una deuda ajena, consintiéndola expresa o tácitamente el deudor. ...	27

2.5.6. Del que ha prestado dinero al deudor para el pago, constando así en la escritura pública del préstamo, y constando, además, en la escritura pública del pago, haberse satisfecho la deuda con el mismo dinero.	29
CAPÍTULO III	31
DIFERENCIAS ENTRE SUBROGACIÓN Y CESIÓN DE DERECHOS EN GENERAL Y LAS CONFUSIONES QUE SE GENERAN EN LA PRÁCTICA.	31
3.1. CESIÓN DE DERECHOS.	31
Nociones Generales.	31
Concepto de cesión.	32
Desarrollo de la cesión de derechos.	32
Concepto de Cesión de Derechos.	33
Capacidad.	34
3.2. CESIÓN DE CRÉDITOS, DE HERENCIA Y DE DERECHOS LITIGIOSOS: CONCEPTOS Y REGULACIÓN.	35
3.2.1. Cesión de Créditos.	35
Naturaleza Jurídica.	35
Concepto.	35
Requisitos de validez y notificación al deudor.	36
Efectos Jurídicos.	37
Condiciones para que se dé el traspaso de un crédito.	38
Existen varias diferencias entre la cesión de créditos y la subrogación, siendo éstas las siguientes:	38
3.2.2. Cesión de los derechos de Herencia.	40
Nociones Generales.	40
Concepto.	41
Desarrollo.	42
3.2.3. Cesión de Derechos Litigiosos.	43
3.3. DIFERENCIAS ENTRE SUBROGACIÓN Y CESIÓN DE DERECHOS.	45
CAPÍTULO IV	47
CASO PRÁCTICO	47
4.1. ANÁLISIS JURÍDICO Y COMPARATIVO DE UN CASO PRÁCTICO DE SUBROGACIÓN LEGAL.	47
4.1.1. RELACIÓN PORMENORIZADA DE LOS HECHOS.	49
4.1.2. DESARROLLO DE LA DEMANDA.	50
4.1.2.1 PRETENSIÓN, CUANTÍA DE LA DEMANDA Y CITACIÓN DE LOS DEMANDADOS. .	51
4.1.2.2. PROGRESO DEL PROCESO.	52
4.1.2.3. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN (CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA).	53

4.1.2.4. IMPULSO PROCESAL	55
4.1.3. ARGUMENTOS JURÍDICOS EN LOS QUE SE FUNDAMENTA LA PARTE ACTORA Y ANÁLISIS RESPECTIVO.	58
4.1.4. ARGUMENTOS JURÍDICOS DEL DEMANDADO Y ANÁLISIS RESPECTIVO.	59
4.1.5. RESOLUCIÓN DEL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA.	60
• PARTE EXPOSITIVA.....	60
• PARTE MOTIVA.	62
• PARTE RESOLUTIVA.	63
4.1.6. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA SENTENCIA.	64
4.1.7. CRITERIO Y APORTE PERSONAL REFERENTE AL CASO ANALIZADO.	67
▪ HIPOTECA ABIERTA.....	67
▪ RESPONSABILIDAD SOLIDARIA	68
▪ COMPENSACIÓN.....	69
▪ PRESCRIPCIÓN RESPECTO AL ART. 2415 DEL CÓDIGO CIVIL	70
▪ DESLEALTAD PROCESAL.....	71
CAPÍTULO V.....	72
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	72
BIBLIOGRAFÍA.....	74

Todo el contenido y criterios del presente trabajo de investigación son de exclusiva responsabilidad del autor.

Bruno Marlon Orellana Vinueza.

INTRODUCCIÓN.

Es necesario empezar por indicar la etimología de la obligación, la misma que proviene de dos voces latinas: OB que significa “por” y LIGARE que significa “Atar”; la obligación como tal, implica dar, hacer o no hacer alguna cosa en favor de otra, aquí tenemos tres elementos que son: el acreedor, el deudor y la cosa que se debe.

Una vez que se ha dado la etimología y el significado de la obligación, se debe indicar que para cumplir con una obligación, es decir, extinguir la misma, existen varias formas que se encuentran contempladas en nuestro Código Civil en su Art. 1583, y; una de ellas es la solución o pago efectivo, dentro de esta forma tenemos una modalidad de pago que es el Pago con Subrogación que se encuentra regulado en Art. 1624 ibídem de nuestro Código Civil, y es el tema principal a tratar en este proyecto de investigación.

El Pago con Subrogación, indica que el mismo es un pago no liberatorio para el deudor, solo se da el cambio de acreedor. La subrogación es una institución jurídica por virtud de la cual el crédito pagado por el tercero subsiste en su favor.

Existen dos tipos de subrogación, la real y la personal; el que realmente nos interesa como tema de estudio, es la subrogación personal, la misma que se clasifica en: Subrogación Convencional y en Subrogación Legal. La subrogación convencional se podría decir que, es la que se da o efectúa regularmente, puesto que la legal es en donde la misma Ley se encarga de indicarnos los casos respectivos para que opere la subrogación aún en contra de la voluntad del acreedor y sin el previo conocimiento del deudor, esta subrogación se fundamenta en la equidad y en la imperatividad. La Ley mira de forma positiva y beneficiosa a la Subrogación, por la razón de que es una ventaja para todas las partes involucradas, para el acreedor primitivo porque logra que la obligación que tiene el deudor a favor de su persona sea cumplida, para el deudor porque de esta

manera el acreedor primitivo deja de perseguirlo; y, para el nuevo acreedor, puesto que al momento de cumplir la obligación del deudor, adquiere los derechos y garantías que le transfiere el acreedor primitivo, generándole seguridad jurídica.

Una institución que se suele confundir con el pago con subrogación es la Cesión de Derechos y dentro de esta se estudiará con mayor detenimiento a la cesión de crédito, misma que es una operación voluntaria que siempre supone el consentimiento del acreedor, además en esta institución, el cesionario no tiene acción por su propio derecho contra el deudor sino posee la acción que se le transmitió con motivo de la cesión.

Finalmente, esta investigación va a estudiar y a diferenciar principalmente a dos instituciones que en la práctica suelen generar confusiones, que son: El pago con subrogación, y; la cesión de derechos.

CAPÍTULO I

GENERALIDADES.

1.1. SUBROGACIÓN: Nociones Generales.

El efecto común del pago, es de dar por concluida o extinguida la obligación del deudor pero hay casos en que el deudor no es quién paga sino lo hace otra persona que puede ser un codeudor o un tercero extraño a la obligación, y; este tercero le sustituye al acreedor primitivo para convertirse en un nuevo acreedor, es por esta razón que en Derecho la subrogación significa sustitución.

El pago no siempre es extintivo de la obligación erga omnes; por consiguiente no es obligatoriamente liberatorio para el deudor; en este caso determinado de la subrogación, lo que permite el pago es desplazar la relación obligatoria, es así, que el deudor al final solo ha cambiado de acreedor. (JOSERRAND, 2008).

El tercero que paga a cambio por el deudor, se le puede considerar como alguien que ha actuado como mandatario o como agente oficioso y ese tercero podría ejercer las pertinentes acciones en contra del deudor si éste último no le cumple, sin embargo esas acciones son personales y si el deudor no pudo pagar su obligación al acreedor, lo más probable es que tampoco tenga para pagarle al mandatario o agente oficioso; es ahí donde radica la importancia del pago con subrogación, puesto que al sustituirle al nuevo acreedor por el antiguo, este tercero como subrogado, puede accionar todos los derechos y garantías que le pertenecían al antiguo acreedor.

Existen varias razones para que se subroge un tercero en los derechos del acreedor y son las siguientes:

1) Por ministerio de la Ley, en los casos de que se cumplan con las condiciones exigidas por la Ley, sin la necesidad del consentimiento de las partes. (CEVALLOS, 2013)

2) En virtud de un acuerdo del tercero que paga la obligación con el acreedor, sin el previo conocimiento del deudor e incluso en contra de su voluntad. (CEVALLOS, 2013).

Debemos también considerar la existencia de una doble acción:

1.- El solo hecho del pago por cuenta de otro, origina en favor de quién lo hace una acción especial, que es la de mandato o de gestión de negocios. (PLANIOL, 1945). Se tiene que tomar en consideración que el tercero haya pagado por pedido del deudor o si lo hizo de manera deliberada; también puede suponerse que el tercero, sin pagar directamente al acreedor, haya entregado el dinero necesario al deudor para que hiciera el pago y nos encontraríamos frente a la figura del mutuo y la única acción que le pertenece es la derivada del contrato.

2.- La segunda acción consiste en que el tercero puede adquirir la acción perteneciente al acreedor a quién ha pagado y la transmisión en su favor de los derechos y acciones del acreedor se realiza mediante una operación especial que es la subrogación. (PLANIOL, 1945). Entonces al ser subrogados en los derechos del acreedor, este tercero podrá ejercitar en contra del deudor la acción que primitivamente existía en su contra, a más de sus garantías accesorias que son los privilegios, hipotecas y demás.

1.2. CONCEPTO DE SUBROGACIÓN.

Según el diccionario de la Real Academia Española, subrogación es: “La acción o efecto de subrogado o subrogarse”.

Nuestro Código Civil (2017) define a la subrogación:

Art. 1624.- Subrogación es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero que le paga.

La subrogación es una institución jurídica en donde el crédito pagado por un tercero subsiste en su favor, y se le transmite a éste todos sus accesorios, aunque se considere extinguido con relación al acreedor primitivo; es así que aquel tercero se subroga en los derechos del acreedor, bien sea en virtud de la misma ley o a través de una convención con el acreedor.

El pago con subrogación es un pago no liberatorio para el deudor, es decir que el tercero que paga no exime de responsabilidad al deudor, solamente se da un cambio de acreedor pero la obligación para el deudor persiste porque no ha pagado éste; la subrogación es una institución jurídica por virtud de la cual el pago realizado por el nuevo acreedor exige que siga existiendo el crédito en su favor y el mismo le transmite todos sus accesorios. (PLANIOL, 1945).

Cuando una cosa sustituye a otra en el patrimonio de una persona, nos encontramos frente a una subrogación real y cuando lo que se sustituye es el deudor o el acreedor de una obligación, estaríamos frente a una subrogación personal.

Referente al pago con subrogación Borda (1998), indica que:

Hay pago con subrogación cuando lo realiza un tercero y no el deudor, ese tercero constituye en la relación jurídica al primitivo acreedor, de tal modo que tiene los derechos, acciones y garantías que tenía aquel. Es lógico en efecto, que cuando una persona paga lo que debe a otra, tenga derecho a reclamar del verdadero deudor la repetición de lo pagado y que ese crédito suyo tenga por lo menos iguales garantías y privilegios de los que tenía la obligación primitiva. En nada se perjudica el deudor con ello, porque solo se ha producido una sustitución de acreedor. (p. 583).

Se debe entender entonces, que el pago con subrogación es un pago que no libera al deudor.

1.3. NATURALEZA DE LA SUBROGACIÓN.

La subrogación es uno de los medios de sustituir la persona del acreedor de la obligación, sin que se produzca novación, o, a su vez sustituir una cosa con otra dentro de un patrimonio.

El pago con subrogación tiene su origen el Derecho Romano, puesto que existía el beneficio cedendarum acciones, este beneficio le transfería al fiador que pagaba al acreedor, todos los derechos contra los cofiadores de dicho acreedor, al igual que todos los derechos contra el deudor principal; incluyendo el derecho otorgado al deudor que obtuvo en préstamo los dineros destinados al pago de la deuda, conservando así las hipotecas que servían de garantía y seguridad jurídica al antiguo crédito. Se debe señalar,

que los romanos en vez de llamarla subrogatio o subrogación en idioma español, le pusieron el nombre de sucesio o llamada en nuestro idioma como sucesión. (CLARO, 1979).

Se entiende que si el pago es un medio de extinción de las obligaciones, no sería coherente que una obligación pagada subsista aunque con diferente acreedor; por lo tanto existen varias teorías, según Borda (1983), nos indica algunas:

- a) Según algunos autores no es exacto que el crédito se transmita al pagador; no se puede transmitir lo que ha quedado definitivamente extinguido con el pago; lo que se transfiere al acreedor son los accesorios del crédito (hipoteca, fianzas), la acción por la cual el pagador reclama del deudor lo pagado es una acción nueva.
- b) Según una opinión distinta, habría una cesión de créditos, operada en virtud de la Ley.
- c) Para otros autores la subrogación sería una ficción jurídica, que consiste en suponer subsistente una obligación en verdad extinguida con el pago.
- d) Finalmente para otros autores, lo que hay es una sucesión a título singular que opera porque la ley establece fundada en una razón de justicia. (p.583 y 584).

Referente al literal b, se debe aclarar que no confunde ni unifica a la subrogación con la cesión de créditos, sino lo que nos trata de expresar el texto es que la subrogación en realidad se sujeta a las reglas de la cesión de créditos, ya que en realidad existen diferencias pronunciadas entre estas dos figuras jurídicas que se trataran posteriormente.

Referente al literal c, esa teoría en la actualidad se ha desacreditado porque una realidad jurídica no se puede llamar ficción. Por último en cuanto al literal d, el pago no solo extingue sino implica un cumplimiento de las obligaciones y si quién cumple es un

tercero, la obligación en realidad subsiste y cambia nada más de un acreedor primitivo a un nuevo acreedor.

Como complemento a lo indicado, se debe analizar, que el Derecho hace prevalecer también la necesidad social, puesto que no solo se somete a la lógica jurídica al decir que el pago extingue la obligación, es así que de acuerdo a esa necesidad, emergió la institución jurídica del pago con subrogación.

Algunos autores como POTHIER, afirmaron “que la subrogación es una ficción jurídica en virtud de la cual se supone la supervivencia de una obligación extinguida por el pago. De acuerdo a otra tesis, la subrogación es una cesión de acreencias”. (PEREZ, 1955).

CLARO (1979), nos expresa:

Tal es el principio del Derecho Civil en su pureza primitiva: el pago, quienquiera que lo haga, y con cualquier dinero que lo efectúe, extingue la deuda y todos sus accesorios.

Hay sin duda alguna, una diferencia entre el caso que el deudor paga su deuda con sus propios dineros y el caso en que la paga con dineros prestados por un tercero con este efecto, y el caso también en que un tercero la paga por él.

Es así, que se debe considerar que, si paga el deudor con su propio dinero y cumple por ende con la obligación, la misma queda extinguida definitivamente; si paga con dineros que un tercero le ha prestado, se genera una obligación nueva por parte del deudor hacia el tercero; o, a su vez si paga la obligación un tercero, también surge una nueva

obligación para el deudor. Al hablar de nueva obligación, debemos entender que esa obligación al nacer pura y simple, no puede estar garantizada por ninguna de las cauciones que sí brindaban seguridad jurídica a la antigua deuda porque se debe considerar por principio universal que, lo accesorio sigue la suerte de lo principal; es así que se da la necesidad de una nueva figura y por consiguiente nace el pago con subrogación para generar una mayor seguridad al tercero que paga una deuda ajena con su propio dinero.

1.4. CLASIFICACIÓN DE LA SUBROGACIÓN.

La subrogación puede ser real o personal.

1.4.1. Subrogación Real.

Según MORALES (1995), “La subrogación real es aquella que produce el efecto de que la cosa subrogada se reviste de la calidad de la cosa a la cual se subroga”. (p. 240).

La subrogación es llamada real, por la razón de que se da una sustitución de un bien por otro en el patrimonio de una persona; es así que el bien nuevo pasa a ocupar el sitio o lugar del bien antiguo

Según la Enciclopedia Jurídica Digital (2014), existen en la subrogación real los siguientes presupuestos:

a) Cambio de cosas o elementos patrimoniales. Una cosa reemplaza a la otra por causa de enajenación o pérdida.

Requisito esencial es que la sustitución se efectúe a base de una relación de causalidad; es precisa una conexión directa entre la cosa enajenada o perdida y la que la sustituye; esta última ha de ser equivalente a la primera, por lo que no puede provocar subrogación una adquisición a título gratuito.

b) Persistencia de la misma situación jurídica a pesar del cambio de cosas operado, lo que no implica persistencia de la naturaleza del derecho. La subrogación real hace que el precio obtenido o la indemnización lograda se encuentren sujeta a la misma situación jurídica de afección, conservación o gravamen de la cosa vendida o siniestrada, perdida o destruida. Así, en caso de siniestro de un edificio asegurado, la subrogación real no convierte el dinero obtenido como indemnización en un bien inmueble

La subrogación real es en donde la cosa que llega a subrogarse se recubre de la misma calidad jurídica de la cosa que se subroga, tal como ocurre en la sociedad conyugal, referente al inmueble de uno de los cónyuges que puede subrogarse por otro y según las exigencias que la ley señala, en donde el inmueble que se llega a subrogar goza automáticamente de las calidades jurídicas del inmueble anterior, es así que si se trata de un inmueble de la cónyuge, el nuevo inmueble que pasa a ocupar el sitio del antiguo no podrá enajenarse ni hipotecarse sino solamente en los casos y condiciones establecidas respecto a los bienes raíces de la cónyuge. (CHALCO, 2001).

El código civil (2017), señala en cuanto a la subrogación real en la sociedad conyugal, lo siguiente:

Art. 165.- Para que un inmueble se entienda subrogado a otro inmueble de uno de los cónyuges, es necesario que el segundo se haya permutado por el primero; o

que, vendido el segundo durante el matrimonio, se haya comprado con su precio el primero, y que en la escritura de permuta o en las escrituras de venta y de compra se exprese el ánimo subrogar.

Puede subrogarse un inmueble a valores propios de uno de los cónyuges, que no consistan en bienes raíces. Más, para que valga la subrogación, será necesario que los valores hayan sido destinados a ello en conformidad al numeral 2 del artículo 159, y que en la escritura de compra del inmueble aparezca la inversión de dichos valores y del ánimo de subrogar.

Art. 159.- No obstante lo dispuesto en el Art. 157, no entrarán a componer el haber social:

2. Las cosas compradas con los valores propios de uno de los cónyuges, destinadas a ello en las capitulaciones matrimoniales o en una donación por causa de matrimonio.

1.4.2. Subrogación Personal.

La subrogación personal es una institución jurídica en razón de la cual los derechos del acreedor se transmiten con todos sus accesorios a un tercero que ha pagado y por consiguiente la obligación sigue existiendo. (MORALES, 1995).

Se desprende también de lo citado y se entendería en términos generales que el cesionario subroga a la persona del cedente del crédito, puesto que pasa a sustituir a la persona del cedente del crédito y ejercita los derechos que a este corresponden; al igual que el heredero subroga al causante en todos sus derechos transmisibles.

CAPÍTULO II

TIPOS DE SUBROGACIÓN PERSONAL Y EFECTOS DE LA SUBROGACIÓN.

El Código Civil (2017), señala referente a las fuentes de la subrogación lo siguiente:

Art. 1625.- Se subroga un tercero en los derechos del acreedor, o en virtud de la ley, o en virtud de convención con el acreedor.

De lo expresado por la ley, se desprende lo que es la subrogación legal y la subrogación convencional, es así que se desarrollarán a continuación las mismas.

2.1. SUBROGACIÓN CONVENCIONAL: Breve mención a este tipo de subrogación:

Según nuestro Código Civil (2017), la subrogación convencional es:

Art. 1627.- Se efectúa la subrogación en virtud de convención con el acreedor, cuando éste, recibiendo de un tercero el pago de la deuda, le subroga voluntariamente en todos los derechos y acciones que le corresponden como tal acreedor. La subrogación, en este caso, está sujeta a la regla de cesión de derechos, y debe hacerse en la carta de pago.

La subrogación convencional se produce con la voluntad del acreedor, además es fundamental que el pago que se ha realizado haya sido dado por un tercero ajeno a la deuda, puesto que si el pago lo hizo un tercero a nombre del deudor, o es más si lo hizo

el mismo deudor, no nacería la subrogación, en virtud de que la obligación ha quedado ya extinguida; es indispensable que para que se configure la subrogación convencional, ésta debe ser expresa, esto sirve para demostrar la voluntad del acreedor de subrogar sus derechos, por consiguiente no existe subrogación tácita, por otra parte, la misma ley se encarga de establecer e indicar las solemnidades y la forma correcta de acreditar la subrogación convencional y es muy precisa al indicar que está sujeta a la regla de la cesión de derechos y que debe además, hacerse en la carta de pago, por lo tanto también se entiende que estas exigencias sirven en caso de ser necesario, como prueba; es así que este tipo de subrogación debe constar por escrito, debe hacerse al subrogado la entrega del título y también es indispensable que se notifique al deudor.

De acuerdo a que la subrogación se encuentra sujeta a las reglas de la cesión de derechos y que debe notificarse al deudor, nuestro Código Civil (2017), expresa:

Art. 1843.- La notificación debe hacerse con exhibición del título, que llevará anotado el traspaso del derecho, con la designación del cesionario y bajo la firma del cedente.

La importancia de la correspondiente notificación al deudor, consiste en que es necesario por seguridad jurídica del deudor, de que éste tenga conocimiento sobre el nuevo acreedor y así saber a quién debe pagar.

Según Mogrovejo (2015), nos indica que:

La subrogación convencional puede subdividirse en:

- a) Subrogación consentida por el acreedor en favor de un tercero que le paga sin necesidad de concurrencia del deudor; y,
- b) Subrogación hecha por convenio entre el deudor y un tercero, cuando el deudor toma prestado del tercero para pagar su deuda.

Fundamentos de la subrogación convencional:

- a) La subrogación convencional se funda en un interés personal del tercero, este interés puede ser tanto positivo como negativo; positivo en el caso de librar de la obligación al deudor; y, negativo como el de no perseguir al deudor.
- b) La subrogación convencional se fundamenta también en el interés que tiene el acreedor de darse por satisfecho respecto al crédito que se encuentra pendiente de cumplir.

Según (MORALES, 1995), el trámite de una notificación es el siguiente:

El acreedor tiene que concurrir ante el Juez competente con el documento en el que se ha otorgado la subrogación (puede hacerlo un tercero también), y solicitar que se notifiquen:

- 1.- Al deudor.
- 2.- Al notario, ante quién se otorga la escritura para que tome nota al margen de la matriz o escritura del traspaso realizado (de la subrogación convencional).
- 3.- Al registrador de la propiedad si se trata de un bien hipotecado para que el deudor sepa a quién debe cancelar la hipoteca.

2.2. SUBROGACIÓN LEGAL.

2.2.1. Concepto.

Está determinada e impuesta por la Ley, con ciertas excepciones.

Nuestro Código Civil (2017) expresa:

Art. 1626.- “Se efectúa la subrogación por el ministerio de la ley, y aún en contra de la voluntad del acreedor, en todos los casos señalados por las leyes, y especialmente a beneficio...”.

La subrogación legal proviene del Derecho Romano, en donde los jurisconsultos permitían que la persona que ha sido pagada por un tercero, estaba obligada a cederle su acción; en caso de que el acreedor que tenía que ceder su acción, llegaba a negarse, el tercero podía oponerle la *exceptio cedendarum actionum*, acción que le permitía obtener la cesión. (PLANIOL, 1945).

Cabanellas (1998) nos dice:

Subrogación Legal. La que por disposición supletoria o imperativa de la ley se produce sin la voluntad concordé del acreedor y el deudor. Los Mazeadud, tal vez exagerando el antecedente, estiman que esta subrogación se debe a Dumoulin en el siglo XVI, al refundir dos instituciones romanas: el beneficio de cesión de acciones y la “*successio in locum creditoris*”.

Como supuestos aceptados por el Código de Napoleón, los citados autores mencionan:

1. Cuando el “solvens”, acreedor por sí mismo, paga a otro acreedor preferente a él por sus privilegios o hipotecas.
2. Cuando un tercero se subroga de pleno derecho en los del acreedor, por tener interés en el pago.
3. Cuando el comprador de un inmueble emplea el precio de su adquisición para el aceptado a beneficio de inventario, que solamente está obligado a pagar las deudas de la herencia con los bienes de la sucesión.
4. El heredero que haya aceptado a beneficio de inventario, que solamente está obligado a pagar las deudas de la herencia con los bienes de la sucesión.
5. El que sin estar obligado, paga por intervención una letra de cambio o un pagaré a la orden.
6. En el seguro contra daños, el asegurador que haya pagado al asegurado la indemnización, en cuanto al crédito contra el responsable.
7. Situaciones análogas derivadas del accidente que le concede derecho a una pensión a un funcionario público y por la repetición contra el autor de un accidente de derecho común de que haya resultado víctima un asegurador social. (p. 537).

Con lo citado se entiende de donde emerge la subrogación legal actual con sus respectivos cambios y mejoras pero que buscan brindar una mayor seguridad al nuevo acreedor que ha pagado por el ministerio de la Ley al acreedor primitivo.

Según Valencia (VALENCIA, 1974), indica que, “la subrogación legal representa una expropiación del crédito del acreedor, previa la indemnización correspondiente”.

La subrogación legal tiene los siguientes fundamentos:

- a) Se fundamenta en la equidad al igual que en la imperatividad; la equidad permite que el tercero que paga al acreedor, sea subrogado en todos sus derechos. Por regla general se debería considerar que la subrogación sea convencional para que comúnmente sea realizada por el concurso libre de voluntades, ya que este concurso lo presume la ley cuando el que ha pagado tuvo interés en la extinción de la deuda y no cuando no hay nada que motive al tercero a esa extinción, es así que el tercero que ha pagado si no demuestra ni genera interés de ningún tipo en la solución de la obligación, lo correcto sería que no pueda subrogarse en los derechos del acreedor. (ZAVALA, 2002).

En este fundamento, la ley admite que lo justo sería conceder la subrogación al tercero que ha pagado sin que haya causado daño alguno ni al acreedor ni al deudor, es decir a ninguna de las partes ni a terceros ajenos, eximiendo así de que la subrogación sea generada a través de una convención expresa.

- b) Otro fundamento de la subrogación legal es el de evitar el enriquecimiento ilícito injusto del deudor, es así que cuando una persona contrae obligaciones con otra, esa persona o parte queda ligada respecto de la otra bien sea para dar, hacer o no hacer una cosa, generando de esta manera un vínculo jurídico, a esta parte que queda ligada, se le conoce como deudor y es quién debe cumplir con el objeto de la obligación, es decir tiene que realizar el pago. (CABRERA, 1993).

Si en lugar del deudor paga una tercera persona, como es el caso de que pague un deudor solidario, tiene lugar y surge inminentemente la subrogación legal, subrogándose de manera automática e inmediata todos los derechos, garantías y privilegios que tenía el acreedor, por consiguiente en este caso la ley protege a este tercero que ha satisfecho la deuda en lugar del deudor, permitiéndole así que ejercite todas las acciones pertinentes para exigir al deudor el reembolso de lo pagado y así no ser perjudicado en su patrimonio y que a su vez el deudor no enriquezca su patrimonio injustamente.

- c) Finalmente otro fundamento de la subrogación legal, consiste en evitar el pacto colusorio entre el acreedor y el deudor. (CABRERA, 1993)

Todo acto o contrato hecho por colusión es nulo; el pacto colusorio en este caso, consiste en que el acreedor primitivo y el deudor se ponga de acuerdo para perjudicar patrimonialmente al tercero que paga y que es conocido como el nuevo acreedor, además se debe considerar que dicha violación responde a un acto doloso que se ejecuta con total discernimiento, intención y libertad, apuntando a causar un daño y perjuicio, en este caso al nuevo acreedor como ya se ha mencionado.

2.2.2. Casos de Subrogación Legal

Nuestro Código Civil (2017), en su Art. 1626 nos enumera los casos de subrogación legal y son los siguientes:

1. Del acreedor que paga a otro acreedor de mejor derecho, en razón de un privilegio o hipoteca;
2. Del que habiendo comprado un inmueble, queda obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado;

3. Del que paga una deuda a que se halla obligado solidaria o subsidiariamente;
4. Del heredero beneficiario que paga con su propio dinero las deudas de la herencia.
5. Del que paga una deuda ajena, consintiéndola expresa o tácitamente el deudor;
y,
6. Del que ha prestado dinero al deudor para el pago, constando así en la escritura pública del pago, haberse satisfecho la deuda con el mismo pago.

2.3. EFECTOS DE LA SUBROGACIÓN.

Los efectos del pago con subrogación según Jossierand (2008), se contienen principalmente en las tres reglas siguientes:

1. Los efectos son independientes del modo de subrogación.
2. La subrogación recae sobre el crédito mismo y no solamente sobre los accesorios.
3. La subrogación interviene a consecuencia y con ocasión de un pago; no se reduce pues, a una cesión de crédito. (ps. 347 y 348).

Por otra parte Cevallos (2013), nos dice que la subrogación produce los siguientes efectos:

1. La subrogación, tanto legal como convencional, traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas del antiguo acreedor, sea en contra del deudor principal, así como en contra de cualquiera de los terceros obligados, solidaria o subsidiariamente, a la deuda.
2. Si el acreedor ha sido solamente pagado en parte, podrá ejercer sus derechos, correlativamente a lo que aún se le adeude, con preferencia a quien solo ha pagado una parte del crédito.

3. Los plazos de prescripción no sufren alteración de ninguna especie.
4. Si el tercero hizo el pago antes del vencimiento del plazo solo podrá demandar al deudor una vez que la obligación sea exigible.

Nuestro Código Civil (2017) expresa:

Art. 1628.- La subrogación, tanto legal como convencional, traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal, como contra cualesquiera terceros, obligados solidaria o subsidiariamente a la deuda.

Si el acreedor no ha sido solamente pagado en parte, podrá ejercer sus derechos, relativamente a lo que se le quede debiendo, con preferencia al que sólo ha pagado una parte del crédito.

Los efectos de la subrogación permiten que subsista no solo el crédito en favor del nuevo acreedor sino también todos sus accesorios; y, la ley no diferencia a la subrogación convencional de la legal en cuanto a sus efectos jurídicos porque ambas producen los mismos; a su vez, el crédito que adquiere en su favor el nuevo acreedor pasa con las particularidades que tenía el acreedor, como puede ser el caso de un crédito privilegiado, gozando así el subrogado de preferencia para ser cancelado frente a otros acreedores. El Art. 1628 de nuestro Código Civil en su inciso segundo se refiere a una subrogación parcial en la que el acreedor subrogado ha pagado una parte del crédito al primitivo acreedor, y por lo tanto solo puede exigir la parte que haya pagado al primer acreedor.

2.4. SEGURIDAD JURÍDICA QUE BRINDA EL PAGO CON SUBROGACIÓN Y LIMITACIÓN.

A diferencia de la agencia oficiosa, del mandato, de la cesión de derechos y otras similares, la subrogación no genera una obligación nueva para el deudor sino que los derechos y garantías del acreedor antiguo o primitivo se transfieren tal cuál al nuevo acreedor, brindando de esta manera absoluta seguridad jurídica y no solo para el nuevo acreedor sino para todas las partes:

Para el acreedor primitivo porque al recibir el pago que lo ha realizado un tercero, logra satisfacer la obligación que tiene a su favor; para el deudor que carece de los medios para pagar y que gracias al pago del tercero, deja de perseguirle el antiguo acreedor, y; para el tercero, mejor conocido como subrogado o también llamado nuevo acreedor porque al ocupar el lugar del antiguo acreedor o también llamado subrogante, adquiere todos los derechos y privilegios que le garantizan el reembolso y cumplimiento de lo que ha pagado.

La única limitación que nos genera el pago con subrogación, es que el subrogado solo puede reclamar hasta el monto o cantidad que le haya pagado al acreedor primitivo, a diferencia de la cesión de derechos que aunque haya pagado una cantidad inferior al valor real del crédito, puede reclamar el cesionario la totalidad de la deuda.

Respecto a la limitación nuestro Código Civil (2017), expresa lo siguiente:

Art. 1538.- El deudor solidario que ha pagado la deuda, o la extinguido por alguno de los medio equivalentes al pago, queda subrogado en la acción del acreedor con todos sus privilegios y seguridades; pero limitada, respecto de cada uno de los deudores, a la parte o cuota que tenga este codeudor en la deuda.

Si el negocio para el cual ha sido contraída la obligación solidaria, concernía solamente a alguno o algunos de los deudores solidarios, quedarán estos responsables entre sí, según las partes o cuotas que les correspondan en la deuda, y los otros codeudores serán considerados como fiadores.

La parte o cuota del codeudor insolvente se reparte entre los demás a prorrata de las suyas, comprendidos aún aquellos de la solidaridad.

El inciso primero es el que nos interesa puesto que expresa claramente en su parte pertinente que en ese caso el deudor solidario que ha pagado la deuda queda subrogado pero de manera limitada respecto de cada uno de los deudores, a la parte o cuota que tenga ese codeudor en la deuda, es decir que aunque el acreedor podría perseguir a cualquiera de los codeudores por el total de la deuda, el subrogado no podrá perseguir a los otros codeudores si no por su parte y porción; además que la obligación solidaria se transforma en divisible, en virtud de que ha operado la subrogación.

2.5. DESARROLLO Y ANÁLISIS DE CADA UNO DE LOS CASOS DE SUBROGACIÓN LEGAL ENUMERADOS EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL.

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

Nuestro Código Civil (2017), expresa referente a las causas de preferencia de créditos, lo siguiente:

Art. 2372.- Las causas de preferencia son solamente el privilegio e hipoteca.

Estas causas de preferencia son inherentes a los créditos para cuya seguridad se han establecido, y pasan con ellos a todas las personas que los adquieran por cesión, subrogación o de otra manera.

Para que la subrogación opere se necesitan que concurran las siguientes circunstancias: la primera es que el pago sea hecho por un acreedor del deudor; y, la segunda consiste en que sea hecho en virtud de un pago de privilegio o hipoteca, teniendo en consideración que el privilegio en Derecho se refiere a las preferencias o particularidades que tienen ciertos créditos de ser pagados antes que otros.

Es importante entender que para hacer uso de esta primera forma de subrogación legal, debe tratarse de un acreedor que paga a otro acreedor que tenga mejor derecho que aquel que paga.

Puede darse el caso en que hay un inmueble hipotecado a dos acreedores, en este caso específico, se debe considerar que las hipotecas tienen un grado preferente conforme al orden de sus inscripciones y en el caso de que el valor del inmueble no alcance para pagar sino solo la primera hipoteca, la restante quedaría extinguida y por consiguiente el otro acreedor quedaría sin hipoteca; es así que el acreedor preferente va a pedir el pago de su crédito y va a solicitar el embargo y remate del inmueble, sin tener en consideración que el otro acreedor logre cobrar lo que le corresponde, por lo tanto el acreedor en segundo orden de preferencia que se encuentran en riesgo de perder su pago, procede a pagarle al acreedor preferente, quedando así subrogado, esperando una mejor situación futura del deudor para exigir la liquidación de bienes del deudor o que incremente el valor del inmueble hipotecado para proceder a pedir el remate correspondiente del mismo.

2.5.2. Del que habiendo comprado un inmueble, queda obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado.

La razón de ser de este caso es de que el gravamen hipotecario es un derecho real del acreedor y al tratarse de un derecho real, el acreedor debe dirigirse contra el objeto, sin tomar en consideración quién lo tenga, evitando de esta forma un enriquecimiento injusto por parte del deudor primitivo con el pago que hace el comprador del inmueble que se encuentra hipotecado. (MORALES, 1995).

El efecto que produce este caso de subrogación, es que el comprador del inmueble queda inmediatamente subrogado en los derechos del acreedor hipotecario, debiendo tener en cuenta de que la subrogación se da únicamente en el derecho real del crédito, mas no en la hipoteca porque el comprador mismo la tiene, es decir que queda de acreedor hipotecario de su propio bien.

En concordancia con este segundo caso de subrogación, nuestro Código Civil (2017) expresa:

Art. 2331.- El tercer poseedor reconvenido para el pago de la hipoteca constituida sobre la finca que después pasó a sus manos con este gravamen, no tendrá derecho para que se persiga primero a los deudores personalmente obligados.

Haciendo el pago se subroga en los derechos del acreedor, en los mismos términos que el fiador.

Si fuere desposeído de la finca o la abandonare, será plenamente indemnizado por el deudor, con inclusión de las mejoras que haya hecho en ella.

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

En este caso de subrogación, se subroga a beneficio del que se paga una deuda a que se halla obligado con otro por otro; además en esta subrogación quedan entendidos todos aquellos que como codeudores solidarios o como deudores subsidiarios, están obligados a extinguir una deuda, es así que opera la subrogación en el caso de la solidaridad a favor del codeudor solidario que ha sido demandado por el acreedor y que ha extinguido o pagado la deuda.

Morales (1995), indica que en este tercer caso de subrogación es imprescindible hacer una diferenciación entre solidaridad pasiva y fianza:

- a) En cuanto a la solidaridad pasiva.- Como lo hemos manifestado al explicar las obligaciones solidarias, el deudor solidario que ha pagado la deuda en su totalidad queda por este solo hecho subrogado en la acción del acreedor contra los demás codeudores solidarios, pero limitada respecto de cada uno de ellos a la parte o cuota que tengan en la deuda pues la solidaridad surte efecto solo entre los codeudores y el acreedor, y no pasa a los deudores entre ellos.

Entonces el codeudor solidario que efectúa el pago, podrá solo exigir de cada uno de los demás obligados la parte que a cada uno de ellos corresponda.

- b) En cuanto a la fianza la misma subrogación legal, se efectúa por el solo ministerio de la ley y aún contra la voluntad del acreedor a beneficio del que paga una deuda que es obligado subsidiariamente.

El fiador se encuentra obligado a responder al acreedor de una obligación ajena que se compromete a cumplir en todo o en parte si el deudor principal incumple, o si un primer fiador deja de cumplirla. El fiador que ha pagado la deuda puede plantear acción contra

el deudor principal para que se le reembolse lo que le ha pagado por él con intereses y gastos, aunque la fianza haya sido ignorada por el deudor.

Es así que en este caso de subrogación, la ley se fundamenta en la equidad.

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

En este caso hay dos elementos necesarios y trascendentales para que opere la subrogación legal y los mismos son los siguientes: 1) Debe intervenir el heredero beneficiario en el pago de la deuda hereditaria; y, 2) Debe pagar con dineros propios.

Además es necesario indicar que se conoce como heredero beneficiario al que acepta la herencia con beneficio de inventario, el mismo que consiste en no hacer a los herederos que aceptan, sino responsables de las deudas hereditarias y testamentarias hasta la concurrencia de la totalidad del valor de los bienes que han heredado; se debe también tener presente que la regla general es que los herederos respondan de todas sus deudas u obligaciones del difunto, por la razón de que si los bienes del difunto no son suficientes para pagar los créditos de los acreedores, los mismos puedan ejercer las acciones correspondientes en contra de los bienes del heredero, en razón a la confusión de patrimonios que opera la sucesión por causa de muerte, sin embargo gracias al beneficio de inventario no se produce este efecto, sino más bien se comprueba una separación de patrimonios que responden de las respectivas obligaciones testamentarias y hereditarias por un lado y del heredero por otro (CABRERA, 1993).

Por otra parte, se debe considerar a este caso de subrogación como un caso excepcional; en donde el heredero beneficiario que acepta la herencia con beneficio de inventario, debe asumir las obligaciones testamentarias y hereditarias únicamente hasta el valor total de los bienes que ha heredado porque éste ha demostrado tener suficiente interés en el pago de las deudas para poder conocer con certeza cuánto es el saldo que queda; y, de esta forma este heredero beneficiario que no conoce con certeza el activo y pasivo de la sucesión, no va a tener ninguna desconfianza de realizar anticipos porque tiene la convicción de que va a recuperar sus fondos a pesar de que la liquidación posterior llegue a indicar que en la herencia el pasivo es mayor o superior al activo, siendo justamente aquí donde se genera la seguridad jurídica de este caso de subrogación, ya que en la situación que el pasivo sea mayor al activo, el heredero beneficiario conformaría entre los acreedores por los derechos del acreedor pagado por él, derechos que haría valer sobre los bienes que garantizaban su respectivo crédito.

2.5.5. Del que paga una deuda ajena, consintiéndola expresa o tácitamente el deudor.

En este caso de subrogación legal se puede entender que la subrogación opera de pleno derecho si el pago se realiza con consentimiento del deudor. Este caso de subrogación legal, se trata de un tercero que no tiene ninguna relación con las partes acreedora y deudora y que sin embargo paga la deuda al acreedor de la obligación. (MORALES, 1995).

Por otra parte el tercero que paga con el consentimiento expreso o tácito del deudor, estaría desempeñando la función de mandatario y por consiguiente tendría la acción de mandato contra el deudor, sin embargo al encajar con los requisitos para que opere esta subrogación legal, la ley expresa y obliga en este caso específico a que se subroguen los

derechos y acciones del acreedor satisfecho hacia el tercero que le pagó; es así que se sobreentiende que el deudor de la obligación acepta a este tercero como su nuevo acreedor, a su vez en la situación de que el tercero haya pagado sin el consentimiento del deudor, estaría actuando como agente oficioso del deudor y solo tendrá la acción de gestión de negocios.

Nuestro Código Civil (2017), nos señala en uno de sus artículos la definición de la agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos y en otro de sus artículos nos indica sobre las obligaciones y derechos del interesado:

Art. 2186.- La agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos, llamada comúnmente gestión de negocios, es un cuasicontrato por el cual el que administra sin mandato los negocios de alguna persona, se obliga para con ésta, y la obliga en ciertos casos.

Art. 2190.- Si el negocio ha sido bien administrado, cumplirá el interesado las obligaciones que el gerente ha contraído en la gestión, y le reembolsará las expensas útiles o necesarias.

En el Derecho Francés constan todos los casos de subrogación legal que enumera el Art. 1624 de nuestro Código Civil, a excepción de este quinto caso. (OCHOA, 1994).

2.5.6. Del que ha prestado dinero al deudor para el pago, constando así en la escritura pública del préstamo, y constando, además, en la escritura pública del pago, haberse satisfecho la deuda con el mismo dinero.

Es importante empezar señalando que para este caso de subrogación legal se necesita cumplir con formalidades especiales, entendiendo así que en caso de no observar y cumplir con las solemnidades, se generaría una nulidad absoluta; por otra parte este caso es análogo al quinto caso de subrogación legal que es del que paga una deuda ajena con consentimiento del deudor, puesto que en ambos casos, se paga y se cumple la obligación con el dinero del tercero. Los requisitos para este caso serían dos, el primero que se dé el préstamo, es decir la entrega del dinero por parte del tercero al deudor; y, el segundo consiste en el pago de la deuda realizado por el mismo deudor.

Al retomar el tema de las formalidades especiales que se deben cumplir en este caso de subrogación legal, se debe indicar que son las siguientes:

- a) Que tanto el préstamo hecho al deudor como el pago que éste hace al acreedor consten en escritura pública legalmente constituida por funcionario competente. (OCHOA, 1994).
- b) Que en la escritura pública se indique que el préstamo realizado por el tercero, es para pagar la deuda y cumplir con la obligación. (MORALES, 1995).

Este sexto caso de subrogación legal, al exigir el cumplimiento de formalidades especiales, se justifica en que se trata de prevenir posibles fraudes que podrían llegar a ejecutarse para causar perjuicios a los demás acreedores del deudor.

Es importante indicar lo que expresa nuestro Código Civil (2017), sobre la calidad de los préstamos para el pago de una deuda:

Art. 1629.- Si varias personas han prestado dinero al deudor para el pago de una deuda, no habrá preferencia entre ellas, cualesquiera que hayan sido las fechas de los diferentes préstamos o subrogaciones.

CAPÍTULO III.

DIFERENCIAS ENTRE SUBROGACIÓN Y CESIÓN DE DERECHOS EN GENERAL Y LAS CONFUSIONES QUE SE GENERAN EN LA PRÁCTICA.

3.1. CESIÓN DE DERECHOS.

Nociones Generales.

A pesar de que gran parte de nuestro Derecho actual, nació del Derecho Romano, la cesión de derechos no fue aceptada inicialmente en aquella época porque no se contemplaba la posibilidad de sustituir a los sujetos o personas de la obligación. (CEVALLOS V. , 2013).

La figura que sí existía en aquel tiempo y que permitió que posteriormente surja la cesión de derechos, fue la novatio o en nuestro idioma español, llamada como novación, figura en la cual, mediante la extinción de la obligación primitiva se daba lugar a otra, a su vez el deudor seguía siendo el mismo, la prestación seguía siendo la misma pero con diferente y nuevo acreedor.

En lo posterior el derecho evoluciona y se llega a aceptar la transmisión de los derechos en los Código Civiles de Francia y de España, luego de unos años se difunde a otro Código civiles como el de Alemania, Suiza y México. (CEVALLOS V. , 2013).

El antiguo Derecho alemán terminó la evolución , el mismo que no concebía que haya una indisolubilidad del crédito con respecto a la persona, es así que generó el precepto legal de que sí se podía transferir el crédito y no solo su ejercicio. (MOLINA, 1994)

Concepto de cesión.

Según Cevallos (2013), nos dice que: “Gramaticalmente significa dar o transferir. Por lo tanto es la acción o efecto de ceder alguna cosa o derecho”. (p. 385).

Según la Enciclopedia Jurídica (2014), la cesión “es la acción y efecto de ceder”.

Según Cevallos (2013), “la cesión equivale a la renuncia o transferencia, gratuita u onerosa, que se hace de una cosa, crédito, acción o derecho en favor de otra persona...” (p. 669).

Desarrollo de la cesión de derechos.

ANTECEDENTES

Es necesario enseñar que las cosas se dividen en cosas corporales e incorpóreas, entendiéndose que las primeras son las que se pueden percibir por nuestros sentidos, como una casa o un vehículo; y, las segundas son abstracciones, es decir que no son susceptibles de ser percibidas por nuestros sentidos, como lo son los derechos y las acciones. Una vez que se tiene clara esa diferencia entre cosas corporales e incorpóreas, se puede proceder a indicar lo que es la cesión de derechos, la misma que trata sobre las cosas incorpóreas.

En cuanto a las cosas incorpóreas, éstas pueden ser derechos reales o personales, los primeros son derechos que se ejercen sobre una cosa sin respecto a determinada persona; y, los segundos son derechos que solo pueden reclamarse de determinadas personas. De

esta manera solamente los derechos reales y personales pueden ser objetos de enajenaciones o transferencias, es decir que los derechos personalísimos quedan excluidos. (ALESSANDRI, 1976).

Concepto de Cesión de Derechos.

Nuestra ley no da un concepto de la cesión de derechos, sin embargo se puede suponer que considera a la misma como un tipo de contrato y por esa razón la ubica dentro del libro cuarto de nuestro Código Civil, el mismo que trata sobre las obligaciones en general y de los contratos.

La cesión derechos según la doctrina dominante, es una manera de transferir la titularidad de derechos y esta cesión es un contrato cambiante que puede adoptar la forma de compraventa, cuando se ha pagado un precio por los derechos cedidos; puede también tomar la forma de permuta, cuando a cambio de los derechos cedidos se recibe otra cosa; y, puede adoptar la forma de una donación, en el caso de que la cesión sea realice de manera gratuita. (CEVALLOS V. , 2013).

Borda (1978) define a la cesión de derechos, “como el contrato en virtud del cual una persona enajena a otra un derecho del que es titular, para que esta lo ejerza a nombre propio”. (p. 420).

Entonces la cesión de derechos es aquel traspaso de un derecho por acto entre vivos, en donde el dueño del derecho llamado cedente, traspasa el mismo a cualquier título, sea este gratuito u oneroso, a otro que es conocido como cesionario.

Nuestro Código Civil en su TÍTULO XXIV, emplea a la cesión de derechos como el término genérico que abarca a tres tipos de contratos, a la cesión de créditos personales, a la del derecho de herencia; y, al de los derechos litigiosos.

Capacidad.

En virtud de falta de regulación directa por parte de nuestro Código Civil, es necesario remitirse al TÍTULO II del mismo cuerpo legal, que se refiere en su Art. 1461 que se refiere a los requisitos de la capacidad legal:

Art. 1461.- Para que una persone se obligue a otra por un pacto o declaración de voluntad es necesario:

1. Que sea legalmente capaz;
2. Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio.
3. Que recaiga sobre un objeto lícito; y,
4. Que tenga causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poder obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.

3.2. CESIÓN DE CRÉDITOS, DE HERENCIA Y DE DERECHOS LITIGIOSOS: CONCEPTOS Y REGULACIÓN.

3.2.1. Cesión de Créditos.

Naturaleza Jurídica.

En la cesión de derechos el acreedor puede, por regla general, ceder a otro un crédito de que es titular; por su parte el deudor, debe aceptar y resignarse a este cambio de acreedor, sin importar si el nuevo acreedor es una persona indeseable por su carácter o por su exigencia al momento de reembolsarse; en la cesión de créditos el acreedor primitivo se llama cedente, el adquirente o nuevo acreedor se llama cesionario; y, el deudor del crédito que se ha cedido, recibe el nombre de debitor cessus o traducido al español, cedido. (VON, 2007).

Concepto.

La cesión de créditos es el acto jurídico mediante el cual una persona transfiere o enajena un crédito a otra.

Según Arias (ARIAS, 1939), la cesión de crédito es: “Un contrato consensual, sinalagmático, conmutativo y oneroso por lo general; excepcionalmente gratuito, y aleatorio cuando el crédito tenga ese carácter”.

En sentido restringido, se entiende por cesión de créditos la transmisión que realiza el acreedor de la titularidad de su derecho de crédito a otra persona. Los sujetos de la cesión de crédito, es decir, las partes que intervienen, son el cedente, que es el acreedor que

transmite su derecho, el cesionario, que es el que lo recibe convirtiéndose así en el nuevo acreedor; y, el deudor como sujeto pasivo del derecho cedido. (CARDENAS, 1995).

Capacidad.

La capacidad del cedente y del cesionario se encuentra regida por el contrato que realice, por la razón de que, la cesión es el efecto de un contrato anterior y según sea el mismo, será la capacidad exigida por la ley. (CORDEIRO, 1959).

Requisitos de validez y notificación al deudor

Nuestro Código Civil (2017), expresa en cuanto a los requisitos de validez entre cedente y cesionario; y por otra parte nos indica sobre la forma de la notificación de la cesión al deudor:

Art. 1841.- La cesión de un crédito personal, a cualquier título que se haga, no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título.

Art. 1844.- En toda notificación de traspaso de un crédito que practique una o un notario público, se entregará al deudor la nota de traspaso con la determinación del origen, la cantidad y la fecha del crédito. Si el título fuere una escritura pública, se indicará además, el protocolo en que se haya otorgado y se anotará el traspaso al margen de la matriz, para que este sea válido.

La cesión de un crédito hipotecario no surtirá efecto alguno, si no se tomare razón de ella, en la oficina de registro e inscripciones, al margen de la razón hipotecaria.

Se cumplirá la exhibición prescrita en el artículo anterior, dejando por veinticuatro horas, el documento cedido, en la notaría que hiciere la notificación, para que pueda examinarlo el deudor, si lo quisiere; lo cual será certificado por el notario.

Se debe dejar constancia que los incisos cuarto y quinto del Art. 1844 de nuestro Código Civil, no se han transcrito dentro del presente proyecto de investigación, en virtud de que, en esos casos no hace falta notificación alguna al deudor.

Referente a los requisitos de validez de un crédito personal, es indispensable entonces que se dé la entrega del título por parte del cedente al cesionario; además es necesario mencionar que la cosa materia de la entrega es el título que lleva anotado el traspaso de del derecho. Además se debe precisar que, para que la cesión surta efectos, es necesario que se realice la correspondiente notificación por parte del cesionario al deudor.

Nuestro Código Civil (2017), en cuanto a los efectos de la falta de notificación nos señala:

Art. 1846.- Al no haber la notificación o aceptación sobredichas, podrá el deudor pagar al cedente, o embargarse el crédito por acreedores del cedente; y en general, se considerará existir el crédito en manos del cedente, respecto del deudor y terceros.

Efectos Jurídicos

Nuestro Código Civil (2017), en cuanto a los efectos de la cesión, nos indica:

Art. 1847.- La cesión de un crédito comprende sus fianzas, privilegios e hipotecas; pero no traspasa las excepciones personales del cedente.

Condiciones para que se dé el traspaso de un crédito.

Existen varias condiciones y diferentes ocasiones para que el traspaso de un crédito llegue a producirse:

Según Jossierand (2008), esas condiciones y ocasiones pueden ser las siguientes:

1. Por vía de transmisión sucesoria, al fallecimiento del acreedor.
2. En razón de un legado particular, es posible legar un crédito, al igual que otro bien cualquiera.
3. Con ocasión de un pago, quién paga una deuda cuya carga íntegra no debe soportar y a la que estaba obligado juntamente con otros, queda subrogado en los derechos del acreedor, beneficiándose de una transmisión de crédito.
4. En virtud de una convención celebrada a este efecto, que tienda a sustituir el antiguo acreedor por uno nuevo sin extinguir la relación obligatoria, uno de cuyos términos se encuentra así modificado, hay en este caso cesión de crédito.

Existen varias diferencias entre la cesión de créditos y la subrogación, siendo éstas las siguientes:

a). La Cesión de Créditos nace de un contrato, sea este una permuta, donación o venta; también nace del acuerdo de voluntades entre acreedor y deudor, en tanto la subrogación,

con excepción de la convencional, no existe un acuerdo de voluntades e incluso puede hacerse en contra de la voluntad del acreedor. (ALESSANDRI, 1976).

b). El cedente en la Cesión de Créditos, se hace responsable de la evicción porque se trata de una verdadera compraventa, en cambio en la Subrogación, al no tratarse de una compraventa, no pesa sobre el acreedor la obligación de sanear la evicción porque se trata de un simple pago en donde el acreedor no se obliga a nada. (CHALCO, 2001).

c). El cesionario en la Cesión de Créditos, adquiere solo los derechos que el cedente le haya concedido en virtud de la cesión; a su vez cuando se habla de la subrogación, el nuevo acreedor que le reemplaza al acreedor primitivo, podrá intentar a más de los derechos y acciones que le competen a éste, también los de la agencia oficiosa, los del mandato, o del mutuo, conforme la relación jurídica que la ligue con el deudor.

d). La Cesión de Créditos al ser un acto de especulación, le permite al cesionario que exija el crédito en su totalidad, a pesar de que éste haya pagado un valor menor del crédito, ya que es dueño del mismo en igual medida que lo fue el cedente; en cambio, el pago con subrogación, específicamente el convencional, solo puede reclamar del deudor, la cantidad exacta que pagó al acreedor primitivo. (CORDEIRO, 1959)

e). En la Cesión de Créditos solo se traspasan al cesionario los derechos, acciones, prendas, hipotecas y privilegios del cedente; por otra parte en el pago con subrogación se traspasa el crédito mismo con todos sus privilegios y garantías, con todas sus calidades y por lo tanto incluyendo las acciones personales del acreedor.

f). La Cesión de Créditos se perfecciona con el cumplimiento de ciertas formalidades especiales, en cambio la subrogación legal, no se necesita de formalidad, notificación o aceptación alguna. (CHALCO, 2001).

g). La cesión de créditos es un contrato para gran parte de doctrinarios; por su parte, la subrogación es considerado según la doctrina, un distracto o acto de disolución del contrato. (CEVALLOS V. , 2013).

d). La cesión de créditos cumple con una función económica o de lucro; la subrogación se considera como un acto “desinteresado”. (CEVALLOS V. , 2013).

3.2.2. Cesión de los derechos de Herencia.

Nociones Generales.

Los derechos de los herederos son derechos universales, por lo tanto recaen sobre una universalidad, mas no sobre cada uno de los derechos singulares que conformaban el patrimonio del causante; es así que cuando se habla de los derechos de los herederos respecto a la masa hereditaria, se entiende que no se trata de un derecho singular sino de una totalidad que abarca un conjunto de derechos.

Cuando una persona fallece, no se extingue su patrimonio y por esta razón sus herederos le suceden al causante y lo representan en todos sus derechos y obligaciones transmisibles; teniendo presente que el o los herederos pueden renunciar a ese derecho, si así lo desean. (YUPANGUI, 1999).

Alessandri (1976), señala:

La cesión del derecho de herencia puede hacerse a título gratuito o a título oneroso.- En el primer caso hay una donación que queda sometida por completo a las reglas generales que rigen la donación entre vivos, en conformidad a las cuales el cedente

no tiene ninguna responsabilidad. La cesión del derecho de herencia propiamente tal, es la cesión a título oneroso, aquella que impone al cesionario la obligación de soportar un gravamen en beneficio del cedente, ya que en esta circunstancia consiste lo oneroso de un contrato, y sólo en ella el cedente se hace responsable de su calidad de heredero. (p. 153).

Como otro punto fundamental a tratar, se debe indicar que, en la cesión del derecho de herencia, lo que se cede es el derecho del heredero, más no la calidad del éste.

Concepto.

Según Alessandri (1976):

La herencia es un derecho real que comprende la totalidad de los derechos y obligaciones transmisibles de un difunto, o una parte o alícuota de ellos; se puede decir que es el patrimonio del difunto en manos de los herederos; por eso se dice que es un derecho universal y al igual que el patrimonio, forma un todo independiente de los elementos que lo componen; no está formado por las cosas mismas, sino que es un todo abstracto, independiente de sus componentes. (p. 152).

Según el concepto de Valencia (1974): “Es el contrato por el cual un heredero se obliga a enajenar, a cambio de una suma de dinero, la universalidad de los derechos patrimoniales que resulten para él de la apertura de la cesión”. (p. 156).

Desarrollo.

La cesión del derecho de herencia o legado solo puede operarse cuando ya se encuentre abierta la sucesión, puesto que los pactos sobre sucesión futura siempre van a adolecer de objeto ilícito y por consiguiente serán nulos.

La cesión de derecho de herencia comprende tanto a los derechos reales como a los derechos personales que se puedan encontrar en el patrimonio del causante. (YUPANGUI, 1999).

Nuestro Código Civil (2017), manifiesta:

Art. 1850.- El que cede a título oneroso un derecho de herencia o legado, sin especificar los efectos de que se compone, no se hace responsable sino de su calidad de heredero o de legatario.

Art. 1851.- Si el heredero se hubiere aprovechado de los frutos, o percibido créditos, o vendido efectos hereditarios, estará obligado a reembolsar su valor al cesionario.

El cesionario por su parte estará obligado a indemnizar al cedente los costos necesarios o prudenciales que éste haya hecho en razón de la herencia.

Cediéndose una cuota hereditaria, se entiende cederse al mismo tiempo las cuotas hereditarias que por el derecho de acrecer sobrevenga a ella, salvo que se haya estipulado otra cosa.

Se aplicarán las mismas reglas al legatario.

El Art. 1850, se refiere a la responsabilidad del cedente de un derecho de herencia o legado, dejando en claro que, si se da la cesión a título oneroso sin especificar los efectos, quién cedió solo será responsable de su calidad de heredero o legatario; además también nos permite entrever que la cesión del derecho de herencia puede hacerse también a título gratuito; y, puede ceder tanto el heredero abintestato como el testamentario. El Art.1851 en su inciso primero y segundo, hace referencia a los efectos que produce la cesión del derecho de herencia; y, referente a su inciso tercero, se puede entender que el derecho de herencia que tiene una persona en la sucesión en los bienes de otra, puede cederse de dos formas diferentes, una de ellas es que se ceda específicamente las cosas u objetos a que la cesión se refiere y sobre los cuales han de hacerse efectivos los derechos que se ceden; y, la otra forma es que se ceda sin atención a las cosas determinadas de que se compone la masa hereditaria.

3.2.3. Cesión de Derechos Litigiosos.

En este análisis de la cesión de derechos litigiosos, es necesario hacer una diferenciación entre las cosas litigiosas y los derechos litigiosos:

No se debe confundir entre cosas litigiosas y derechos litigiosos, las cosas litigiosas son aquellas especies sobre cuya propiedad se litiga en razón de que en su enajenación existió objeto ilícito, la venta de una cosas litigiosa es nula, excepto cuando se efectúa dicha venta con orden judicial; en cambio los derechos litigiosos son aquellas facultades que se debaten en procesos judiciales por tratarse de objetos de controversia entre dos o más personas, además la venta de los derechos litigiosos es válida.

Un derecho litigioso para ser considerado como tal, debe reunir las siguientes condiciones: 1. Que se litigue sobre la existencia o la inexistencia del derecho; y, 2. Que haya sido judicialmente notificada la demanda. (CEVALLOS R. , 2013).

Según el Art. 1852 del Código Civil (2017), un derecho litigioso se cede cuando el objeto directo de la cesión es el evento incierto de la Litis, del cual no se hace responsable el cedente.

Los efectos de la cesión de derechos litigiosos entre cedente y cesionario son: a) el cedente se desprende de los derechos que le pertenecían como actor dentro del juicio y por consiguiente el cesionario adquiere aquellos derechos; b) el cedente no debe al cesionario garantía alguna por la suerte o azar del juicio, es decir que el cesionario, por expresarlo de alguna manera, ha adquirido un derecho dudoso y ha aceptado las contingencias litigiosas.

El efecto de la cesión de derechos litigiosos entre deudor y demandado es: El derecho de retracto; por consiguiente, es de trascendental importancia que dentro de la cesión de derechos litigiosos, se trate sobre este derecho de retracto, mismo que se encuentra tipificado en el Art. 1853 de nuestro Código Civil (2017), que dispone lo siguiente:

Art. 1853.- [Derecho de retracto].- El deudor no estará obligado a pagar al cesionario sino el valor de lo que éste haya dado por el derecho cedido, con los intereses desde la fecha en que se haya notificado la cesión al deudor.

Se exceptúan de la disposición de este artículo las cesiones enteramente gratuitas, las que se hagan por el ministerio de la justicia, y las que van comprendidas en la enajenación de una cosa de que el derecho litigioso forma una parte o accesión.

Exceptuándose asimismo las cesiones hechas:

1. A un coheredero o copropietario por un coheredero o copropietario de un derecho que es común a los dos.
2. A un acreedor, en pago de lo que le debe al cedente; y.
3. Al que goza de un inmueble, como poseedor de buena fe, usufructuario o arrendatario, cuando el derecho cedido es necesario para el goce tranquilo y seguro del inmueble.

Es así, que el derecho de retracto o también llamado derecho de rescate, es aquella facultad que tiene el demandado de liberarse de la prestación a que ha sido condenado a consecuencia del litigio, procediendo a pagar al cesionario lo que éste pagó al cedente por la cesión, evidentemente teniendo la obligación de también pagar los intereses de esa suma desde que la cesión le fue notificada y sin que importe que la cesión se haya hecho a título de venta o de permuta y que sea el cedente o el cesionario el que persigue el derecho. Sin embargo el deudor no puede oponer al cesionario este beneficio que la ley le concede, después de transcurridos nueve días desde la notificación respectiva del decreto en que se manda ejecutar la sentencia. (CEVALLOS R. , 2013).

3.3. DIFERENCIAS ENTRE SUBROGACIÓN Y CESIÓN DE DERECHOS.

- La subrogación no siempre es solemne pero la cesión de derechos siempre lo es
- En la subrogación media forzosamente un pago, en cambio la cesión de derechos puede ser gratuita y por consiguiente no siempre exige un pago pero.
- La subrogación puede aplicarse incluso en contra de la voluntad del acreedor, por otra parte, la cesión de derechos implica un acuerdo de voluntades entre acreedor y cesionario.

- En la subrogación, el subrogante puede obtener solo el monto del pago que efectuó, en cambio en la cesión de derechos, el cesionario puede cobrar el total de la deuda aunque el mismo haya pagado una cantidad inferior por ella.

Además la cesión de derechos se diferencia principalmente del pago con subrogación, en virtud de que, la primera es un contrato, mientras que la segunda es un modo de extinguir las obligaciones.

CAPÍTULO IV
CASO PRÁCTICO.

**4.1. ANÁLISIS JURÍDICO Y COMPARATIVO DE UN CASO PRÁCTICO DE
SUBROGACIÓN LEGAL.**

REPÚBLICA DEL ECUADOR
FUNCIÓN JUDICIAL DEL AZUAY
JUZGADO SEGUNDO DE LO CIVIL
CUENCA

EXPEDIENTE No. 564-03

NATURALEZA: VERBAL SUMARIO.

MATERIA: DINERO.

CUANTÍA: \$14.000,00

FECHA DE INICIO: 01 de diciembre de 2003.

JUEZ PONENTE: DR. JORGE H. MENDEZ CALLE.

ACTOR: Idrovo Mogrovejo Marcelo Eduardo.

ABOGADO DEL ACTOR: Isaac Abad.

DEMANDADO: Ordoñez Talbot Jaime Rodrigo y Cordero Pérez Sonia Patricia.

ABOGADO DEL DEMANDADO: Wilson Palomeque.

4.1.1. RELACIÓN PORMENORIZADA DE LOS HECHOS.

La parte actora, señor MARCELO EDUARDO IDROVO MOGROVEJO, se hace aval (deudor solidario) de los cónyuges RODRIGO ORDOÑEZ TALBOT y SONIA PATRICIA CORDERO PEREZ, según como consta en un pagaré a la orden que firman tanto los deudores principales como el garante, en favor del Banco del Austro, por la cantidad de OCHO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y OCHO DÓLARES CON SESENTA Y SEIS CENTAVOS de los Estados Unidos de América, a 90 días vista; dicha cantidad de dinero que fue destinada a una actividad comercial de los cónyuges.

Además el garante señor MARCELO EDUARDO IDROVO MOGROVEJO, hipoteca un terreno de su propiedad en favor del Banco del Austro, misma que se celebra a través de Escritura Pública de Hipoteca Abierta y Prohibición otorgada por: MARCELO EDUARDO IDROVO MOGROVEJO a favor del Banco del Austro, en fecha diez de julio del año 2000 ante el Doctor Francisco Carrasco Vintimilla, quién era Notario público Quinto del cantón Cuenca.

Una vez fenecido el plazo para el pago de la deuda y en virtud de que los deudores principales no proceden a cancelarle al Banco del Austro, el señor MARCELO EDUARDO IDROVO MOGROVEJO, cancela la deuda en calidad de garante de la misma. Por esta razón el Sr. Idrovo, procede a solicitarles en varias oportunidades a los cónyuges señores RODRIGO ORDOÑEZ TALBOT y SONIA PATRICIA CORDERO PEREZ, que por favor le paguen los valores que le corresponden, ya que él les ha dado cancelando una deuda que no le pertenece y que no se ha beneficiado de la misma.

En fecha 26 de junio del año 2001, ante el Doctor Francisco Carrasco Vintimilla, Notario Quinto de la ciudad de Cuenca, se celebra la Escritura Pública de Cancelación de Hipoteca y Prohibición.

En fecha 10 de septiembre de 2003, el señor Fernando Burbano Toral, Gerente de Matriz y Regional Austro del Banco del Austro, emite un certificado en favor del señor MARCELO EDUARDO IDROVO MOGROVEJO, el mismo que indica, que ha cancelado en calidad de garante la deuda por el valor de OCHO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y OCHO 66/100 dólares; y, también de NOVEESCIENTOS dólares, señalando además que los deudores principales del Banco son los señores RODRIGO ORDOÑEZ TALBOT y SONIA PATRICIA CORDERO PEREZ, con cédulas de identidad No. 0101497147 y 0102071115, respectivamente.

En razón de que los deudores principales no le cancelan lo que le corresponde al garante señor MARCELO EDUARDO IDROVO MOGROVEJO, el mismo procede a demandarles en fecha 1 de diciembre del año 2003.

4.1.2. DESARROLLO DE LA DEMANDA.

El señor MARCELO EDUARDO IDROVO MOGROVEJO, quién es actor dentro del proceso, plantea su demanda de la siguiente manera:

Del documento que acompaño a la presente y que fuera aceptado por los señores JAIME RODRIGO ORDOÑEZ TALBOT y SONIA PATRICIA CORDERO PEREZ, aparece que me he constituido en deudor solidario para con el Banco del Austro, por la suma de OCHO MIL DÓLARES, cuyo plazo se halla vencido; en virtud del vencimiento de la obligación antedicha, he pagado al acreedor, Banco del Austro, la totalidad de la deuda solidaria, conforme aparece de los documentos que aparejo a la demanda; en virtud de dicho pago me he subrogado en los derechos del acreedor, de acuerdo con lo que prescribe en el numeral tercero del Artículo 1653 del Código Civil >hoy **Art. 1626**<.

Los codeudores solidarios, esto es, los demandados no me han pagado los valores que me corresponden en su totalidad, a pesar de las muchas y repetidas veces en que en forma amistosa lo he solicitado.

4.1.2.1 PRETENSIÓN, CUANTÍA DE LA DEMANDA Y CITACIÓN DE LOS DEMANDADOS.

La pretensión de la demanda fue la siguiente: Con los antecedentes expuestos y amparado en la mencionada disposición legal, en concordancia con el Art. 1655 del Código Civil >hoy **Art. 1628**<, concurro ante Usted y demando a los esposos JAIME RODRIGO ORDOÑEZ TALBOT y SONIA PATRICIA CORDERO PEREZ, lo siguiente: el pago del valor del documento principal que acompaño, esto es la suma de ocho mil dólares, más los intereses vencidos que fueron cancelados por mi persona a su debido tiempo y los que llegaren a devengarse hasta su total cancelación; el pago de un sobregiro para levantar la hipoteca de un terreno con el que garanticé a los deudores, las costas procesales y los honorarios de mi abogado defensor.

La cuantía de la demanda fue de CATORCE MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, puesto que incluía el valor de la deuda contenida en el pagaré que adjuntó el actor a la demanda, los intereses correspondientes, el pago de un sobregiro para poder realizar la cancelación de la hipoteca, las costas procesales; y, los honorarios de su abogado defensor.

El lugar de citación de los demandados fue en su domicilio ubicado en el sector La Playa Chaullabamba, perteneciente a la parroquia de Nulti, así que se realizó la comisión respectiva al Teniente Político de dicha parroquia.

4.1.2.2. PROGRESO DEL PROCESO.

En fecha 01 de diciembre de 2003, avoca conocimiento de la causa, el señor Juez Segundo de lo Civil Doctor Jorge Méndez Calle; y califica de clara y completa la demanda presentada por la parte actora.

Se libra despacho para el Teniente Político de la parroquia Nulti, por parte del Juzgado Segundo de lo Civil de Cuenca, en fecha 3 de diciembre de 2003.

En fechas 11, 12 y 13 de diciembre de 2003, el teniente político deja la correspondiente citación a la señora Hortencia de Cordero, quién era madre de la demandada señora Sonia Patricia Cordero Pérez; siendo así que se cumple con la entrega de la última boleta y por consiguiente con la citación y en fecha 13 de diciembre se sienta la razón correspondiente.

En fecha 17 de diciembre de 2003, se dan por legalmente notificados con la demanda, los cónyuges señores JAIME RODRIGO ORDOÑEZ TALBOT y SONIA PATRICIA CORDERO PEREZ, señalando casilla judicial y autorizando a su abogado el Doctor Wilson Palomeque Flores; además indican los demandados que dejan sentada su indignación frente a las pretensiones del actor, quién ha sido beneficiario del crédito que demanda, con la intención de doblemente beneficiarse en forma dolosa y temeraria de dineros que no le deben y que probarán en el respectivo término de prueba.

En fecha 14 de enero de 2004, el actor señor MARCELO EDUARDO IDROVO MOGROVEJO, solicita al señor Juez, que se digne en señalar día y hora para que se lleve a cabo la Audiencia de Conciliación.

4.1.2.3. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN (CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA).

Se lleva a cabo la Audiencia de Conciliación en fecha 20 de enero de 2004, a las 08H33, ante el señor Juez Segundo de lo Civil de Cuenca Doctor Jorge Méndez Calle, comparece el Dr. Victor Mosquera León con el respectivo poder otorgado por su defendido el actor Marcelo Eduardo Idrovo Mogrovejo, comparece también con el respectivo poder, el Dr. Wilson Palomeque Flores, quién es abogado de los demandados señores Jaime Rodrigo Ordoñez Talbot Y Sonia Patricia Cordero Pérez; a las 08h36 minutos empieza la diligencia.

El Dr. Wilson Palomeque en representación de sus defendidos, da contestación a la demanda, indicando lo siguiente: Nuestros nombres y apellidos son Jaime Rodrigo Ordoñez Talbot y Sonia Patricia Cordero Pérez, casados entre sí, de 44 y 40 años de edad respectivamente, el primero Abogado y la segunda Profesora; dando contestación a la demanda manifestamos: Si bien el pagaré a la orden, los ahora demandados aparecemos como deudores y el actor como garante, la realidad es diferente; se hizo constar de esta manera porque nosotros teníamos la posibilidad del crédito, pero el dinero en realidad fue pedido para el señor Marcelo Idrovo, fue él quien utilizó ese dinero y como es lógico quién ha pagado el dinero; parte de este dinero fue invertido en la compra de acciones de una mina, inversión que no tuvo éxito y que posiblemente por esta razón el señor Idrovo pretende recuperar su dinero demandándonos a nosotros, por otra parte, aún en el supuesto no consentido de que le deberíamos alguna cantidad, sucede que el actor adeuda al primer compareciente aproximadamente quince mil dólares, por concepto de la defensa como profesional del derecho, en algunas causas en las que patrocinó al ahora actor, por los accidentes sufridos, así como el dinero que le prestó para el pago del arreglo de los vehículos que se colisionaron con el suyo; mil quinientos dólares que el señor Idrovo le

debía a su hermano Patricio Idrovo, quién pagó los honorarios por patrocinio profesional al Dr. Ordoñez con este crédito, de modo que el Dr. Ordoñez se subrogó en este crédito; en conclusión habría que pasar cuentas para determinar quién debe a quién; concretamente proponemos para el trámite una en subsidio de otra las siguientes excepciones: a) Falta de derecho del actor al demandar algo que no le adeudamos; b) En el supuesto no consentido de que algo le hubiéramos adeudado, la obligación se ha extinguido por compensación, por las razones expuestas anteriormente; c) Prescripción de la acción de amparo de lo que dispone el Art. 479 del Código de Comercio, si se considera la fecha de vencimiento del pagaré y la fecha en la que nos cita con esta demanda, son más de tres años; d) Falta de obligación, pues el actor ha pagado una obligación que no estaba legalmente constituida como tal, pues el supuesto pagaré no cumple los requisitos de ley; e) Plus petición, pues en el no consentido caso de que se hubiese subrogado en algún derecho, sería únicamente en el monto del pagaré y no en intereses ni en otros rubros, pues en el documento que presenta y sirve de base a la demanda no se ha estipulado intereses ni otras obligaciones. Estas excepciones, servirá tramitarlas una en subsidio de otra, y al aceptarlas pido se declare sin lugar la demanda, y se conceda al actor el pago de las costas procesales y honorarios profesionales del Dr. Ordoñez y de quién le patrocina.

El señor Juez califica de clara y completa la contestación a la demanda y manda a tener presente las excepciones que las deduce una en subsidio de otras y con las que se declara trabada la Litis.

Se concede la palabra al Dr. Víctor Mosquera León, quién a nombre del actor manifiesta: Que me ratifico en los fundamentos de hecho y de derecho contenidos en la presente demanda, los mismos que serán probados a su debido tiempo; solicito el término de veinte y cuatro horas para ratificar mi intervención.

Finalmente, el Juez les concede a los doctores Víctor Mosquera y Wilson Palomeque los términos requeridos para que legitimen en sus intervenciones; además se recibe la causa a prueba por el término de seis días, con el cuál quedan notificadas las partes.

4.1.2.4. IMPULSO PROCESAL.

En fecha 21 de enero de 2004, el actor Marcelo Idrovo, aprueba y ratifica las gestiones realizadas a su nombre por el Dr. Víctor Mosquera; y, en fecha 22 de enero de 2004, los demandados Jaime Ordoñez y Sonia Cordero ratifican y dan por bien hechas las gestiones que nombre de ellos realizó su abogado defensor el Dr. Wilson Palomeque.

En fecha 22 de enero de 2004, el actor señor Marcelo Idrovo, manifiesta que: Decurriendo el término prueba y con notificación contraria, solicito que se reproduzca a mi favor todo lo que de autos me fuere favorable y por impugnado lo adverso; 1) Reproduzco en especial el Pagaré a la Orden por el valor de Ocho Mil Dólares americanos; 2) La certificación conferida por el Banco del Austro del estado de cuenta del señor Idrovo Mogrovejo Marcelo Eduardo, en el que consta la Nota de Débito de Novecientos Dólares americanos efectuado el 14 de Junio de 2001 y la Nota de Débito de Ocho Mil Doscientos Sesenta y Ocho dólares con sesenta y seis centavos, efectuado el 15 de Junio de 2001 por concepto de pago de la deuda de quiénes fui garante así como los respectivos intereses; 3) El certificado conferido por el Gerente de Matriz y Regional Austro del Banco del Austro S.A. señor Fernando Burbano Toral, con fecha 10 de septiembre de 2003, que aprueba los valores cancelados por mi persona a favor de la deuda que mantenía con la mencionada institución financiera los deudores Jaime Rodrigo Ordoñez Talbot y su señora esposa Sonia Patricia Cordero Pérez; 4) Solicito además, que mediante oficio

ordene al señor Gerente de Matriz y Regional Austro del Banco del Austro S.A, que envíe a su Autoridad sendos informes que certifiquen las razones de los débitos efectuados de la cuenta Corriente No. 0800106249, perteneciente al señor Marcelo Eduardo Idrovo Mogrovejo, con cédula de identidad No. 0100256759, realizados el 14 de junio de 2001 y el 15 de junio del mismo año; y, que se conceda por escrito igualmente el valor que tuvo que pagar por concepto de cancelación de hipoteca del terreno que se me exigió como garantía para la concesión del préstamo a los hoy demandados.

En fecha 27 de enero de 2004, la parte demandada señores Jaime Ordoñez y Sonia Cordero, indican que por estar la causa a prueba, previa notificación contraria y más formalidades de ley, piden que se practiquen las siguientes diligencias: 1) Que se reproduzca de autos todo cuanto me sea favorable en especial la contestación dada a la demanda por nuestra parte e impugno lo adverso; 2) Reproduzco a mi favor los documentos que ha presentado a la demanda la parte actora, en donde consta que en ningún momento ha sido requerido al pago por parte del Banco del Austro, ni se le ha subrogado legalmente en los derechos que la Institución Bancaria supuestamente tenía en nuestra contra; 3) Se disponga que el señor secretario del despacho sienta razón del tiempo transcurrido entre el vencimiento de la cambial y la fecha en la que se cita con la demanda, para determinar que toda acción en nuestra contra derivada del pagaré ha prescrito, conforme dispone el Art. 479 del Código de Comercio. Lo favorable de esto se tendrá como prueba de nuestra parte; 4) Reproduzco el pagaré a la orden y documentos que acompaña el actor en la parte pertinente, relacionado a las estipulación de intereses; no se ha pactado intereses ni mucho menos desde cuando corren, por eso en el peor de los casos existe plus petición por parte del actor.

El Juzgado Segundo de lo Civil, sienta razón y notifica a las partes en fecha 28 de enero de 2004, que desde la fecha de vencimiento que consta en el pagaré hasta la última citación practicada, han transcurrido tres años y un mes y dieciocho días.

En fecha 29 de enero de 2004, el actor Marcelo Idrovo, solicita que en virtud de estar transcurriendo el término prueba, se practiquen las siguientes diligencias: 1) Se oficie al señor Gerente de Matriz Regional y Austro del Banco del Austro S.S que envíe a su Autoridad un informe que determine las fechas de las notificaciones que se hicieron para que paguen los deudores, previo a la cancelación realizada por el señor Marcelo Idrovo como garante de la deuda que mantenían los demandados con la Institución Bancaria; así mismo que indique mediante informe si el garante fue requerido para la cancelación de esta deuda; 2) Arguyo a mi favor como prueba la escritura de promesa de venta que tuve que otorgar a favor del señor Targelio Resurrección León Calle del inmueble que servía como garantía hipotecaria del préstamo concedido a los demandados. Esto lo hice en razón del apremio que el banco ejercía sobre mi persona a falta de cancelación de los deudores y en calidad de garante solidario.

El Banco del Austro en fecha 12 de marzo de 2004, a través de su Gerente de Matriz señor Fernando Burbano, se pronuncia y da contestación al oficio No. 0023-3004JSCC enviado por el Juzgado Segundo de lo Civil de Cuenca, indicando de que, es difícil determinar las fechas en que fueron requeridos los deudores para que cancelen la obligación mantenida en dicha institución, puesto que el Banco del Austro realiza requerimientos todos los días a sus clientes para que se acerquen a cancelar sus obligaciones vencidas.

En la misma fecha el Banco del Austro también da contestación a otro oficio No. 0018-2004JSCC, en donde indica que, como consta en los microfilmes que se adjuntan, consta un débito por \$900,00 dólares realizado el 13 de junio de 2001 de la cuenta corriente No. 0800106249 del señor Marcelo Eduardo Idrovo Mogrovejo, a favor de la cuenta del señor Jaime Ordoñez a pedido de su titular; y, un débito de la misma cuenta por \$8268,66 dólares efectuado el 15 de junio de 2001, para aplicar al crédito PHBA 4428 del señor Jaime Rodrigo Ordoñez Talbot.

4.1.3. ARGUMENTOS JURÍDICOS EN LOS QUE SE FUNDAMENTA LA PARTE ACTORA Y ANÁLISIS RESPECTIVO.

Lo que la parte actora argumenta, es que ha operado una subrogación legal, prevista en el Código Civil, en la que no es necesaria la aceptación del deudor, puesto que se trata del caso del que paga una deuda a que se halla obligado solidaria o subsidiariamente, mismo que se encuentra expresado en el numeral 3 del Art. 1653 >hoy **Art. 1626**<; en este proceso judicial, el actor señor Marcelo Eduardo Idrovo Mogrovejo justifica que fue garante de los señores demandados y que además es él quien ha pagado la deuda en su totalidad, más los valores de intereses y del levantamiento de la hipoteca abierta de un terreno del que era él mismo el propietario. Como se ha analizado a lo largo de este trabajo de investigación, al haber operado la subrogación legal, el nuevo acreedor, adquiere todos los derechos, garantías y privilegios del acreedor primitivo; es así que es justo y legal que el actor de la demanda, reclame que se le paguen todos aquellos valores que él canceló al acreedor Banco del Austro, además que el actor permitió de esta manera que se desvinculen los deudores principales del acreedor Banco del Austro que les perseguía por la razón de que el plazo para el cumplimiento de la obligación ya se

encontraba vencido, y al haber pagado el garante, inmediatamente, éste adquiere el derecho de reclamar al deudor por todo lo pagado, es así que la parte actora también se fundamenta jurídicamente en el Art. 1655 del Código Civil >hoy **Art. 1628**>, en el que están expresados los efectos de la subrogación.

4.1.4. ARGUMENTOS JURÍDICOS DEL DEMANDADO Y ANÁLISIS RESPECTIVO.

Los demandados por su parte, niegan que le deban valor alguno al actor, argumentando que en realidad ellos solicitaron el crédito y constan en el mismo como deudores principales, en razón de que querían hacerle un favor al actor porque tenían la capacidad patrimonial para que les otorguen el crédito el Banco del Austro, y que en realidad, quién se benefició del dinero y utilizó el mismo, fue el garante, hoy actor dentro del proceso judicial; además se fundamentan de que en el supuesto caso de que le debieran algo al actor, aquella obligación ya se encontraría extinguida, ya que según como dispone el Art. 479 del Código de Comercio, al haber pasado más de tres años desde la fecha del vencimiento del pagaré hasta la fecha de la citación de la demanda, la acción ha prescrito.

Como otros argumentos, indican los demandados de que el actor le debe al primer demandado señor abogado Jaime Ordoñez por supuestos honorarios profesionales, sin embargo al no tener relación directa con lo sustancial del proceso, no sería un argumento válido, por la razón de que ese tema debería tratarse en otro proceso, en donde el primer demandado, debería plantear su demanda y constar como actor.

Argumentan también los demandados, que en el supuesto caso que haya operado una subrogación legal, ellos deberían pagar solamente el monto que consta en el pagaré, sin embargo se debe aclarar de que el garante y también actor, hipotecó un bien inmueble de

su propiedad y al momento de realizar la cancelación de dicha hipoteca abierta, tuvo que obligatoriamente correr con gastos necesarios; y además es obligatorio tener en consideración de que el bien inmueble fue también garantía real en el crédito que se obtuvo del Banco del Austro, y por lo tanto fue accesorio de la obligación principal; los demandados dicen que tampoco tendrían la obligación de pagar intereses pero al haber sido deudores principales y al no haber pagado al Banco del Austro los intereses legales respectivos, fue el garante quién cubrió dichos rubros y por consiguiente tiene el derecho de que los deudores le restituyan también aquellos valores.

4.1.5. RESOLUCIÓN DEL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA.

Juez Segundo de lo Civil: Dr. Jorge H. Méndez Calle.

Proceso No. 564-03

Fecha: 31 de marzo de 2004.

- **PARTE EXPOSITIVA.**

El Juez Segundo de lo Civil, en su parte expositiva, se manifiesta respecto al hecho que motivó al actor plantear su demanda, en donde señala también que dicha demanda ha sido aceptada a trámite y estando para resolver previo a ello considera lo siguiente:

Que la causa se ha tramitado conforme a las normas legales pertinentes y por lo tanto declara la validez de la misma; también indica de que la citación fue realizada oportunamente y que los demandados se dan por notificados, posterior a esto convoca a Audiencia de Conciliación y tanto el actor como los demandados comparecen y actúan

en la misma por medio de sus abogados defensores, quiénes tienen los poderes respectivos otorgados a su favor por cada uno de sus clientes; y, en Audiencia de Conciliación la parte demandada da contestación a la demanda y deduce excepciones, a su vez el actor por su parte se ratifica en su pretensión.

Así mismo, el señor Juez también expresa que dentro del término prueba comparece la parte actora y solicita lo que de autos sea favorable, impugna lo desfavorable, reproduce el pagaré, los certificados conferidos por el Banco del Austro, solicita que se oficie al Gerente del Banco del Austro para que certifique en qué fecha realizaron las notificaciones para que paguen los deudores previo a la cancelación efectuada por el señor Marcelo Idrovo.

Por otra parte, señala que los demandados dentro del término prueba solicitan lo que de autos le sea favorable, la contestación dada a la demanda e impugnan lo adverso; reproducen la documentación presentada por el actor, que el actuario siente razón entre el vencimiento de la cambial y la fecha que se cita con la demanda; reproduce el pagaré a la orden y el documento que acompaña el actor en la parte pertinente, relacionado a la estipulación de intereses.

El señor Juez también hace referencia a que la parte actora, en su líbello de la demanda, expresa que del pagaré que acompaña, aparece que se ha constituido en deudor solidario para con el Banco del Austro, por la suma de ocho mil dólares, cuyo plazo se encuentra vencido y que por lo tanto procedió a pagar al Banco la totalidad de la deuda y que por consiguiente se ha subrogado en los derechos del acreedor y que por lo tanto exige que la parte demandada le pague dicho valor, a más de los intereses vencidos que fueron cancelados a su debido tiempo y los que llegaren a devengarse hasta su total cancelación, incluyendo también el pago de las costas procesales y los honorarios de su abogado defensor; respecto a la parte demandada, el señor Juez expresa, que los demandados en

Audiencia de Conciliación al dar contestación deducen excepciones, mismas que se encuentran enumeradas y detalladas anteriormente en este trabajo de investigación.

- **PARTE MOTIVA.**

El señor Juez en su parte motiva señala, que analizando la prueba, que lo que alegan las partes se debe probar, es así que con la documentación que ha adjuntado la parte actora conjuntamente con su demanda, ésta ha logrado probar su pretensión; respecto a la parte demandada y específicamente a las excepciones deducidas por ésta, el señor Juez indica que los demandados se han limitado a reproducir lo que en autos les favorece, a impugnar el pagaré y solicitar que el actuario sienta razón del tiempo transcurrido desde la fecha de vencimiento del pagaré y la de la citación, de la cual se desprende que han transcurrido tres años y cuarenta y ocho días, y que por lo tanto ha prescrito la acción; además señala el señor Juez, que los demandados no han probado ninguna excepción y que en Audiencia de Conciliación, la parte demanda habla sobre compensaciones, algo que nada tiene que ver con la presente causa.

Motiva también su resolución que en cuanto a la prescripción que alega la parte demandada, no tiene efecto de conformidad con el Art. 2439 >hoy **Art. 2415**< del Código Civil, es así que se demuestra una vez más que los demandados no prueban ninguna de las excepciones deducidas por los mismos. Sin embargo en cuanto a la parte actora, el señor Juez manifiesta que en base a la documentación antes mencionada, prueba plenamente su pretensión.

- **PARTE RESOLUTIVA.**

El señor Juez Dr. Jorge Méndez, en su parte resolutive manifiesta que, acepta la demanda y dispone que en forma inmediata, JAIME RODRIGO ORDOÑEZ TALBOR y SONIA PATRICIA CORDERO PEREZ en calidad que han sido demandados, paguen a MARCELO EDUARDO IDROVO MOGROVEJO, la suma de ocho mil doscientos sesenta y ocho dólares con sesenta y seis centavos por concepto de los valores cancelados al Banco del Austro S.A., más el interés legal desde el dieciséis de Junio del año dos mil uno hasta su total cancelación; con costas se fijan como honorarios para la defensa del actor en la suma de trescientos dólares.

4.1.6. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA SENTENCIA.

El Juez en su sentencia debía haber explicado qué implica un pago con subrogación legal y haber tratado sobre el caso específico en el que se sustenta la parte actora para proponer su demanda; sin embargo, sí se da una correcta aplicación e interpretación de la ley, respecto a que la Autoridad al verificar que la parte actora señor Marcelo Eduardo Idrovo Mogrovejo, ha logrado probar su pretensión, con documentación adjuntada al líbello de la demanda e incluso con documentación solicitada oportunamente en el término prueba, es decir, a través del pagaré pudo demostrar que efectivamente fue garante de aquella deuda y que los deudores principales fueron los cónyuges y demandados señores Jaime Rodrigo Ordoñez Talbot y Sonia Patricia Cordero Pérez; y, que dicha obligación se encuentra vencida. Las contestaciones emitidas por la entidad financiera Banco del Austro S.A. conforme a los oficios enviados por el juzgado, en los que respecto al primer oficio, contesta de que al tener que realizar el Banco del Austro requerimientos diariamente a todos sus clientes que se encuentran con sus obligaciones vencidas, no puede indicar con exactitud las fechas en que fueron requeridos los deudores, consecuentemente da a entender de que como ya venció el plazo de la obligación contenida en el pagaré, evidentemente la entidad financiera requirió en varias ocasiones a los deudores para el pago y que en virtud de que éstos no cancelaron, tuvieron que requerir el pago al garante; respecto al segundo oficio, la entidad indica que el señor Idrovo, efectivamente pagó las cantidades de 900,00 dólares y de 8.268,66 dólares a dicha entidad, señalando que se realizaron los correspondientes débitos de la cuenta corriente del señor Idrovo.

Con todo lo señalado, es fácil entender de que ha operado la subrogación legal, conforme al numeral 3 del Art. 1626 del Código Civil de nuestra legislación vigente, siendo necesario señalar que en cuanto a lo que dispone este cuerpo normativo respecto a la

subrogación, ha cambiado el orden del articulado mas no su contenido, es decir que en relación a la subrogación no se ha realizado ninguna derogación ni reforma alguna en la actualidad; una vez aclarado esto, es por esa razón que en la demanda consta que se ampara el actor en el Art. 1653 num. 3, debiendo señalar que dicho proceso es del año 2003 y que ahora en el año 2019 dicho artículo vigente es como se ha indicado en líneas anteriores, el Art. 1526 con igual numeral, mismo que dispone:

Art. 1626.- Se efectúa la subrogación por el ministerio de la ley, y aún en contra de la voluntad del acreedor, en todos los casos señalados por las leyes, y especialmente a beneficio:

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

En cuanto a la parte demandada, el Juez al no da con lugar las excepciones deducidas por los demandados; actúa y resuelve correctamente, ya que la intención de los cónyuges, era de generar confusión en el criterio e interpretación de la Autoridad, actuando con deslealtad procesal, al buscar entorpecer o enredar el desarrollo del litigio y buscando que no se aplique correctamente la ley, que no se actúe con justicia y por lo tanto violentar los derechos del actor, generándole un perjuicio a éste y librándose los demandados de la obligación que tienen para con el actor, puesto que ha operado la subrogación por ministerio de la Ley; tanto es así la mala fe de la parte demandada que argumentan que ha prescrito la acción, no obstante, el señor Juez actúa con conocimiento y apegado a Derecho al decir que no se ha producido prescripción alguna conforme al Art. 2439 del Código Civil que actualmente el Artículo vigente es el 2415, mismo que dispone:

Art. 2415.- [**Tiempo para la prescripción extintiva**].- Este tiempo es, en general, de cinco años para las acciones ejecutivas y de diez para las ordinarias.

Además el Juez en su parte motiva, es preciso al expresar que la parte demandada no prueba ninguna excepción, incluyendo por consiguiente, aquella en la que los demandados dicen que se ha dado una compensación en virtud de que el actor también les debe a ellos, sin embargo el Juez indica que aquello nada tiene que ver con la presente causa.

4.1.7. CRITERIO Y APOORTE PERSONAL REFERENTE AL CASO ANALIZADO.

En cuanto a lo sustancial nada ha cambiado, los artículos citados dentro del proceso judicial analizado, han cambiado de numeración pero no han sido ni derogados ni reformados.

Este caso judicial en particular demuestra que la subrogación legal es efectiva y que realmente opera por el ministerio de la Ley, en donde no es necesario el consentimiento del deudor, ratificando una vez más de que la subrogación genera seguridad jurídica al nuevo acreedor, permite desvincularse al deudor del acreedor primitivo y que este segundo lo deje de perseguir; además el acreedor primitivo logra satisfacer definitivamente la deuda que tiene a su favor, subrogándole en todos sus derechos, garantías y privilegios al nuevo acreedor. El pago con subrogación es eficiente y por lo tanto es seguro de emplearse, bien sea de manera convencional; o, bien sea por ministerio de la Ley según los casos de subrogación que establece y enumera la misma.

Para mejor comprensión en cuanto al análisis de este caso práctico, es necesario que se expliquen y desarrollen a continuación de manera breve los siguientes temas:

- **HIPOTECA ABIERTA.**

Nuestro Código Civil en su Art. 2309 dispone:

Art. 2309.- **[Definición].-** Hipoteca es un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor.

Es necesario empezar indicando que la hipoteca es un derecho real de garantía que versa sobre bienes inmuebles, el cual permite asegurar el cumplimiento de una obligación, el mismo que a pesar de encontrarse gravado, permanece en poder de su propietario que es el deudor; y, en caso de que el éste no cumpla con su obligación dentro del plazo acordado, el acreedor puede pedir el embargo del bien y su posterior remate, permitiéndose de esta manera cobrar su crédito y que la obligación quede satisfecha.

La hipoteca abierta es un derecho real que garantiza no solo el cumplimiento de una obligación presente sino también de obligaciones futuras que pueden llegar a nacer entre el deudor y el acreedor, y todas aquellas obligaciones serán aseguradas en cuanto a su cumplimiento, por una única institución de hipoteca. Se debe tener en cuenta que cuando se habla de obligaciones futuras, al aún no nacer estos créditos, se los denomina como indeterminados.

La hipoteca abierta es fácil de diferenciar de la hipoteca cerrada, ya que la segunda, asegura créditos determinados al momento de su constitución.

▪ **RESPONSABILIDAD SOLIDARIA**

Dentro de la responsabilidad solidaria, existe tanto la solidaridad activa como pasiva; sin embargo lo que nos interesa conocer con precisión, es la solidaridad pasiva, en este tipo de solidaridad, se da una responsabilidad entre varios codeudores; teniendo en consideración que el acreedor de la obligación puede requerir el pago y dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente o en contra de cualquiera de ellos, y en caso de que uno de los codeudores pague, libra a los demás respecto al acreedor. Si el acreedor

se dirige contra un codeudor solidario determinado, éste no puede oponer al acreedor el beneficio de división porque destruiría el efecto principal de la solidaridad.

En razón de la solidaridad pasiva, cada uno de los codeudores solidarios quedan obligados a pagar el total respecto al acreedor, sin que esto quiera decir que soporte la deuda de los otros codeudores, puesto que el codeudor reconvenido o demandado por el acreedor, al pagar el total de la deuda, no solo está pagando lo que él debe sino también lo que adeudan el resto de codeudores al acreedor, por lo tanto este codeudor reconvenido, según lo que establece la Ley, queda subrogado en la acción del acreedor con todos sus privilegios y seguridades.

▪ **COMPENSACIÓN.**

Según nuestro Código Civil en su Art. 1671, dispone el modo de efectuarse la compensación, expresando que cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas. El Art. 1672 ibídem dispone los requisitos y efectos de la compensación, manifestando que la compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguen recíprocamente en sus respectivos valores, desde que una y otra reúnen las calidades siguientes: 1. Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas, de igual género y calidad; 2. Que ambas deudas sean líquidas; y, 3. Que ambas sean actualmente exigibles.

La compensación tiene una gran utilidad práctica, ya que tiene la ventaja de ahorrar a las partes, inútiles desplazamientos y gastos, de prevenir procesos y de impedir que una de las partes sea víctima de la insolvencia de la otra.

Existen 3 formas de compensación legal según Morales (1995):

1. La compensación legal, es la que opera de pleno derecho en virtud de la ley cuando las deudas reúnen las condiciones necesarias a este efecto.
2. La compensación judicial o reconvenzional, es la que opera con el concurso del Juez cuando el crédito demandado no reúne las condiciones requeridas para la compensación legal.
3. La compensación voluntaria o facultativa, depende de la parte interesada en hacer que haya la compensación.

▪ **PRESCRIPCIÓN RESPECTO AL ART. 2415 DEL CÓDIGO CIVIL**

El Art.1415 contenido en el Parágrafo 3° del Título XL del Libro IV de nuestro Código Civil (2017), dispone:

Art. 2415.- [**Tiempo para la prescripción extintiva**].- Este tiempo es, en general, de cinco años para las acciones ejecutivas y de diez para las ordinarias.

La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco años; y convertida en ordinaria, durará solamente otros cinco.

Este tipo de prescripción, es un medio de extinguir las acciones judiciales.

- **DESLEALTAD PROCESAL.**

Para entender lo que implica actuar con deslealtad procesal, es necesario entender lo que significa la lealtad procesal, y al respecto el Código Orgánico de la Función Judicial (2009) en su Art. 26 dispone:

Art. 26.- PRINCIPIO DE BUENA FE Y LEALTAD.- En los procesos judiciales las juezas y jueces exigirán a las partes y a sus abogadas y abogados que observen una conducta de respeto recíproco e intervención ética, teniendo el deber de actuar con buena fe y lealtad. Se sancionará especialmente la prueba deformada, todo modo de abuso del derecho, el empleo de artimañas y procedimientos de mala fe para retardar indebidamente el progreso de la Litis. La parte procesal y su defensora o defensor que indujeren a engaño al juzgador serán sancionados de conformidad con la ley.

Es fundamental entender que en un proceso judicial no debe existir deslealtad procesal, esto quiere decir, las partes no deben emplear astucias, ni utilizar al derecho para dilatar intencionalmente y sin razón el progreso de un litigio; la lealtad es un principio que dispone el actuar ético y profesional de las partes.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

El desarrollo de este trabajo de investigación ha permitido entender el alcance del pago con subrogación, sus ventajas y limitaciones en la práctica pero principalmente ha permitido desarrollar los argumentos por los cuales tanto la subrogación convencional como la legal generan una seguridad jurídica absoluta. Nuestro Código Civil al disponer sobre la subrogación, es muy claro y especialmente al indicar los casos de subrogación legal, en donde por el simple ministerio de la ley, opera la misma, dejando claro que no es necesario el consentimiento del deudor; se debe siempre tener presente que la subrogación interviene a consecuencia y con ocasión de un pago.

Este trabajo de investigación genera claras diferencias entre la subrogación y la cesión de derechos, puesto que aunque existen similitudes, son dos figuras diferentes, que tienen su propio procedimiento y sus propios requisitos; entre las diferencias entre estas dos figuras, la principal es que el pago con subrogación es una forma de extinguir las obligaciones; mientras que la cesión de derechos es un contrato.

También se ha desarrollado en el contenido del presente trabajo, sobre la cesión de derechos de herencia y sobre la cesión de derechos litigiosos que contempla nuestro Código Civil dentro del Título XXIV del libro III, que se refiere a la cesión de derechos. La cesión de derechos de herencia tiene como base, que esta cesión puede operarse cuando ya se encuentra abierta la sucesión, en razón de que los pactos sobre sucesión futura siempre van a adolecer de objeto ilícito; así mismo esta cesión, abarca a los

derechos reales y a los derechos personales que se puedan encontrar en el patrimonio del causante. Por su parte, en la cesión de derechos litigiosos, es necesario recalcar que, el cedente se desprende de los derechos que le pertenecían como actor dentro del juicio y por consiguiente el cesionario adquiere aquellos derechos, sin embargo el cedente no se hace responsable de la ganancia o pérdida que pueda tener en lo posterior el cesionario.

El pago con subrogación se debe entender en su esplendor para ponerlo en práctica en la actualidad, evitando confundir a esta figura con otras, como es el caso de no saber diferenciarla de la cesión de derechos, tema que ya se ha tratado en la presente investigación; y, en algunos casos también puede confundirse a la subrogación convencional con el pago efectivo, debiendo señalar que las diferencias son claras, ya que en para que opere el pago efectivo es indispensable que intervengan el deudor y el acreedor o la persona empeñada por estos a título de representante legal o mandatario; por su parte en la subrogación convencional el tercero que interviene no tiene ninguna relación con las partes ni mucho menos es representante.

BIBLIOGRAFÍA

ALESSANDRI, A. (1976). *Derecho Civil (de los Contratos)*. Santiago: Zambrano y Caperan.

ARIAS, J. (1939). *Contratos Civiles*. Buenos Aires: Compañía Argentina de Edditores.

BORDA, G. (1978). *Tratado de Derecho Civil "Derechos Reales"*. Buenos Aires: PERROT.

BORDA, G. (1983). *TRATADO DE DEREHO CIVIL OBLIGACIONES I*. Buenos Aires: Perrot.

BORDA, G. (1998). *Tratado de Derecho Civil - Obligaciones*. Buenos Aires: Perrot.

CABANELLAS, G. (1998). *Diccionario Enciclolédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Eliasta.

CABRERA, P. (1993). *TESIS Fundamentos del Pago con Subrogación*. Cuenca: Universidad de Cuenca.

CARDENAS, A. (1995). *TESIS "La Cesión del Derecho de Herencia"*. Cuenca: Universidad de Cuenca.

CEVALLOS, R. (2013). *Códgio Civil en Preguntas*. Quito: Jurídica del Ecuador.

CEVALLOS, V. (2013). *Contratos Civiles y Mercantiles tomo II*. Quito: Jurídica del Ecuador.

CHALCO, G. (2001). *TESIS Análisis del Pago con Subrogación como uno de los modos de extinguir las obligaciones*. Cuenca: Universidad de Cuenca.

- CLARO, L. (1979). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno Comparado*. Santiago: Jurídico Chile.
- Código Civil*. (2017). Quito.
- Código Orgánico de la Función Judicial*. (2009). Quito.
- CORDEIRO, H. (1959). *Tratado de Derecho Civil -Parte Genreal y Obligaciones-*. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina.
- ENCICLOPEDIA JURÍDICA. (2014). Obtenido de <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/subrogacion-real/subrogacion-real.htm>
- JOSERRAND, L. (2008). *Teoría General de las Obligaciones*. Santiago: Parlameto LTDA.
- MOGROVEJO, N. (2015). *TESIS El Pago con Subrogación como Modo de Extinguir la Obligación*. Cuenca: Universidad de Cuenca.
- MOLINA, G. (1994). *TESIS "La Cesión de Derechos en la Legislación Ecuatoriana"*. Cuenca: Universidad de Cuenca.
- MORALES, J. (1995). *Teoría General de las Obligaciones*. Cuenca: Pudelco.
- OCHOA, F. (1994). *TESIS La Subrogación Legal en nuestro Sistema juridico*. Cuenca: Universidad de Cuenca.
- PEREZ, A. (1955). *Teoría General de las Obligaciones*. Bogotá: Temis.
- PLANIOL, M. (1945). *Tratado Elemental de Derecho Civil*. Puebla: José M. Cajica.
- VALENCIA, A. (1974). *Derecho Civil (de las Obligaciones)*. Bogotá: TEMIS.
- VALENCIA, A. (1974). *Derecho Civil -Contratos-*. Bogotá: Temis.

VON, A. (2007). *Trtado de las Obligaciones*. Bogotá: Leger.

YUPANGUI, H. (1999). *TESIS "La Cesión de Derechos y sus efectos jurídicos en la Legislación Civil Ecuatoriana"*. Cuenca: Universidad de Cuenca.

ZAVALA, R. (2002). *TESIS Análisis Jurídico de la Subrogación como uno de los modos de extinguir las obligaciones*. Cuenca: Universidad de Cuenca.