



Luciano Barchi Velaochaga (*)

El pago del tercero y los mecanismos de recuperación de la pérdida patrimonial sufrida por el pago de la obligación ajena en el Código Civil peruano()**

Payment of the third and recovery mechanisms of patrimonial loss suffered by the payment of the outside obligation in the Peruvian Civil Code

“PARA NOSOTROS, SE TRATA DE UN SUPUESTO DE PROTECCIÓN A LA APARIENCIA JURÍDICA, EN TAL SENTIDO, ANTES QUE EL DEUDOR CEDIDO TOMA CONOCIMIENTO DE LA CESIÓN, EL ACREEDOR ORIGINAL ES, RESPECTO AL CEDIDO UN ACREEDOR APARENTE”.

Lo imposible solo tarda un poco más.

Resumen: En esta oportunidad, presentamos la segunda parte del artículo que saliera publicado en la edición 46 de nuestra revista. El autor desarrolla, en primer lugar, cuales son los mecanismos de recuperación, cuando se presenta un supuesto de pérdida patrimonial a causa del pago de una obligación ajena. Asimismo, se realiza un análisis de las clases de subrogación comparadas con el régimen de la cesión de créditos. Por último, concluye su análisis desarrollando cuales son los efectos del pago del tercero en el Código Civil.

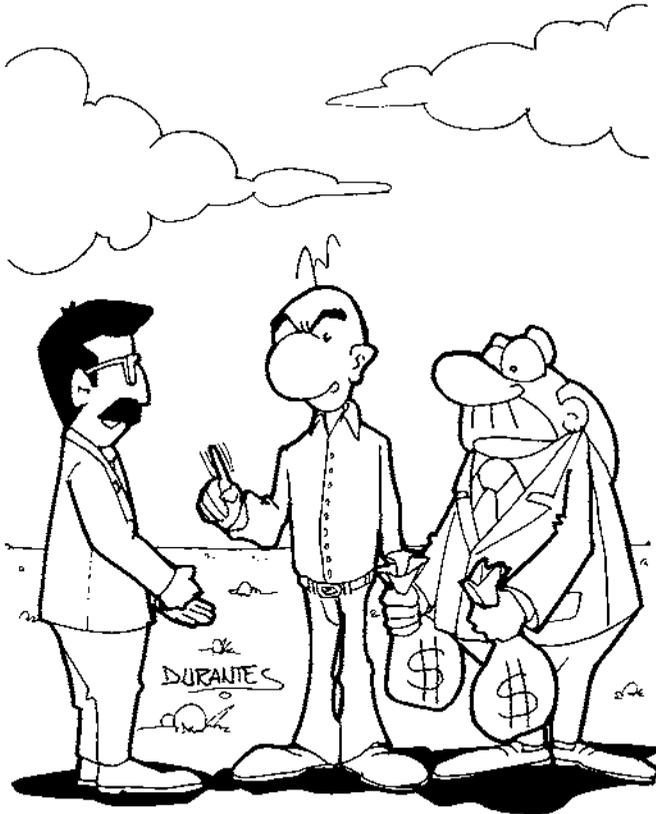
Palabras clave: Pago del tercero - Reembolso - Solvens - Cedente - Acreedor aparente - Subrogación - Enriquecimiento - Tercero interesado

Abstract: In this opportunity, we introduce the second part of the paper, which was first published on the 46th edition of our journal. First, the author elaborates some loss recovery mechanisms when the payment on behalf of a third party causes the loss of assets. Then, the author analyzes the types of subrogations, and compares them to the regulation of assignment

(*) Abogado por la Universidad de Lima. Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y candidato a Doctor por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Civil Patrimonial en la Universidad de Lima.

(**) Tras haber publicado la primera parte del artículo en la edición número 46, la presente edición contiene la segunda parte, sobre el pago del tercero y mecanismos de recuperación de la pérdida patrimonial sufrida por el pago de la obligación ajena.

El pago del tercero y los mecanismos de recuperación de la pérdida patrimonial sufrida por el pago de la obligación ajena en el Código Civil peruano
Payment of the third and recovery mechanisms of patrimonial loss suffered by the payment of the outside obligation in the Peruvian Civil Code



of contractual rights. Finally, the author develops the effects of the payment on behalf of a third party in our Legislation.

Keywords: Payment on behalf of a third part - Reimbursement - Solvens - Assignor - Apparent creditor - Subrogation - Enrichment - Interested third party

1. El pago del tercero: mecanismos de recuperación de la pérdida patrimonial sufrida por el pago de la obligación ajena

1.1. El derecho de reembolso

Al tercero que paga una obligación ajena le corresponde el derecho de reembolso frente al deudor; en tal sentido, el tercero que pagó tiene derecho a recobrar del deudor lo

“LA SUBROGACIÓN EN EL CRÉDITO ES UN SUB INGRESO DE UN NUEVO ACREEDOR EN LUGAR DEL ANTIGUO ACREEDOR. IMPLICA UNA MODIFICACIÓN SUBJETIVA DEL LADO ACTIVO (NO NOVATIVA) DE LA RELACIÓN OBLIGATORIA; POR TANTO, EL SUBROGADO SE UBICA EN LA MISMA RELACIÓN OBLIGATORIA”

pagado. Algunos autores señalan que no hay derecho de reembolso cuando se trata de un pago *donandi causa* o un pago *credendi causa*. Respecto al pago *donandi causa*, en nuestra legislación, sólo procedería en caso de un acuerdo previo con el deudor puesto que no se le puede imponer a éste una liberalidad. De darse el pago del tercero *donandi causa* con el consentimiento del deudor, el *solvens* no tendría derecho de reembolso.

En el caso del *credendi causa*, como hemos visto, el tercero paga *a título de mutuo*, lo que también supone un acuerdo previo (contrato de mutuo) entre el tercero (mutuante) y el deudor (mutuatario). El tercero adquiere el derecho de recuperar frente al deudor cuanto ha desembolsado para la extinción de su deuda. En nuestra opinión, este derecho puede ser ejercido por dos vías: como mutuante, en virtud del contrato de mutuo celebrado con el deudor (mutuatario); o, como *tercero*. Queda claro que son vías alternativas.

De acuerdo con Bercovitz, el fundamento del derecho de reembolso se encuentra “en la necesidad de evitar un enriquecimiento injusto del deudor que se produciría si no se



Luciano Barchi Velaochaga

reembolsa al tercero lo que pagó por aquél; o también, en la gestión de negocios ajenos⁽¹⁾.

Hernández Moreno considera que, cuando el pago del tercero se realiza en ignorancia del deudor, se está frente a un supuesto de gestión de negocios ajenos. Cuando el pago se realiza con conocimiento del deudor, lo que habrá celebrado entre las partes es un contrato de mandato⁽²⁾.

De acuerdo con Breccia, comentando el Código Civil italiano, el deudor liberado consigue una ventaja patrimonial como reflejo de la eliminación de su patrimonio económico-jurídico de una deuda. En tal sentido, el tercero que no haya actuado con intento de liberalidad frente al deudor podrá valerse, si se dan los presupuestos, de las normas que tutelan la gestión de negocios o el mandato sin representación; o bien, recurrirá, en vía subsidiaria y residual, a la acción de enriquecimiento sin causa⁽³⁾.

Para Cazeaux y Trigo Represas cuando el tercero paga con asentimiento del deudor “se comporta como un representante de este último, que es quien ha consentido su injerencia; tal situación se asimila a un mandato (...)”⁽⁴⁾. Esto se desprendería de la propia nota de Vélez Sarsfield al artículo 727 del Código Civil argentino. Si el pago se realiza en ignorancia del deudor la situación será prácticamente idéntica a la de un gestor de negocios⁽⁵⁾.

En el caso del pago del tercero contra la voluntad del deudor conforme al artículo 728 del Código Civil argentino⁽⁶⁾ el

tercero tendrá el derecho de reembolso sólo en la medida en que el pago *le hubiese sido útil*; es decir, se presenta un supuesto de enriquecimiento sin causa que favorece al deudor bajo la forma de una reducción de su pasivo “lo que justifica el derecho al reintegro acordado en el límite de dicho beneficio, el cual puede resultar inferior al monto del desembolso efectivamente realizado por el tercero”⁽⁷⁾.

¿Cuál es el fundamento del derecho de reembolso de acuerdo con el ordenamiento jurídico peruano? Conforme con el artículo 1950 del Código Civil: “Quien careciendo de facultades de representación y sin estar obligado, asume conscientemente la gestión de los negocios o la administración de los bienes de otro que lo ignora, debe desempeñarla en provecho de éste”.

Como puede apreciarse, de acuerdo con el texto transcrito, hay gestión negocios ajenos⁽⁸⁾ cuando el *dominus* ignora la gestión. En tal sentido, el fundamento del derecho de reembolso, cuando el pago del tercero se haya efectuado con el conocimiento del deudor, no puede ser la gestión de negocios⁽⁹⁾.

- (1) BERCOVITZ citado por TUR FAÚNDEZ, María Nélica. *El Derecho de Reembolso (En el pago por tercero, regímenes económico-matrimoniales, solidaridad, fianza, responsabilidad civil y otros supuestos). Régimen jurídico. Jurisprudencia*. Valencia: Editorial General de Derecho, 1996; p. 43.
- (2) HERNÁNDEZ MORENO, Alfonso. *El pago del tercero*. Barcelona: Bosch, 1983; pp. 148 y 149.
- (3) BRECCIA, Umberto. *Le obbligazioni*. En: *Trattato di Diritto Privato*. Milán: Giuffrè, 1991; p. 444. En el mismo sentido, BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. Vol. 4: L'obbligazione*. Milán: Giuffrè, 1993; p. 285.
- (4) CAZEAUX, Pedro N. y Félix A. TRIGO REPRESAS. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Tomo 2. La Plata: Librería Editora Forense, 1986; p. 139.
- (5) Cuando el pago se hace con consentimiento del deudor hay contra él la acción del mandato. Cuando se hace ignorándolo, la acción *negotiorum gestorum* (Nota al artículo 727 del Código Civil argentino).
- (6) El pago puede también ser hecho por un tercero contra la voluntad del deudor. El que así lo hubiese verificado tendrá sólo el derecho a cobrar del deudor aquello en que le hubiese sido útil el pago.
- (7) CAZEAUX, Pedro N. y Félix A. TRIGO REPRESAS. *Óp. cit.*; p. 143.
- (8) Se considera que instituto de la gestión de negocios disciplina los comportamientos altruistas o de solidaridad con los cuales un sujeto, denominado gestor, espontáneamente se empobrece por cuenta de otro sujeto quien no puede atender sus propios intereses, denominado *dominus*.
- (9) De acuerdo con Tur Faúndez: “la doctrina no admite la gestión de negocios ajenos contra la expresa voluntad del *dominus*, considerándola una inmisión intolerable del gestor”, en TUR FAÚNDEZ, María Nélica. *El Derecho de Reembolso (en el pago*

El pago del tercero y los mecanismos de recuperación de la pérdida patrimonial sufrida por el pago de la obligación ajena en el Código Civil peruano
Payment of the third and recovery mechanisms of patrimonial loss suffered by the payment of the outside obligation in the Peruvian Civil Code

¿Cuando el pago del tercero se realiza con el conocimiento o aprobación del deudor implica que estemos ante un mandato? En nuestra opinión no. Por un lado, como lo advierte Tur Faúndez, una cosa es conocer o aprobar el pago y otra que exista un acuerdo entre el deudor y el tercero en virtud del cual el segundo se obligue frente al primero a realizar el pago⁽¹⁰⁾. Por otro lado, si hubiera un mandato, el derecho de reembolso se derivaría de este contrato, conforme al artículo 1796 del Código Civil.

En nuestra opinión, de acuerdo con el Código Civil peruano, el derecho de reembolso se justifica sobre la base de los principios del enriquecimiento sin causa.

Respecto al enriquecimiento sin causa, la doctrina italiana distingue entre el enriquecimiento positivo, que supone propiamente un incremento patrimonial (casos típicos: ingreso en el patrimonio de una cosa determinada o de dinero o de un crédito o bien la adquisición o al incremento de un derecho de goce; o bien a la recepción de una prestación que tenga por objeto un hacer) y el enriquecimiento negativo que supone un ahorro de gastos (casos típicos: el pago de deuda ajena, goce o consumo de cosa ajena o bien de la prestación de hacer del enriquecido)⁽¹¹⁾.

El enriquecimiento positivo representa un dato objetivo, mientras que el enriquecimiento negativo presupone una construcción hipotética de la realidad; es decir, si un sujeto incurre en un gasto, para verificar si tal gasto ha enriquecido o no a un tercero, se debe establecer si este último lo habría realmente efectuado o, al contrario, no lo habría hecho. Esta dificultad de pronunciarse con certeza respecto al enriquecimiento negativo ha hecho que la doctrina italiana sea cauta para admitirla. No obstante, lo que si queda claro es que el pago de la deuda ajena representa la hipótesis más segura de enriquecimiento negativo. En efecto, en el caso del pago del tercero, el deudor liberado se enriquece por el ahorro

de los gastos que habría tenido que sostener para ejecutar la propia prestación⁽¹²⁾.

Para Díez-Picazo, hay enriquecimiento positivo cuando se incrementa el activo patrimonial y, también, cuando disminuye el pasivo del interesado, que se daría cuando se paga o se extingue una deuda⁽¹³⁾. El autor español, a continuación, señala que se llama *condictio* a toda pretensión dirigida a reclamar la restitución de un enriquecimiento injustificado y diseña los siguientes tipos de *condictiones*: a) la *condictio* de prestación; b) la *condictio* por intromisión y c) la *condictio* por inversión o desembolso. La *condictio* por inversión o desembolso se produce en todos los casos que una persona transfiere a otro dinero o bienes que se encontraban en su posesión o realiza a favor de ella una actividad, sin que ni la transferencia ni el servicio puedan considerarse como *prestación*. En esta rúbrica se colocarían dos hipótesis distintas: el derecho del tercero que paga una deuda ajena (*condictio* de regreso) y el caso de quien realiza gastos en una cosa o en un bien ajeno (*condictio* por impensas)⁽¹⁴⁾.

Las vías por las cuales el tercero que paga puede hacer efectivo su derecho de reembolso frente al deudor dependen si se trata de un tercero interesado o no y de la posición del deudor frente al pago.

1.2. Posición del deudor respecto al pago del tercero

Con relación a la posición del deudor respecto del pago del tercero Pascual Estevill señala las siguientes posibilidades⁽¹⁵⁾:

por tercero, regímenes económico-matrimoniales, solidaridad, fianza, responsabilidad civil y otros supuestos). Régimen jurídico. Jurisprudencia. Valencia: Editorial General de Derecho, 1996; p. 72.

(10) TUR FAÚNDEZ, María Nélica *Óp. cit.*; p. 46.

(11) ASTONE, Francesco. *L'arricchimento senza causa*. Milano: Giuffrè, 1999; pp. 65 y 66.

(12) ASTONE, Francesco. *Óp. cit.*; pp. 66 y 67.

(13) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. 5ta. edición. Volumen I. Madrid: Civitas, 1996; p. 101.

(14) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Óp. cit.*; p. 109.

(15) PASCUAL ESTEVILL, Luis. *El pago*. Barcelona: Bosch, 1986; p. 247. También ver DÍEZ-PICAZO, Luis. *Óp. cit.*; p. 484.



Luciano Barchi Velaochaga

- a) Que el tercero intervenga con el consentimiento expreso del deudor;
- b) Que lo haga con asentimiento tácito;
- c) Que medie sólo un conocimiento;
- d) Que el deudor ignore la intervención del tercero; y,
- e) Que el tercero intervenga con la oposición del deudor.

De acuerdo con el artículo 1222 del Código Civil, puede hacer el pago cualquier persona “*sea con el asentimiento del deudor o sin él*” y, cuando se refiere a la falta de asentimiento del deudor, ello puede deberse a que el deudor lo ignore o que se opone al pago (contra su voluntad)⁽¹⁶⁾.

En tal sentido, en nuestra legislación, podemos identificar las siguientes posibilidades:

- a) Que el tercero pague con el asentimiento expreso o tácito del deudor.
- b) Que el tercero pague sin asentimiento del deudor, lo cual puede deberse a que el deudor lo ignore o porque se opone.

Díez-Picazo considera que la aprobación o desaprobación del deudor deben considerarse con anterioridad al momento de efectuarse el pago, siendo indiferente cualquier actitud posterior al pago. En tal sentido, el jurista español entiende que el *solvens* soporta la carga de poner en conocimiento del deudor su propósito de pagar y que si no lo hace, se deberá entender que el pago se hace en ignorancia del deudor, pero que si, por cualquier circunstancia, el deudor conociera el intento del *solvens* y no llevara a cabo ningún tipo de declaración, se debe entender que se produce un consentimiento tácito⁽¹⁷⁾.

El artículo 1222 del Código Civil no prevé la necesidad que el tercero informe al deudor previamente a realizar el pago, en tal sentido, podría ocurrir que el pago se realice en ignorancia del deudor⁽¹⁸⁾. No obstante, el *solvens* (tercero), de no comunicar inmediatamente al deudor su intención de realizar el pago, debe asumir las consecuencias (último párrafo del artículo 1222 del Código Civil).

En efecto, ¿qué sucede si el deudor, ignorando el pago realizado por el tercero, vuelve a pagar? La respuesta que parece corresponder es que el deudor estaría pagando una deuda ya extinguida y, por lo tanto, el deudor deberá reclamar al acreedor la devolución de lo indebidamente pagado. Sin embargo, la doctrina española se inclina por el principio de protección al deudor, aunque no hay unanimidad respecto a la norma que lo sustenta. El principio de protección al deudor considera que “no sería justo ni conforme a una equilibrada ponderación de los intereses en juego, obligar al deudor a dirigirse contra el acreedor por pago de lo indebido a la vez que lo sometemos a la acción de reembolso del *solvens*”⁽¹⁹⁾.

En tal sentido, puede sostenerse que el deudor que paga el crédito extinguido previamente por el pago de un tercero queda protegido por el principio relativo al pago del acreedor aparente recogido en el artículo 1225 del Código Civil⁽²⁰⁾. Dicho principio además se encuentra recogido

(16) En este sentido véase OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de las Obligaciones*. En: *Para Leer el Código Civil*. Tomo IV. Volumen XVI. Primera Parte. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1994; pp. 144 y 145.

(17) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. 5ta. edición. Volumen II. Madrid: Civitas, 1996; p. 484.

(18) Lo mismo ocurre con el Codice Civile, ver al respecto GIANUZZI SAVELLI, Vinca. *L'adempimento del debitore e del terzo*. En: *Le Obbligazioni. Diritto Sostanziale e processuale*. Tomo I. A cura di Pasquale Fava. Milán: Giuffrè, 2008; p. 494

(19) BERCOVITZ y VALLADARES citados por DEL OLMO GARCÍA, Pedro. *Pago de tercero y subrogación*. Madrid: Civitas, 1998; p. 34. Una opinión semejante en CAZEAUX, Pedro N. y Félix A. TRIGO REPRESAS. *Óp. cit.*; p. 136.

(20) Extingue la obligación el pago hecho a persona que está en posesión del derecho de cobrar, aunque después se le quite la posesión o se declare que no la tuvo.

El pago del tercero y los mecanismos de recuperación de la pérdida patrimonial sufrida por el pago de la obligación ajena en el Código Civil peruano
Payment of the third and recovery mechanisms of patrimonial loss suffered by the payment of the outside obligation in the Peruvian Civil Code

en el artículo 1216 del Código Civil (relativo a la cesión de créditos)⁽²¹⁾ que resulta de aplicación por analogía; vale decir, que el deudor que, antes de tener conocimiento de la cesión, satisfaga al acreedor, quedará libre de la obligación⁽²²⁾.

La explicación de la eficacia liberatoria del pago efectuado al cedente antes de la notificación de la cesión puede resumirse en el sentido que el cedente sigue siendo el verdadero titular del crédito o porque el cedente debe ser reputado como *acreedor aparente*⁽²³⁾.

Para Gavidia Sánchez: "(...) la razón de ser del efecto liberatorio del pago hecho al cedente antes de la notificación de la cesión no es otra que el hecho de que el *accipiens* sigue siendo para el deudor el verdadero (y único) acreedor"⁽²⁴⁾.

Para nosotros, se trata de un supuesto de protección a la apariencia jurídica, en tal sentido, antes que el deudor cedido tome conocimiento de la cesión, el acreedor original es, respecto al cedido un *acreedor aparente*⁽²⁵⁾.

El acreedor aparente es aquél que aparece como acreedor verdadero, sin serlo por cualquier causa. Como señala Cano Martínez:

"Se aparece como acreedor cuando las circunstancias objetivas le señalan a uno y lo hacen verosíblemente (aspecto subjetivo). Tales circunstancias han de ser coherentes, o sea no chocar unas, que dicen ser alguien acreedor, con otras, que lo nieguen, pues éstas, en tal caso, deben poner en guardia la diligencia del deudor para averiguar la verdad. O sea, se trata de que todo lo señale como auténtico acreedor"⁽²⁶⁾.

En tal sentido, si el deudor, ignorando el pago realizado por el tercero, vuelve a pagar debe reputarse como un pago al *acreedor aparente* y, por tanto, queda liberado. Corresponderá al tercero reclamar al acreedor la restitución de lo pagado.

Por lo expuesto, parece razonable que el *solvens* (tercero) comunique inmediatamente al deudor el pago realizado y, de no hacerlo, asumir las consecuencias. Volveremos sobre este tema al ocuparnos de las diferencias entre la subrogación y la cesión de créditos.

1.3. Vías por las cuales puede ser ejercido el derecho de reembolso

De acuerdo con Díez-Picazo, el derecho de reembolso puede ser ejercido por cualquiera de las siguientes vías⁽²⁷⁾:

- a) La subrogación por pago del tercero.
- b) La "acción" de reembolso del tercero frente al deudor (o "acción" de regreso).
- c) La "acción" de enriquecimiento (*in rem verso*).

Como bien lo advierte Hernández Gil:

"Las normas relativas a la intervención del tercero en el cumplimiento, con los consiguientes derechos a la subrogación o al reembolso, se aplican fácilmente al cumplimiento de las obligaciones

(21) El deudor que antes de la comunicación o de la aceptación, cumple la prestación respecto al cedente, no queda liberado ante el cesionario si éste prueba que dicho deudor conocía de la cesión realizada.

(22) Véase al respecto en la doctrina española DEL OLMO GARCÍA, Pedro. *Óp. cit.*; p. 33 y siguientes.

(23) Gavidia Sánchez añade una tercera explicación: porque el cedente está autorizado por la ley para el cobro. GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio Vicente. *El sistema codificado francés de cesión de créditos*. En: Anuario de Derecho Civil. Tomo XLIV, fascículo II, abril-junio, MCMXCI. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, p. 498.

(24) GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio Vicente. *Óp. cit.*; p. 500.

(25) En este sentido, CANO MARTINEZ, J. Ignacio. *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*. Barcelona: Bosch, 1990; p. 76.

(26) CANO MARTINEZ, J. Ignacio. *Óp. cit.*; p. 73.

(27) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen II. *Óp. cit.*; p. 485-486. TUR FAÚNDEZ, María Nélida. *Óp. cit.*; p. 27.



Luciano Barchi Velaochaga

dinerarias e incluso al de las genéricas. En cambio, su aplicación a las obligaciones recayentes sobre cosas específicas y a las de hacer y no hacer es, a veces, punto menos que imposible. Si una deuda de dinero es satisfecha por otro, cabe perfectamente el reembolso o la subrogación, ya que tanto el nuevo crédito resultante como el subsistente, con un cambio meramente subjetivo, seguirán estando expresados en dinero. Mas si la prestación, por ejemplo, es de hacer, la posibilidad de la subrogación puede decirse que prácticamente queda eliminada, pues aparte de la influencia que en esta clase de obligaciones puede ejercer lo estrictamente personal, es extraño imaginar que el tercero que ha hecho por el deudor aquello que éste no hizo tenga interés en que el deudor haga respecto de él lo mismo que omitió respecto del acreedor originario⁽²⁸⁾.

1.3.1. La subrogación por pago del tercero

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua “subrogar” significa “sustituir o poner una cosa o una persona en el lugar de otra”; a partir de esta noción, Vattier Fuenzalida ha definido la subrogación como: “la subsiguiente ocupación, por parte de un nuevo elemento, subjetivo u objetivo, en el alvéolo dejado por otro en una relación jurídica, inalterada, en los demás elementos⁽²⁹⁾”. En esta definición amplia incluye, tanto a la subrogación personal como la real. Nosotros nos ocuparemos de la llamada “subrogación personal”.

La subrogación en el crédito es un sub ingreso de un nuevo acreedor en lugar del antiguo acreedor⁽³⁰⁾. Implica una modificación subjetiva del lado activo (no novativa) de la relación obligatoria; por tanto, el subrogado se ubica en la misma relación obligatoria⁽³¹⁾.

En efecto, la subrogación, como la cesión de créditos, tiene como efecto alterar subjetivamente (en su lado activo) una relación jurídica patrimonial preexistente. Supone la sustitución del sujeto activo original por uno nuevo (el tercero que paga) permaneciendo inmutada y conservándose la identidad de la relación jurídica patrimonial. De tal manera que no todo cambio en la relación obligatoria implica su extinción y el surgimiento de una nueva que la sustituya; en otras palabras, no toda modificación de la relación obligatoria implica novación. En tal sentido, Sancho Rebullida señala: “(...) *modificar* es algo distinto de *extinguir*; en cierto sentido, contrario, pues predica la subsistencia del quid modificado⁽³²⁾”.

Lo señalado es importante, no sólo desde un punto de vista académico sino, principalmente, en lo práctico, por cuanto, la subrogación supone la pervivencia del régimen de garantías de la relación obligatoria modificada.

(28) HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Óp. cit.*; p. 215.

(29) SANCHO REBULLIDA citado por VATTIER FUENZALIDA, Carlos. *Notas sobre la subrogación personal*. En: *Revista de Derecho Privado*. Volumen LXIX. Madrid: Reus, Junio 1985; p. 491. En el mismo sentido DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen II. *Óp. cit.*; p. 826. PASCUAL ESTEVILL, Luis. *Óp. cit.*; p. 265. NAVARRO PEREZ, José Luis. *La Cesión de Créditos en el Derecho Civil Español*. Granada: Comares, 1988; p. 48.

(30) En este sentido DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen II. *Óp. cit.*; p. 826. En este mismo sentido BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. Vol. 4: L'obbligazione*. *Óp. cit.*; p. 346. CARINGELLA, Francesco y Giuseppe DE MARZO. *Óp. cit.*; p. 276. VECCHI, Paolo María. *Il pagamento con surrogazione*. En: *Diritto Civile. Volume III Obbligazioni. Il Rapporto Obbligatorio*. Milán: Giuffrè, 2009; p. 244. RUSCELLO, Francesco. *Óp. cit.*; p. 31.

(31) En tal sentido es un error definir el derecho de retracto como el que la ley otorga a determinadas personas a subrogarse en el lugar del comprador (ver artículo 1592 del Código Civil). Ver al respecto BARCHI VELAUCHAGA, Luciano. *Algunas consideraciones sobre el derecho de retracto en el Código Civil peruano de 1984*. En: *El Jurista. Revista Peruana de Derecho*. Año II. No. 6. Lima: Julio 1992; pp. 99-105.

(32) SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *La novación de las obligaciones en el Derecho Español*. En: *Estudios de Derecho Civil*. Tomo I. Pamplona: Universidad de Navarra, 1978; p. 231. El mismo autor señala que los verbos modificar, variar, sustituir, subrogar se refieren más a la subsistencia del vínculo que a su extinción.

(33) DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen II. *Óp. cit.*; p. 835.

El pago del tercero y los mecanismos de recuperación de la pérdida patrimonial sufrida por el pago de la obligación ajena en el Código Civil peruano
Payment of the third and recovery mechanisms of patrimonial loss suffered by the payment of the outside obligation in the Peruvian Civil Code

Para Díez-Picazo:

“La subrogación produce una transmisión de la titularidad del crédito, que pasa del antiguo acreedor ya satisfecho a la persona que se subroga en él. La transmisión tiene por objeto el derecho de crédito de todos los derechos y facultades accesorias o inherentes al mismo, como son, en particular las garantías, los privilegios y el derecho a los intereses y las restantes prestaciones accesorias⁽³³⁾.”

Debe tenerse en consideración, además, que la subrogación no puede implicar un empeoramiento de la situación jurídica del sujeto pasivo; así, éste puede oponer al tercero subrogado las *excepciones*⁽³⁴⁾ que pudiera haber opuesto al acreedor originario.

Como señala Vecchi:

“En cuanto vicisitud traslativa, no obstante la subrogación la relación obligatoria queda objetivamente inmutada: ello importa que el deudor pueda oponer al tercero subrogado todas las excepciones que podía oponer al acreedor hasta el momento del pago (...), asimismo todas aquellas derivadas del título de la relación obligatoria, como la existencia de un término o de una condición suspensiva. El deudor puede además oponer la invalidez del título⁽³⁵⁾.”

Quedan de todos modos los derechos a favor del tercero derivados de las relaciones entre éste y el deudor.

En la misma línea Amico, señala:

“La subrogación no importa la extinción de la deuda original, sino la modificación subjetiva de la relación

obligatoria, con la sustitución del acreedor originario por un tercero y sin incidencia en el aspecto objetivo de la relación, que queda inalterado y mantiene sus características; el sub-ingreso se da en todos los derechos y las acciones que corresponden a aquella determinada relación obligatoria, pero con estos se transfieren también las limitaciones, la caducidad y la prescripción⁽³⁶⁾.”

En este sentido, el artículo 1262 del Código Civil establece: “La subrogación sustituye al subrogado en todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, hasta por el monto de lo que hubiese pagado”.

Como advierte Bozzi, luego de la subrogación el acreedor debe colocar al subrogado en condiciones de poder ejercitar el crédito, entregándole, por ejemplo, los documentos probatorios de los que dispone⁽³⁷⁾.

La subrogación se produce como consecuencia del pago de una deuda ajena y con el concurso de las condiciones establecidas en el artículo 1260 y siguientes del Código Civil *pago con subrogación*.

Como lo señala Díez-Picazo: “La subrogación (...) realiza en favor del subrogado un interés de recuperación o de realización en vía de regreso de un desembolso patrimonial que le ha sido efectuado al acreedor satisfecho”

(34) En el Derecho Procesal el demandado puede ejercer su derecho de defensa de tres maneras: (i) a través de las defensas de fondo; (ii) a través de las defensas previas; (iii) a través de las excepciones. Al hablar de excepciones el Código Civil, lo hace, no en su significado técnico o procesal, sino en el sentido de defensa de fondo. Ver sobre el tema de las excepciones en BARCHI VELA OCHAGA, Luciano. *La cesión de créditos en el Código Civil peruano de 1984*. En: *Revista Taller de Derecho*. Año I. No. 1. Lima: Asociación Civil Taller de Derecho, enero 2002; pp. 101-134. El presente artículo también fue publicado en: *Revista del Magíster en Derecho Civil*. Volumen 4-5. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000-2001, pp. 209-264.

(35) VECCHI, Paolo María. *Óp. cit.*; p. 254.

(36) AMICO, Francesco. *Il Pagamento con surrogazione*. En: *Le Obbligazioni. Diritto Sostanziale e Processuale*. Tomo II. Milán: Giuffrè, 2008; p. 978.

(37) BOZZI, Giuseppe. *Óp. cit.*; p. 253.



Luciano Barchi Velaochaga

y añade: “Esto explica que el caso normal de subrogación es el de pago o satisfacción del derecho de crédito por persona distinta del deudor. La subrogación es una medida de protección del subrogado superior en efectos a la concesión de una pura acción de reembolso (...)”⁽³⁸⁾ o como señala Vecchi:

“(L)a subrogación es un fenómeno en base al cual un tercero, del cual provenga directamente o indirectamente la satisfacción del acreedor, viene sustituido en las relaciones con el deudor (...), con el fin de consentir al mismo tercero, asistido por los mismos instrumentos de tutela de los cuales era dotado el acreedor, de recuperar cuanto ha ejecutado”⁽³⁹⁾.

Para Caringella y De Marzo, la función de la subrogación es la de asegurar al tercero que paga la recuperación de cuanto ha desembolsado consintiéndole de valerse de todos los derechos, acciones, garantías y privilegios del acreedor satisfecho⁽⁴⁰⁾.

Como alude Navarro Pérez: “La afinidad entre la cesión de créditos y el pago con subrogación es, pues, notoria, ya que ambas instituciones encierran la característica común de la sustitución del acreedor originario por uno nuevo”⁽⁴¹⁾.

Betti distingue la cesión de créditos de la subrogación diciendo “la cesión es un cauce institucional para realizar el interés de la circulación del crédito”. Y luego añade:

“La subrogación, en cambio, realiza en favor del subrogado en el crédito un interés de recuperación o de realización en vía de regreso de un desembolso patrimonial que le ha sido efectuado al acreedor satisfecho. No es una simple acción de reembolso, que significaría un crédito nuevo, nacido

en ese instante, sino una vía de regreso para dar satisfacción a quien ha llevado a cabo a favor del acreedor una atribución patrimonial que ha resultado útil. Esto explica que el caso normal de subrogación es el de pago o el de satisfacción del derecho de crédito por persona distinta del deudor. El que paga o el que libera al deudor puede ejercitar contra éste su derecho de regreso y con este fin se subroga en el crédito adquiriéndolo”⁽⁴²⁾.

La doctrina admite que la diferencia fundamental entre ambas instituciones se encuentra en la función⁽⁴³⁾. Respecto a la subrogación personal Vattier Fuenzalida, siguiendo la idea de Betti, ha indicado: “la subrogación no es más que un beneficio predispuesto por la ley a favor del solvens con la exclusiva finalidad de asegurarle el interés de regreso que le incumbe por el hecho del pago”, y, más adelante dice: “(...) se trata del medio técnico que le permite asumir la titularidad de un crédito, precisamente, a causa del pago que ha llevado a cabo válidamente”⁽⁴⁴⁾.

De esta manera podemos afirmar que la función de la subrogación es eminentemente cautelar, en el sentido que asegura la efectividad de la “vía de regreso”. En este mismo sentido Bianca sostiene: “Función de la subrogación es la de asegurar al tercero que ejecuta la prestación o la mutuante la recuperación de cuanto ha pagado consintiéndole de valerse

(38) DíEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen II. *Óp. cit.*; p. 830. En el mismo sentido BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. Vol. 4: L'obbligazione*. *Óp. cit.*; p. 347. CARINGELLA, Francesco y DE MARZO, Giuseppe. *Óp. cit.*; p. 276.

(39) VECCHI, Paolo María. *Óp. cit.*; p. 244.

(40) CARINGELLA, Francesco y Giuseppe DE MARZO. *Óp. cit.*; p. 276.

(41) NAVARRO PEREZ, José Luis. *Óp. cit.*; p. 49.

(42) BETTI, Emilio citado por DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen II. *Óp. cit.*; p. 830.

(43) Véase VATTIER FUENZALIDA, Carlos. *Óp. cit.*; p. 505 y siguientes. DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen II. *Óp. cit.*; p. 830.

(44) VATTIER FUENZALIDA, Carlos. *Óp. cit.*; p. 492.

El pago del tercero y los mecanismos de recuperación de la pérdida patrimonial sufrida por el pago de la obligación ajena en el Código Civil peruano
Payment of the third and recovery mechanisms of patrimonial loss suffered by the payment of the outside obligation in the Peruvian Civil Code

de las mismas acciones, garantías y privilegios del acreedor satisfecho⁽⁴⁵⁾.

En síntesis, tanto la cesión de créditos como la subrogación, constituyen un efecto; vale decir, la sustitución del acreedor original por otro en una misma relación obligatoria. No obstante la causa de dicho efecto es distinta en consideración a la función que está destinado a cumplir.

Respecto a la obligación susceptible de ser subrogada, existen límites naturales, pues sólo operan respecto a relaciones obligatorias con prestación de dar dinero o bienes fungibles⁽⁴⁶⁾. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que no puede excluirse del todo la posibilidad del pago del tercero tratándose de bienes no fungibles, sería el caso en el que el deudor no tiene la disponibilidad material de la cosa sino la tiene el tercero. Pero en tal caso, debe tenerse en cuenta que, una vez recibido el bien por el acreedor, la subrogación deviene sustancialmente inútil⁽⁴⁷⁾. Asimismo, no son susceptibles de subrogación todos aquellos casos en los cuales no procede el pago del tercero, así por ejemplo, en las obligaciones personalísimas.

Para Zambrano, un presupuesto de la subrogación es la liquidez del crédito. Este último debe ser determinado en su monto, para consentir la satisfacción del interés del acreedor. Si el crédito es de fácil y pronta liquidación, será interés de las partes determinarlo, para luego operar la subrogación. El crédito puede no ser cierto, es decir, no es necesario que no sea impugnado. Respecto a la exigibilidad del crédito, la autora italiana señala que debe distinguirse; si se trata de una condición suspensiva, no hay lugar a la subrogación, mientras se encuentra pendiente la condición la relación obligatoria aún no existe; en el caso de la condición resolutoria, la relación obligatoria existe por lo que la subrogación se produce.

Finalmente, si el crédito está sujeto a plazo es necesario distinguir: si el plazo está a favor del deudor, la subrogación es admisible, pero el subrogado no podrá exigir la prestación antes del vencimiento; si el plazo está a favor del acreedor, hay lugar a la subrogación exclusivamente fundada en la adhesión del acreedor, en cuanto él es libre de rehusar una prestación anticipada⁽⁴⁸⁾.

Del Olmo García considera necesario hacer precisiones respecto a la terminología usada para designar a las partes que intervienen en la subrogación, en tal sentido, lo usual es que *subrogado* será el tercero que paga y *subrogante* el tercero que paga. La necesidad de la precisión se da por el hecho que hay autores que, basándose en la etimología de las palabras, defienden que el término “subrogado” debiera aplicarse al acreedor y *subrogante* al tercero⁽⁴⁹⁾.

2. Clases de subrogación

2.1. Subrogación legal (*ex lege*) o Subrogación voluntaria

2.1.1. Subrogación legal (*ex lege*)

La subrogación es legal cuando se produce *ope legis*, es decir, cuando la sucesión en el crédito se produce sin necesidad de que medie ninguna expresa declaración de voluntad, sino una vez que se produce alguno de los supuestos del artículo 1260 del Código Civil.

(45) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. Vol. 4: L'obbligazione. Op. cit.*; p. 347. De misma opinión es Díez-Picazo: “La subrogación es una medida de protección del subrogado, superior en efecto a la concesión de una pura acción de reembolso”. Véase DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen II. Op. cit.*; p. 830.

(46) En esta línea BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. Vol. 4: L'obbligazione. Op. cit.*; p. 359.

(47) En este sentido VECCHI, Paolo María. *Op. cit.*; p. 252.

(48) ZAMBRANO, Virginia. *Comentario al art. 1201. En: Comentario al Codice Civile. Obbligazioni* al cuidado de Paolo Cendon. Milano: Giuffrè, p. 379. Tur Faúndez sostiene que la jurisprudencia española acoge como presupuestos de la subrogación que el crédito debe ser líquido y exigible. Así, si se trata de una obligación sujeta a condición, será necesario esperar que esta se verifique para que proceda la subrogación. Si es una obligación a plazo dependerá si el plazo está en beneficio del deudor, del acreedor o de ambos. Véase TUR FAÚNDEZ, María Nélica. *Op. cit.*; p. 39.

(49) DEL OLMO GARCÍA, Pedro. *Op. cit.*; p. 160.



Luciano Barchi Velaochaga

En otras palabras, la subrogación legal es un acontecimiento que se verifica de derecho en presencia de los presupuestos previstos por la ley, prescindiendo de la voluntad y de cualquier declaración de las partes.

Así el artículo 1260 del Código Civil señala⁽⁵⁰⁾:

“La subrogación opera de pleno derecho a favor:

1. (...).
2. De quien por tener legítimo interés cumple la obligación.
3. (...).”

Debe tenerse en cuenta que la norma citada comprende supuestos típicos, no susceptibles de aplicación analógica, en los cuales la subrogación puede operar incluso, contra la voluntad del acreedor y del deudor.

La subrogación legal para los terceros interesados nace para que estos puedan superar el obstáculo de la voluntad de un acreedor que no quiere transmitir sus derechos. Breccia explica que, en Italia, los jueces han puesto de relieve la necesidad que el tercero manifieste su intención de ejercer el derecho, al cual se le atribuye naturaleza potestativa, de subrogarse al acreedor. En tal sentido, según esta orientación el mecanismo de la subrogación legal nos sería automático⁽⁵¹⁾.

Amico, al respecto, señala que según la opinión mayoritaria en Italia, la subrogación legal opera de manera automática sin necesidad de un acto del *solvens* que manifieste su voluntad de querer beneficiarse, acto que, en efecto, la norma del Código Civil italiano no prevé. No se excluye, sin embargo, que el subrogado pueda renunciar al beneficio de la subrogación otorgado por la ley⁽⁵²⁾. Por otro lado, una posición minoritaria, sostiene que la ley atribuye al *solvens* sólo un derecho potestativo al subingreso y, por tanto, subordinando el efecto subrogatorio a un acto de voluntad con el cual el *solvens*

manifestaría la intención de subrogarse y la pondría a conocimiento de los interesados.

En España existe un debate doctrinal respecto al significado del término *presumirá* que emplea el artículo 1.210 del Código Civil. Así, para Díez-Picazo el artículo citado establece una serie de *presunciones de subrogación*. Para el autor español, se tratarían de verdaderas presunciones *iuris tantum* de subrogación que:

“(…) no deben ser confundidas con los supuestos de subrogación legal. La ley no opera la subrogación. Se limita a entender o a presumir existente un convenio de subrogación, salvo prueba en contrario. Se trata, por consiguiente, de puras presunciones *iuris tantum*, que operan una inversión de la carga de la prueba, de suerte que habrá de ser quien niegue la existencia de subrogación quien pruebe la falta de convenio y la falta de voluntad de las partes en este sentido⁽⁵³⁾.”

Del Olmo García, en cambio, señala: “En la actualidad, creo que no es posible albergar dudas sobre que el artículo 1.210 contiene casos de subrogación legal⁽⁵⁴⁾.”

2.1.2. Subrogación voluntaria

En la subrogación voluntaria no es suficiente el pago sino que requiere una manifestación de voluntad del acreedor (subrogación *ex parte creditoris*) o una manifestación de voluntad del deudor (subrogación *ex parte debitoris*). Como veremos en algunas legislaciones basta

(50) Nos ocuparemos sólo de los supuestos vinculados al pago del tercero.

(51) BRECCIA, Umberto. *Óp. cit.*; p. 770.

(52) En el Perú la Ley No 29946 - Ley del Contrato de Seguro en el artículo 99 establece un supuesto de subrogación legal a favor del asegurador y en el último párrafo señala: “Es lícito pactar la renuncia a la subrogación, salvo el supuesto de dolo”.

(53) DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen II. *Óp. cit.*; p. 832. En el mismo sentido HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Óp. cit.*; p. 212.

(54) DEL OLMO GARCÍA, Pedro. *Óp. cit.*; pp. 169 y 170. Respecto al debate doctrinal en España véase DEL OLMO GARCÍA, Pedro. *Óp. cit.*; p. 159 y siguientes.

El pago del tercero y los mecanismos de recuperación de la pérdida patrimonial sufrida por el pago de la obligación ajena en el Código Civil peruano
Payment of the third and recovery mechanisms of patrimonial loss suffered by the payment of the outside obligation in the Peruvian Civil Code

la manifestación de voluntad del acreedor o del deudor y, en otras, se requiere un acuerdo entre el acreedor y el tercero que paga o entre el deudor y el tercero que paga.

2.1.2.1. Subrogación *ex parte creditoris*

En Italia⁽⁵⁵⁾, la subrogación *ex parte creditoris* es la que el acreedor dispone en favor del tercero que paga mediante acto expreso y contemporáneo al pago. Esto teniendo en cuenta lo expresamente señalado en el artículo 1201 del Código Civil italiano que señala: “*Il creditore, ricevendo il pagamento da un terzo, può surrogarlo nei propri diritti. La surrogazione deve essere fatta in modo espresso e contemporaneamente al pagamento*”.

Para Bianca, la declaración:

“(D)ebe ser contemporánea al pago en cuanto un acto sucesivo tendría por objeto una relación ya extinguida. Es en cambio admisible que la declaración sea efectuada en un tiempo anterior, pero con el objeto determinado o determinable, y siempre con efecto al momento del pago”⁽⁵⁶⁾.

Amico señala que la subrogación por voluntad del acreedor, llamada también “*por recibo*”, se da cuando éste recibe el pago de un tercero y lo subroga en sus derechos. La subrogación debe efectuarse de manera expresa y contemporáneamente al pago, en la práctica, la declaración de subrogación, normalmente es contenida en el recibo⁽⁵⁷⁾. La jurisprudencia italiana excluye que la declaración de subrogación pueda ser sucesiva al pago

(no contemporánea), porque en tal caso el pago habría extinguido la relación obligatoria y, por tanto, ya no existiría una situación de crédito para ser transferida⁽⁵⁸⁾.

Ahora bien, dicha declaración no constituye un acto traslativo, así Bianca precisa que: “El acto del acreedor, en efecto, no transfiere por sí mismo el crédito pero concurre a formar una *fattispecie* translativa cuyo elemento central está siempre constituido por el pago”⁽⁵⁹⁾.

Para el autor italiano, entonces, la subrogación opera por una explícita declaración de voluntad del acreedor de sustituir al tercero en su situación jurídica. Siendo una declaración no recepticia⁽⁶⁰⁾, susceptible de ser conocida por el deudor. Se desprende entonces que, para Bianca, no es necesario un acuerdo entre el tercero y el acreedor, sino que basta la mera declaración de voluntad del acreedor⁽⁶¹⁾. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el tercero que paga puede rehusar la subrogación⁽⁶²⁾.

En Italia, entonces, los elementos constitutivos de la subrogación por voluntad del acreedor son: (i) el pago por un tercero; y, (ii) la subrogación hecha de manera expresa y contemporánea al pago efectuada por acreedor que recibe el pago.

(55) Zambrano explica que en el Código Civil italiano de 1865, la subrogación convencional pertenecía a la categoría del contrato. El Código Civil actual abandona la expresión “convencional” prefiriendo la siguiente: “subrogación por voluntad del acreedor”. Véase ZAMBRANO, Virginia. *Óp. cit.*; p. 363.

(56) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. Vol. 4: L'obbligazione. Óp. cit.*; pp. 348-349. En el mismo sentido DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen II. *Óp. cit.*; p. 831. CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. *Óp. cit.*; p. 54.

(57) AMICO, Francesco. *Óp. cit.*; pp. 969-970.

(58) Véase AMICO, Francesco. *Óp. cit.*; pp. 990-991.

(59) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. Vol. 4: L'obbligazione. Óp. cit.*; p. 349.

(60) *Ídem.*; p. 348.

(61) Amico recuerda que en el Código Civil italiano de 1865, la subrogación voluntaria, se llamaba “convencional” pues se consideraba que se fundaba en un acuerdo entre las partes, entre acreedor y tercero y entre deudor y tercero. Véase AMICO, Francesco. *Óp. cit.*; p. 988.

(62) VECCHI, Paolo María. *Óp. cit.*; p. 247.



Luciano Barchi Velaochaga

Legitimado a la declaración de subrogación es el acreedor y su representante, pero no los otros legitimados para recibir el pago.

Para Díez-Picazo, en España, la subrogación es convencional, de tal manera que se requiere un acuerdo entre el tercero y el acreedor satisfecho en el momento de realizarse el pago. Comentando el artículo 1.209 del Código Civil español⁽⁶³⁾, el autor señala que para que el convenio de subrogación exista, se requiere que las declaraciones de voluntad sean expresas⁽⁶⁴⁾.

De acuerdo con Del Olmo García: “La necesidad del carácter expreso de esta subrogación se suele justificar por la idea de que en la duda, el pago hecho por tercero debe ser considerado puro y simple”⁽⁶⁵⁾.

El inciso 1 del artículo 1261 de nuestro Código Civil establece lo siguiente: “La subrogación convencional tiene lugar: (i) Cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y lo sustituye en sus derechos”. Como puede apreciarse, el texto transcrito se refiere a *subrogación convencional*, no obstante, luego señala que esta tiene lugar cuando el acreedor recibe el pago del tercero y *lo sustituye* sus derechos (se diría con mayor precisión lo sustituye en la titularidad de su crédito), lo que nos llevaría más bien a un supuesto de subrogación por voluntad del acreedor. El texto para ser coherente, debería decir que “la subrogación convencional tiene lugar cuando el acreedor recibe el pago de un tercero no interesado”⁽⁶⁶⁾ y acuerda con éste sustituirlo “en sus derechos”.

Osterling Parodi y Castillo Freyre sostiene que:

“(L)a subrogación convencional no requiere formalidad alguna” y luego añaden: “Inclusive, no es necesario

que, cuando las partes - en el caso del inciso 1 del artículo 1261 el acreedor y el tercero - llegaran a ese acuerdo, manifiesten su voluntad en forma expresa, porque el artículo 141 del Código permite la manifestación de voluntad tácita”⁽⁶⁷⁾.

Es cierto que el inciso 1 del artículo 1261 del Código Civil no exige, como el caso del Código Civil italiano, que la subrogación deba realizarse de manera expresa, ni que debe establecerse *con claridad* como en el español. Tampoco exige que el acuerdo de subrogación deba ser contemporáneo al pago.

Que el acuerdo de subrogación deba ser contemporáneo al pago parece no generar dudas. En efecto, si el acuerdo de subrogación fuera posterior al pago, la relación obligatoria ya se habría extinguido y, por tanto, la titularidad del crédito no sería susceptible de ser transmitida.

En nuestra opinión, si bien aceptamos que habrá que analizar caso por caso, nos parece improbable que pueda darse un acuerdo tácito de subrogación. En efecto, debemos tener en cuenta que un convenio de subrogación tácito supondría que la voluntad de las partes (acreedor y tercero), o la de una de ellas⁽⁶⁸⁾, no sea declarada, pero se infiera de su comportamiento (*comportamiento concluyente*)⁽⁶⁹⁾. Un supuesto en que la

(63) La subrogación de un tercero en los derechos del acreedor no puede presumirse fuera de los casos expresamente mencionados en este Código. En los demás será preciso establecerla con claridad para que produzca efecto.

(64) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen II. *Óp. cit.*; p. 831. Para VATTIER FUENZALIDA la subrogación convencional “es siempre bilateral por cuanto ha de ser acordada o bien entre el acreedor y el tercero o bien entre el deudor y el prestamista” Véase VATTIER FUENZALIDA, Carlos. *Óp. cit.*; p. 509.

(65) DEL OLMO GARCÍA, Pedro. *Óp. cit.*; p. 392.

(66) En este sentido OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones*. *Óp. cit.*; p. 473.

(67) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones*. *Óp. cit.*; p. 478.

(68) La formación tácita puede referirse la participación en el acuerdo de todas las partes o sólo de alguna, como en el caso de una aceptación tácita de una oferta expresa.

(69) Como señala GALGANO, “su comportamiento corresponde a la ejecución de un contrato dado y, por tanto, permite presuponer que ellas han querido concluirlo. La suposición se basa sobre la incompatibilidad del comportamiento con una voluntad

El pago del tercero y los mecanismos de recuperación de la pérdida patrimonial sufrida por el pago de la obligación ajena en el Código Civil peruano
Payment of the third and recovery mechanisms of patrimonial loss suffered by the payment of the outside obligation in the Peruvian Civil Code

voluntad de ambas partes, de subrogar y de ser subrogado, se infiera del comportamiento parece difícil de imaginar en el acuerdo de subrogación.

También parece difícil de imaginar un caso en que la voluntad de una de las partes se infiera de su comportamiento. Así, por ejemplo, el acreedor podría declarar su intención de sustituir al tercero en sus derechos, pero ¿cuál sería el comportamiento concluyente del tercero? Se podría responder que se daría cuando el tercero pretenda del deudor el pago, pero ello se produciría posiblemente con posterioridad al pago del tercero (por lo que el acuerdo no sería contemporáneo al pago).

Podría ocurrir también, por ejemplo, que el tercero al hacer el ofrecimiento de pago al acreedor declare su voluntad de ser sustituido en los derechos de éste. ¿Cuál podría ser la conducta concluyente del acreedor? Queda descartado el hecho de recibir el pago, puesto que esto es algo que el acreedor, salvo los casos ya vistos, no puede negarse sin incurrir en mora *creditoris*. Recibir el pago no puede ser entendido como una intención de subrogar.

En Perú, entonces, los elementos constitutivos de la subrogación por voluntad del acreedor son: (i) el pago por un tercero y (ii) el convenio de subrogación entre el acreedor y el tercero que paga (contemporáneo al pago y, en principio, expreso).

2.1.2.1. Subrogación *ex parte debitoris*

El Código Civil peruano en 1261 del Código Civil recoge dos supuestos de subrogación *ex parte debitoris*, así en el inciso 2 y 3:

“La subrogación convencional tiene lugar:

1. (...)
2. Cuando el tercero no interesado en la obligación paga con aprobación expresa o tácita del deudor.
3. Cuando el deudor paga con una prestación que ha recibido en mutuo y subroga al mutuante en los derechos del acreedor, siempre que el contrato de mutuo se haya celebrado por documento de fecha cierta, haciendo

constar tal propósito en dicho contrato y expresando su procedencia al tiempo de efectuar el pago”.

2.1.2.1.1. Subrogación convencional entre el deudor y el tercero (inciso 2)

El Código Civil peruano establece como un supuesto de subrogación *ex parte debitoris*: “cuando el tercero no interesado en la obligación paga con aprobación expresa o tácita del deudor”. Este supuesto, en el Código Civil de 1936 era considerado como un caso de subrogación “*ex lege*” (numeral 3 del artículo 1269).

Osterling Parodi justificando el cambio señala: “En la misma medida en que el acreedor, por convenio con el tercero, puede subrogarlo; el deudor también puede estipular tal subrogación”. Y luego agrega: “El pacto consistiría en que el tercero no interesado en el cumplimiento de la obligación pagara con la aprobación expresa o tácita del deudor. En este orden de ideas, siempre intervendría el asentimiento del deudor”⁽⁷⁰⁾.

En nuestra opinión se trata de una *presunción de subrogación*. En efecto, el inciso 2 señala que la subrogación tiene lugar “cuando el tercero no interesado en la obligación paga con aprobación expresa o tácita del deudor”; no obstante, aprobar expresa o tácitamente el pago, no supone, necesariamente que exista un convenio de subrogación. En todo caso, se trataría de una presunción *iuris tantum* de la existencia de un convenio de subrogación.

Este supuesto no está previsto ni en el Código Civil francés ni en el Código Civil italiano. Si lo está en el inciso 2 del artículo 1.210 del Código Civil español:

contraria (...). Véase GALGANO, FRANCESCO. *Il Negozio Giuridico*. En: *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Milán: Giuffrè, 2002, p. 75.

(70) OSTERLING PARODI, Felipe. *Óp. cit.*; pp. 182-183.



Luciano Barchi Velaochaga

“Se presumirá que hay subrogación:

(..)

2.- Cuando un tercero no interesado en la obligación pague con aprobación expresa o tácita del deudor.

(..)”.

García Goyena comentando el inciso 2 del artículo 1117 de su proyecto de Código Civil de 1851 en España señalaba: “(...) debe presumirse que este (el deudor) por librarse de un acreedor más incómodo quiso que su favorecedor quedase subrogado en el lugar de aquél; y que igual fue la intención del tercero que hizo el pago; se presume, en una palabra, un pacto tácito de subrogación”⁽⁷¹⁾.

Díez-Picazo al respecto señala: “Nada impide, por supuesto, que exista esto que Goyena llama “el pacto tácito entre el deudor y un tercero”, en el que nada tiene que ver el acreedor, pero nada impide que este pacto sea expreso, de manera que por esta vía el deudor, con la colaboración de un tercero pueda hacer la subrogación” y luego añade: “En el Código aparece, además, otra importante novedad. Lo que en el Proyecto de 1851 era una subrogación *ex lege* o de pleno derecho, se ha convertido en una subrogación simplemente presumida. No existe rastro de las razones que determinaron esta importante novedad (...)”⁽⁷²⁾.

La subrogación convencional entre el deudor y el tercero, también está prevista en el Código Civil argentino, específicamente en el inciso 3 del artículo 768:

“La subrogación tiene lugar sin dependencia de la cesión expresa del acreedor a favor:

(..)

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

(..)”.

Como puede apreciarse, el Código Civil argentino considera este supuesto como uno de subrogación legal. Salvat explica

que dicho inciso tuvo su origen en el proyecto de García Goyena en España (artículo 1117, inciso 2) y que el Código Civil argentino lo amplió su alcance y acuerda la subrogación también en el caso que tercero no interesado efectúe el pago ignorándolo el deudor⁽⁷³⁾.

Explica Salvat que García Goyena sostenía la existencia de un pacto tácito de subrogación y al respecto señalaba:

“Esta explicación puede ser perfectamente justa para García Goyena, que acuerda la subrogación únicamente en el caso de haber pagado el tercero con el consentimiento expreso y tácito del deudor. Habría, en este caso, respecto a la subrogación, una voluntad presumida por la ley. Pero en nuestro código la subrogación se acuerda, no sólo cuando hay consentimiento expreso o tácito con el pago de parte del deudor, sino también cuando el tercero paga ignorándolo éste. La explicación de García Goyena, por consiguiente, no bastaría, o por lo menos, sería sólo parcialmente satisfactoria. Podría observarse, además, que la subrogación, aunque reposase sobre una presunción legal de voluntad, sería más bien de carácter convencional que legal, en el concepto estricto de esta última”⁽⁷⁴⁾.

León Barandiarán comentando el inciso 3 del artículo 1269 del Código Civil de 1936, similar al inciso 2 del artículo 1261 del Código Civil actual, pero que era considerado como un supuesto de subrogación legal, señalaba: “La aprobación por el deudor no es un elemento

(71) GARCÍA GOYENA citado por DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen II. *Óp. cit.*; p. 828.

(72) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen II. *Óp. cit.*; p. 829. Debe recordarse que para otros autores españoles, los supuestos que menciona el artículo 1.210 del Código Civil español son casos de subrogación legal. Véase TUR FAÚNDEZ, María Nélica. *Óp. cit.*; p. 32.

(73) SALVAT, Raymundo. *Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones en general*. 3ra. edición. Buenos Aires: Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, 1935; p. 561.

(74) SALVAT, Raymundo. *Óp. cit.*; p. 565.

El pago del tercero y los mecanismos de recuperación de la pérdida patrimonial sufrida por el pago de la obligación ajena en el Código Civil peruano
Payment of the third and recovery mechanisms of patrimonial loss suffered by the payment of the outside obligation in the Peruvian Civil Code

causante de la subrogación misma, es meramente una circunstancia que debe acompañar al pago, para que éste sea capaz de causar subrogación; no debiendo por consecuencia admitirse la idea de García Goyena de una presunción de pacto tácito de subrogación⁽⁷⁵⁾.

La aprobación del deudor debe efectuarse con anterioridad al pago o en el mismo momento de realizarlo. Ello porque no podría darse la subrogación si la relación obligatoria se hubiera extinguido al momento del pago. Ello supone que la aprobación expresa del deudor respecto del pago o su silencio luego de conocer la intención del tercero de ejecutar el pago. Al respecto Tur Faúndez sostiene que el silencio constituiría una forma de aprobación tácita⁽⁷⁶⁾.

2.1.2.1.2. Subrogación ex mutuo (inciso 3)

El inciso 3 se refiere a la subrogación *ex mutuo* es aquélla en virtud de la cual el deudor dispone a favor del tercero del cual haya obtenido en calidad de mutuo la suma destinada al pago. En tal sentido, en virtud de la subrogación, el mutuante se *asegura* la recuperación de la suma prestada a través de su sustitución en la misma relación obligatoria, aprovechándose de las garantías y privilegios del acreedor satisfecho. La mayoría de legislaciones la considera como el único supuesto de subrogación *ex parte debitoris*.

En Italia⁽⁷⁷⁾, la subrogación *ex parte debitoris* es el caso del inciso 3 del artículo 1261 de nuestro Código Civil y se le conoce como subrogación *por préstamo*⁽⁷⁸⁾. Se refiere al caso en que el deudor toma en mutuo lo que es necesario para cumplir su obligación (suma de dinero o bienes fungibles) y está sujeta a una serie de formalidades. Las formalidades se justifican en el hecho que el mutuo es un contrato que transfiere al mutuuario la propiedad de las cosas fungibles y, por tanto, por lo menos formalmente el deudor cumple entregando cosas que son propias, de modo que es necesario dejar claro el destino y proveniencia⁽⁷⁹⁾.

Para Bianca, la subrogación por voluntad del deudor es un efecto que se articula por dos actos, el mutuo y el pago: "la voluntad del deudor se presenta como intento de conexión de tales actos. No basta, por tanto, que el deudor pague sirviéndose del dinero tomado en mutuo pero ocurre que el mutuo haya sido intencionalmente contratado con el fin de realizar el pago"⁽⁸⁰⁾.

En la subrogación por préstamo, se califica al deudor que paga sólo como autor formal del pago, mientras autor sustancial sería el mutuante, no obstante, que el deudor utilice medios que son de su absoluta disponibilidad (la suma de dinero o los bienes fungibles mutuados)⁽⁸¹⁾. Esta subrogación tiene como función asegurar al mutuante la recuperación de la suma mutuada; el mutuante podría, eventualmente, ser inducido a celebrar el contrato de mutuo en razón de las garantías que aseguran el crédito.

Las formalidades exigidas, que el contrato de mutuo se haya celebrado por documento de fecha cierta, tienen como función tutelar a otros acreedores del mismo deudor contra las eventuales colusiones fraudulentas de éste con el mutuante, haciendo revivir una relación obligatoria ya extinguida o sustrayendo las garantías. Asimismo, el mutuo debe celebrarse con la finalidad de destinar la suma mutuada a la extinción de una determinada obligación del mutuuario que debe ser individualizada, haciendo constar tal propósito en dicho contrato. En tal sentido, se trata de un mutuo con propósito determinado, *mutuo*

(75) LEÓN BARANDIARÁN, José. *Comentarios al Código Civil Peruano*. Tomo II: *Obligaciones*. Buenos Aires: Ediar, 1956; p. 373.

(76) TUR FAÚNDEZ, María Nélica. *Óp. cit.*; p. 35.

(77) Artículo 1202 del Código Civil italiano.

(78) AMICO, Francesco. *Óp. cit.*; p. 970.

(79) VECCHI, Paolo María. *Óp. cit.*; p. 248.

(80) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. Vol. 4: L'obbligazione. Óp. cit.*; p.350.

(81) Véase, AMICO, Francesco. *Óp. cit.*; p.991.



Luciano Barchi Velaochaga

di scopo⁽⁸²⁾, en virtud del cual el mutuante tiene el derecho de perseguir la finalidad para la cual la suma fue prestada.

Al momento del pago debe expresarse su procedencia, expresando su procedencia al tiempo de efectuar el pago. Algunas legislaciones⁽⁸³⁾ establecen que en el recibo debe constar la declaración del deudor respecto a la procedencia de la suma empleada en el pago y el acreedor no puede rehusar indicarlo en recibo. Nuestro Código Civil no lo exige.

Si se da el mutuo sin las formalidades establecidas en el inciso 3, sería un caso en que el deudor cumple su propia obligación lo que determina la extinción integral de la relación obligatoria y el mutuante el derecho de recuperar la suma mutuada en virtud del propio contrato de mutuo.

Breccia, comentando la subrogación por voluntad del deudor prevista en el inciso 1 del artículo 1202 del Código Civil italiano (similar al inciso 3 del artículo 1261 del Código Civil), señala:

“Jurídicamente una similar forma de subrogación es difícilmente comprensible; y nos preguntamos cómo puede el legislador haber autorizado esta singular transferencia del crédito del acreedor a quien le ha dado la suma en mutuo al deudor sin que tenga ninguna relevancia la voluntad del mismo acreedor (se ha hablado, incluso, de una suerte de expropiación del crédito justificada por razones de practicidad; después de todo, el acreedor recibe lo suyo y no tiene una razón legítima de oponerse a un procedimiento útil para el deudor, útil para el capitalista complaciente, útil al interés económico general favorable a la liberación del deudor)”⁽⁸³⁾.

Finalmente el autor italiano advierte que la *ratio* está en la historia del nacimiento de la singular disposición: todo se origina en un edicto real de Enrique IV de Francia de mayo de 1609. Posteriormente una sentencia del Parlamento de París de 1690 estableció los requisitos formales y en el momento de la codificación francesa, la regla pasó a convertirse en el párrafo segundo del artículo 1250⁽⁸⁴⁾.

Cazeaux y Trigo Represas señalan:

“Todos los autores hacen notar que desde un punto de vista racional, resulta *prima facie* inadmisibles que el deudor pueda por sí y ante sí, sustituir a un extraño en los derechos de su acreedor y disponer de un bien –el crédito–, que no le pertenece expropiándolo del patrimonio de su acreedor (probablemente contra su voluntad), para transmitirlo al tercero que le facilitó el dinero. Pero en realidad el acreedor originario no sufre perjuicio alguno y simplemente es desinteresado mediante el pago de su crédito, recibiendo aquello que le era debido; razón por la cual ha podido decirse con justeza que ‘El (deudor) no dispone sino de lo propio: acordar al tercero la subrogación. El crédito no es tocado por él. Es el acreedor quién dispone del mismo, aceptando el pago’”⁽⁸⁵⁾.

(82) El *mutuo di scopo* se caracteriza por la entrega al mutuuario de cosas fungibles para utilizarse solamente para una finalidad expresamente señalada Véase ZAMBRANO, Virginia. *Óp. cit.*; p.388 y AMICO, Francesco. *Óp. cit.*; pp. 992-993.

(83) Artículo 1202 del Código Civil italiano: “(...) 3) *Che nella quietanza si menzioni la dichiarazione del debitore circa la provenienza della somma impiegata nel pagamento. Sulla richiesta del debitore, il creditore non può rifiutarsi di inserire nella quietanza tale dichiarazione*”.

(83) BRECCIA, Umberto. *Óp. cit.*; p.768.

(84) Véase, BRECCIA, Umberto. *Óp. cit.*; p. 768. DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen II. *Óp. cit.*; p. 834. VATTIER FUENZALIDA, Carlos. *Óp. cit.*; p. 498. ZAMBRANO sostiene que el edicto de Enrique IV de 1609 y la Ordenanza de 1673 constituyen la base normativa de la elaboración de Dumoulin, Renousson y Pothier. ZAMBRANO, Virginia. *Óp. cit.*; p. 356.

(85) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. *Óp. cit.*; p. 55.

El pago del tercero y los mecanismos de recuperación de la pérdida patrimonial sufrida por el pago de la obligación ajena en el Código Civil peruano
Payment of the third and recovery mechanisms of patrimonial loss suffered by the payment of the outside obligation in the Peruvian Civil Code

Los comentarios de Breccia, Cazeaux y Trigo Represas son también extensivos al inciso 2 del artículo 1261 del Código Civil. En efecto, no resulta comprensible como pueda producirse la transferencia de la titularidad del crédito sin que tenga relevancia la voluntad del titular (acreedor). En tal sentido, se comprende la opción adoptada por el Código Civil español al considerarlo un caso de subrogación *ex lege*.

Para Vattier Fuenzalida es un problema delicado determinar la naturaleza convencional o legal de la subrogación *ex mutuo*, pues en base de la redacción facultativa del 1211 del Código Civil español⁽⁸⁶⁾:

“(S)e ha afirmado de forma explícita que se trata de una subrogación convencional acordada por el deudor y el mutuante para que éste subentre en la posición jurídica del acreedor; pero este argumento textual no es convincente, sobre todo, si se tiene en cuenta que la subrogación, una vez satisfechas las formalidades legales, no sólo impone al acreedor, sino que, además, el propio deudor no puede impedirlo. Por el contrario, parece que, una vez realizado el pago, estamos más bien ante un efecto *ex lege*; de aquí que se haya entendido acertadamente que esta modalidad de subrogación constituye, en realidad, un supuesto de subrogación legal”⁽⁸⁷⁾.

Finalmente debe tenerse en cuenta que el mutuante conserva, no obstante la subrogación, el derecho a la restitución de la suma mutuada en virtud del contrato de mutuo⁽⁸⁸⁾.

2.2. Subrogación total y subrogación parcial

Un problema importante se presenta en relación a la determinación de la medida de la cuantía del crédito que la subrogación transmite. Al respecto debe afirmarse que, de acuerdo con el artículo 1262 del Código Civil “(...) hasta por

el monto de lo que hubiese sido pagado”, el tercero subrogado adquiere el derecho de crédito del acreedor subrogante en la medida de lo efectivamente pagado. Así, si se paga el total de la deuda, la subrogación transmite el crédito en la cuantía de lo pagado (subrogación total), así, por ejemplo, si *Primus* debe a *Secundus S/.* 1,000 y *Tertius* (tercero interesado) paga los S/. 1000.

Una diferencia fundamental entre la cesión de créditos y la subrogación está dada en que la cuantía de la subrogación debe limitarse siempre a lo que ha pagado el *solvens* y no puede extenderse al valor nominal de crédito, por cuanto es el pago el que fundamenta y justifica la existencia de la subrogación⁽⁸⁹⁾.

Respecto al pago parcial, la regla sigue siendo la misma: el tercero subrogado adquiere el derecho de crédito del acreedor subrogante en la medida de lo efectivamente pagado. En efecto, en el caso de un pago parcial, se producirá una subrogación parcial y como consecuencia de ella concurrirán como acreedores, el subrogado por la parte del crédito pagado y el acreedor parcialmente pagado por el saldo. Así, por ejemplo, si *Primus* debe a *Secundus S/.* 1,000 y *Tertius* (tercero interesado) paga, con aceptación del acreedor, S/. 500, entonces *Secundus* y *Tertius* concurrirán como acreedores cada uno por S/. 500.

Respecto a la subrogación parcial, el artículo 1264 del Código Civil establece lo siguiente:

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

(87) VATTIER FUENZALIDA, Carlos. *Óp. cit.*; p. 510. Cabe advertir que para Vattier Fuenzalida la subrogación *ex parte creditoris* se identifica con la cesión de créditos y la subrogación *ex parte debitoris*, como hemos visto, es un caso de subrogación legal, por lo que la categoría de la subrogación convencional debe desaparecer por ser inútil y carecer de contenido.

(88) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. Volumen 4: *L'obbligazione*. *Óp. cit.*; p.362.

(89) Artículo 1262 del Código Civil.- La subrogación sustituye al subrogado en todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, hasta por el monto de lo que hubiese pagado.



Luciano Barchi Velaochaga

“Si el subrogado en lugar del acreedor lo fuese sólo parcialmente, y los bienes del deudor no alcanzasen para pagar la parte restante que corresponda al acreedor y la del subrogado, ambos concurrirán igual derecho por la porción que respectivamente se les debiera”.

El artículo citado se separa del Código Civil francés (artículo 1252⁽⁹⁰⁾) conforme al cual el acreedor que recibe un pago parcial puede cobrar con preferencia al tercero subrogado el saldo que conserva a su favor.

Respecto a las garantías que se transmiten en caso de una subrogación parcial, Navarro Pérez señala: “En el caso de subrogación parcial, el acreedor que ha recibido un pago parcial, no transfiere al subrogado las garantías accesorias de su crédito más que en la medida que dichas garantías no son necesarias para cobrar el resto del crédito, como expresa el aforismo *nemo subrogat contra sé* (...)”⁽⁹¹⁾.

3. La subrogación y el régimen de la cesión de créditos

Como hemos señalado, la subrogación, como la cesión de créditos, tiene como efecto alterar subjetivamente, en su lado activo, una relación jurídica patrimonial preexistente. Supone la sustitución del sujeto activo original por uno nuevo: el tercero que paga, permaneciendo inmutada y conservándose la identidad de la relación jurídica patrimonial. Ambas figuras son hipótesis de modificaciones subjetivas del lado activo⁽⁹²⁾.

La semejanza entre la cesión de créditos y la subrogación es notoria, así el Código Civil portugués de 1966, reconociendo las similitudes entre las dos figuras, regula la cesión de créditos y la subrogación dentro del capítulo “*Transmissão de créditos e de dívidas*”.

Como advierte Navarro Pérez: “La teoría que identifica la cesión y la subrogación es aceptada por la doctrina alemana y el BGB, que configuran los típicos casos de subrogación legal como otras tantas cesiones legales, a las que se aplicarán por analogía las reglas de la cesión convencional”⁽⁹³⁾.

Respecto a la cesión legal, el artículo 1214 del Código Civil señala: “Cuando la cesión opera por ministerio de la ley, el cedente no responde de su realidad, no de la solvencia del deudor”.

La cesión de créditos legal es la transferencia del crédito que tiene como título la ley y como señala Bianca: “un ejemplo importante de cesión legal puede ser reconocido en la subrogación legal. Esta subrogación es en efecto un vicisitud traslativa, que se caracteriza porque a continuación del pago el tercero sub entra por ley en la posición del acreedor frente al deudor” y luego añade: “Es por tanto la disciplina de la cesión que corresponde recurrir, al menos por analogía, para colmar las lagunas de la disciplina de la subrogación legal”⁽⁹⁴⁾.

No obstante, para Navarro Pérez. “(...) hay una serie tan grande de diferencias entre ambas instituciones, que resulta imposible asimilarlas y confundirlas”⁽⁹⁵⁾.

Veremos, entonces, si se le aplica a la subrogación la regulación de la cesión de créditos.

(90) “*La subrogation établie par les articles précédents a lieu tant contre les cautions que contre les débiteurs: elle ne peut nuire au créancier lorsqu’il n’a été payé qu’en partie; en ce cas il peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n’a reçu qu’un paiement partiel*”.

(91) NAVARRO PÉREZ, José Luis. *Óp. cit.*; p. 52.

(92) Comparar el artículo 1211 y el artículo 1262 del Código Civil.

(93) NAVARRO PÉREZ, José Luis. *Óp. cit.*; p. 49. El § 412 del BGB señala: “Las disposiciones sobre la transmisión de créditos se aplican por analogía a las transmisiones de otros derechos, si la ley no dispone otra cosa”.

(94) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. Volumen 4: L’obbligazione. Óp. cit.*; p. 610.

(95) NAVARRO PÉREZ, José Luis. *Óp. cit.*; p. 50.

El pago del tercero y los mecanismos de recuperación de la pérdida patrimonial sufrida por el pago de la obligación ajena en el Código Civil peruano
Payment of the third and recovery mechanisms of patrimonial loss suffered by the payment of the outside obligation in the Peruvian Civil Code

3.1 ¿Es necesario que el deudor conozca de la subrogación?

El artículo 1215 del Código Civil establece lo siguiente⁽⁹⁶⁾: “La cesión produce efecto contra el deudor cedido desde que éste la acepta o le es comunicada fehacientemente”.

Si bien nuestro Código Civil no señala nada al respecto, en la subrogación personal no es necesario el consentimiento del deudor, salvo evidentemente en el caso de la subrogación *ex parte debitoris*, pero sí es imprescindible su conocimiento para que la sustitución le pueda ser opuesta. En tal sentido, si el deudor paga al acreedor original desconociendo la subrogación, queda liberado, incluso frente al subrogado.

En este sentido, Bianca afirma: “La subrogación se perfecciona con el pago hecho al acreedor originario y es inmediatamente eficaz a favor del tercero subrogado”. Luego el autor italiano añade: “La subrogación es inmediatamente eficaz frente al deudor, quedando a salvo la tutela de su buena fe. Precisamente, el deudor que paga al acreedor originario ignorando la subrogación producida, queda liberado también frente al tercero subrogado”⁽⁹⁷⁾.

Para Díez-Picazo: “La notificación de la subrogación al deudor no es exigida por la ley, aunque es necesaria para que pueda surtir plenos efectos frente a él”⁽⁹⁸⁾.

En la misma línea, Amico señala que la subrogación es inmediatamente eficaz a favor del tercero subrogado frente al deudor y de cualquier otro sujeto; en particular, la ley no condiciona la eficacia, a diferencia de lo que ocurre con la cesión de créditos, a la notificación al deudor. No obstante, dado que el deudor de buena fe (que paga al acreedor originario) queda liberado, debe reconocerse que el acreedor subrogado tiene la carga de informar al deudor de la subrogación⁽⁹⁹⁾.

Opinión contraria la de Navarro Pérez para quien:

“en la subrogación no es necesaria la notificación, produciendo sus efectos en relación con el deudor desde que se efectúa. La notificación al deudor no es necesaria en la cesión como requisito del negocio, pero sí para su eficacia; en la subrogación no es necesario el conocimiento del deudor ni para la perfección del negocio ni para su eficacia”⁽¹⁰⁰⁾.

No compartimos esta posición. Hemos dicho que el pago es el supuesto de hecho de la subrogación, como tal entonces, puede pasar totalmente desapercibido para el deudor. Esto significa, entonces, que si el deudor desconoce el pago del tercero⁽¹⁰¹⁾, éste se encontraría frente a un fenómeno de apariencia. En efecto, para el deudor, mientras no conozca el pago el acreedor original sigue siendo tal; en otras palabras se trata de un acreedor aparente⁽¹⁰²⁾.

En tal sentido si el deudor paga al acreedor aparente, debe ser protegido y, en tal sentido, debe quedar liberado, incluso frente al subrogado, tal como lo dispone el artículo 1216 del Código Civil⁽¹⁰³⁾ para el caso de la cesión.

3.2. La subrogación y la responsabilidad por la *veritas nominis*

En la cesión de créditos se regula la responsabilidad por la *veritas nominis*; es

(96) Véase BARCHI VELAUCHAGA, Luciano. *La cesión de créditos en el Código Civil peruano de 1984*. En: *Revista Taller de Derecho*. Año I. No. 1. Lima: Asociación Taller de Derecho, enero 2002; pp. 101-134.

(97) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. Volumen 4: L'obbligazione. Óp. cit.*; p. 360.

(98) DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen Segundo. Óp. cit.*; p. 832.

(99) AMICO, Francesco. *Óp. cit.*; p. 980 y p. 996.

(100) NAVARRO PEREZ, José Luis. *Óp. cit.*; p. 51.

(101) Esto es incluso aplicable a los casos en que el deudor ha prestado su consentimiento, pues, en principio, ignoraría la “efectividad” del pago. Ver tercer párrafo del artículo 1435 del Código.

(102) Como indica Martínez De Velasco un acreedor aparente: “es tal por aparecer como acreedor verdadero, sin serlo por cualquier causa”. Véase CANO MARTINEZ, Ignacio. *Óp. cit.*; p. 75.

(103) “El deudor que antes de la comunicación o de la aceptación, cumple la prestación respecto al cedente, no queda liberado ante el cesionario si éste prueba que dicho deudor conocía de la cesión realizada”.



Luciano Barchi Velaochaga

decir, de la responsabilidad del cedente frente al cesionario por la inexistencia y la ilegitimidad del crédito⁽¹⁰⁴⁾. El artículo 1212 del Código Civil establece: “El cedente está obligado a garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido, salvo pacto distinto”.

El artículo 594 del Código Civil portugués de 1966 remite a los artículos 582, 583 y 584 relativos a la cesión de créditos que resultan de aplicación para a la subrogación: lo referente a la transferencia de garantías y otros accesorios; los efectos en relación al deudor y la cesión a varias personas. No resulta de aplicación, sin embargo, el artículo 587 que, en su inciso 1, se refiere a la responsabilidad por la *veritas nominis*.

El artículo 769 del Código Civil argentino señala: “La subrogación convencional tiene lugar, cuando el acreedor recibe el pago de un tercero, y le trasmite expresamente todos sus derechos respecto de la deuda. En tal caso, la subrogación será regida por las disposiciones sobre la cesión de derechos”.

Para Cazeaux y Trigo Represas: “En la cesión el cedente debe al cesionario la garantía de la existencia del crédito al tiempo de la cesión – artículos 1476 a 1478 del código civil -, en la subrogación tal obligación no existe salvo pacto expreso, pues el antiguo acreedor no ha querido ceder su título, sino percibir lo que se le debía⁽¹⁰⁵⁾”.

De acuerdo con Gomes, en Brasil, cuando la subrogación se verifica mediante acuerdo entre el acreedor original y el tercero que paga, se subordina al régimen legal de la cesión de créditos⁽¹⁰⁶⁾. No obstante, el mismo autor señala que el efecto traslativo de la subrogación no se confunde con la cesión de créditos. Si el crédito no existe, el subrogado no puede pedir la restitución de lo que pagó bajo el fundamento que tal garantía

le era debida por el acreedor como ocurre en la cesión de créditos. En tal caso, el tercero habría incurrido en un pago indebido⁽¹⁰⁷⁾.

De acuerdo con Bozzi, el acreedor no está obligado a garantizar la existencia del crédito y la inexistencia del crédito supone más bien la falta de uno de los presupuestos de la subrogación⁽¹⁰⁸⁾.

Para Bianca: “las normas de la cesión del crédito resultan en parte inaplicables a la subrogación en cuanto regulan la cesión como contrato de enajenación, y resultan por tanto extrañas a la subrogación como efecto del pago⁽¹⁰⁹⁾. Según el autor italiano si la relación obligatoria no existe el *solvens* tendrá derecho a la repetición en virtud del pago indebido⁽¹¹⁰⁾”.

Al respecto Díez-Picazo señala: “El acreedor que transmite el crédito por subrogación no es, como ya hemos dicho, un cedente. No asume por ello ninguna garantía frente al subrogado. No responde ni de la *veritas nominis* ni de la *bonitas nominis*⁽¹¹¹⁾”.

Navarro Pérez apunta al respecto que no existen las garantías de la *veritas nominis* ni de la *bonitas nominis*: “ya que el antiguo acreedor no ha querido ceder su crédito, limitándose a recibir lo que se le debe”, y luego nos dice:

“Si se diera el caso de que la deuda pagada con subrogación fuese inexistente,

(104) Véase BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. *La cesión de créditos en el Código Civil peruano de 1984*. En: Revista Taller de Derecho. Año I. No. 1. Lima: Asociación Taller de Derecho, enero 2002; p. 101-134. Asimismo, se regula la responsabilidad por la *bonitas nominis* se refiere al riesgo por la insolvencia del deudor cedido. Así el artículo 1212 del Código Civil.

(105) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. *Óp. cit.*; p. 68.

(106) Véase GOMES, Orlando. *Óp. cit.*; p. 141.

(107) Véase GOMES, Orlando. *Ídem.*; pp. 141 y 142.

(108) BOZZI, Giuseppe. *Óp. cit.*; p. 253.

(109) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. Vol. 4: L'obbligazione. Óp. cit.*; p. 359.

(110) *Ídem.*; p. 287.

(111) DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen I. 2da. edición. Madrid: Tecnos, 1986; p. 818. En el mismo sentido, véase NAVARRO PEREZ, José Luis. *Óp. cit.*; pp. 50-51.

El pago del tercero y los mecanismos de recuperación de la pérdida patrimonial sufrida por el pago de la obligación ajena en el Código Civil peruano
Payment of the third and recovery mechanisms of patrimonial loss suffered by the payment of the outside obligation in the Peruvian Civil Code

indudablemente el subrogado podría reclamar al supuesto acreedor el reembolso de lo que pagó indebidamente. En cuanto a esto último Planiol y Ripert indican que ocurre simplemente por el ejercicio de la acción de repetición de lo indebido, no porque exista una acción de garantía como sucede en la cesión de créditos⁽¹¹²⁾.

La diferencia entre la subrogación legal y la cesión de créditos es evidente teniendo en cuenta que, en la primera, la transmisión del crédito opera con independencia de la voluntad de su titular, cosa que no ocurre respecto de la cesión. En tal sentido, resulta patente que, en el caso de la subrogación legal, el acreedor no asume ninguna garantía frente al subrogado; es decir, no responde de la *veritas nominis*.

En cambio, la diferencia no es tan clara entre la cesión de créditos y la subrogación convencional *ex parte creditoris*, que, como hemos visto en nuestro Código Civil, se refiere al acuerdo entre el acreedor y el tercero no interesado que paga. Para Vattier Fuenzalida la subrogación convencional *ex parte creditoris* se identifica con la cesión de créditos⁽¹¹³⁾ por lo que según el autor el acreedor respondería frente al *solvens* por la *veritas nominis*.

En nuestra opinión, aún en este caso, si la relación obligatoria no existe, el pago del tercero sería una atribución patrimonial sin causa y, por lo tanto, tendría el derecho a la repetición en virtud del artículo 1267 del Código Civil (pago indebido).

3.3. El *pactum de non cedendo* y la subrogación

El artículo 1210 del Código Civil establece la posibilidad de pactar la prohibición de la cesión o establecer restricciones a ésta:

“La cesión no puede efectuarse cuando se opone a la ley, a la naturaleza de la obligación o al pacto con el deudor.

El pacto por el que se prohíbe o restringe la cesión es oponible al cesionario de buena fe, si consta del

instrumento por el que se constituyó la obligación o se prueba que el cesionario lo conocía al momento de la cesión”.

La doctrina ha denominado a este acuerdo entre el acreedor y el deudor que prohíbe al primero transferir su crédito a un tercero: *pactum de non cedendo*⁽¹¹⁴⁾.

Si en un contrato las partes hubieran previsto el *pactum de non cedendo*, ¿la prohibición alcanza a la subrogación? Bozzi al respecto señala que la subrogación no está sujeta a las prohibiciones previstas para la cesión de créditos, dada la diversa función de ambas instituciones⁽¹¹⁵⁾. En cambio, para Buccisano, citado por Bianca, el *pactum de non cedendo* comprendería la subrogación por voluntad del acreedor⁽¹¹⁶⁾.

3.3.1. La “acción” de reembolso del tercero frente al deudor (o “acción” de regreso)

Se trata de una relación obligatoria *ex novo*, que nace en el momento del pago y se genera entre el tercero y el deudor. Al respecto, Díez-Picazo señala: “Por virtud de ella, el *solvens* puede reclamar al deudor lo que él haya pagado. El crédito del *solvens* es el equivalente exacto de la prestación por él ejecutada⁽¹¹⁷⁾.”

Para Vattier Fuenzalida la subrogación y el regreso son, a pesar de estar ligadas, instituciones distintas. Para el autor español:

“(…) el derecho de regreso atiende a la repetición de lo que se ha pagado y se concreta en el interés del *solvens* en

(112) NAVARRO PEREZ, José Luis. *Óp. cit.*; p. 51.

(113) VATTIER FUENZALIDA, Carlos. *Óp. cit.*; p. 510.

(114) Véase BARCHI VELA CHAGA, Luciano. *La cesión de créditos en el Código Civil peruano de 1984*. En: Revista Taller de Derecho. Año I. No. 1. Lima: Asociación Taller de Derecho, enero 2002.

(115) BOZZI, Giuseppe. *Óp. cit.*; p. 252.

(116) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. Vol. 4: L'obbligazione. Óp. cit.*; p. 359.

(117) DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen II. *Óp. cit.*; p. 486.



Luciano Barchi Velaochaga

orden a obtener del deudor lo que aquél ha pagado al acreedor, o el equivalente, por lo que representa, en cierto modo, el objeto o el interés protegido y asegurado por la subrogación. Uno y otra se fundamentan en la necesidad de evitar el enriquecimiento indebido del deudor, pero el regreso es un derecho subjetivo que, a diferencia de la subrogación, surge *ex novo* del hecho del pago y sustituye y extingue el crédito y los derechos accesorios⁽¹¹⁸⁾.

Según Vattier Fuenzalida:

“(E)l regreso supone la existencia de una auténtica novación extintiva, de naturaleza tanto subjetiva como objetiva. Se trata de una novación subjetiva porque confiere al *solvens* un derecho nuevo a la obtención del reembolso, quien no puede subentrar en la titularidad del crédito que se ha extinguido ya por el pago; novación que es, también, objetiva porque el derecho de regreso sustituye al propio crédito, aun cuando, en ocasiones, el montante de uno y otro sea el mismo. Salvo en lo que concierne a la cuantía, nada de esto existe, como sabemos, en la subrogación, que constituye, en rigor, un *plus* añadido por la ley, en determinados casos merecedores de especial tutela, con la precisa finalidad de asegurar la efectividad del propio regreso⁽¹¹⁹⁾.”

No compartimos la opinión de Vattier Feunzalida. El regreso no supone la existencia de una novación. De acuerdo con el segundo párrafo del artículo 1277 del Código Civil: “Para que exista novación es preciso que la voluntad de novar se manifieste indubitablemente en la nueva obligación, o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva”. En este caso, no se da una novación, la relación obligatoria entre el acreedor y el deudor se extingue por el pago del tercero y surge, como consecuencia de dicho pago, entre el deudor y el tercero una relación obligatoria (*ex novo*). Esta nueva relación obligatoria tiene como fundamento, no la voluntad de las partes, sino el principio del enriquecimiento sin causa.

Como hemos visto, en el caso de la subrogación, al tratarse de una modificación subjetiva no novativa de la relación

obligatoria, supone que ésta mantiene su identidad y, por tanto, pervive el régimen de garantías y el deudor puede oponer al nuevo acreedor las mismas excepciones (medios de defensa) que hubiera podido oponer al antiguo acreedor. Esto no ocurre en el derecho de reembolso, puesto que nos encontramos frente a una nueva y, por tanto, distinta relación obligatoria.

¿La subrogación legal impide al tercero recurrir a la acción de reembolso? Al respecto Del Olmo García se pregunta, por un lado, si la subrogación legal es vinculante para el *solvens* y, por otro, si el hecho de que el tercero se subrogue elimina otros derechos que, como el reembolso, podría haber adquirido por el pago⁽¹²⁰⁾.

Hernández Gil sostiene que, cuando paga un tercero no interesado pero con aprobación del deudor, se produce un derecho de opción a favor del tercero que le permite elegir entre la subrogación y el reembolso para recuperar del deudor lo que hubiese pagado. Según este autor: “la titularidad de los dos derechos es cumulativa: pero no así su ejercicio. Son dos modos de reclamar frente al deudor lo que por él se ha satisfecho. Pero, por eso mismo, se excluyen recíprocamente. Si se opta por el reembolso no procede instar la subrogación, y a la inversa⁽¹²¹⁾”. De acuerdo con Del Olmo García, esta afirmación hecha por Hernández Gil para el caso del pago de un tercero no interesado con aprobación del deudor, se ha generalizado al resto de casos en que, conforme a los artículos 1.158 y 1.210 del Código Civil español, se produzcan dos derechos distintos para reclamar al deudor lo por él satisfecho⁽¹²²⁾.

(118) VATTIER FUENZALIDA, Carlos. *Óp. cit.*; p. 503.

(119) *Ibidem*.

(120) Véase DEL OLMO GARCÍA, Pedro. *Óp. cit.*; p. 191.

(121) HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Óp. cit.*; p. 214.

(122) Véase DEL OLMO GARCÍA, Pedro. *Óp. cit.*; p. 235.

El pago del tercero y los mecanismos de recuperación de la pérdida patrimonial sufrida por el pago de la obligación ajena en el Código Civil peruano
Payment of the third and recovery mechanisms of patrimonial loss suffered by the payment of the outside obligation in the Peruvian Civil Code

Díez-Picazo señala:

“El hecho de que el Código conceda al tercero que paga una deuda ajena una serie de posibilidades diferentes (subrogación, reembolso y acción de enriquecimiento), hace que, en determinados casos, puedan concurrir algunas de estas acciones. Si se encuentran escalonadas, en la forma en que antes han sido citadas, resulta que el tercero que puede subrogarse en el crédito, puede también ejercitar los derechos de reembolso y de enriquecimiento; y el tercero con derecho de reembolso puede ejercitar la acción de enriquecimiento; de manera que sólo los titulares de esta última carecerían de todo otro remedio. Ello ha inducido a algún sector doctrinal a afirmar que tiene que existir una facultad de opción, que es una carga para el titular de las acciones. No queda claro si por opción se entiende una sistema en el cual, de acuerdo al viejo brocardo, ‘elegida una vía no se da el recurso a las demás’, entendiéndose por ende que sólo puede ejercitarse uno de los derechos o acciones reconocidos. A mi juicio, un sistema opcional no tiene base ninguna en la ley y es muy difícil de admitir. Más todavía cuando se sostiene que la opción tiene que realizarse en el momento mismo en que el pago se lleva a cabo. A mi juicio, ante el silencio de la ley, nada impide un ejercicio conjunto, si bien, como es lógico, de tipo alternativo, de los remedios legalmente reconocidos”⁽¹²³⁾.

Tur Faúndez señala que: “la subrogación no siempre tiene sentido; lo cierto es que sólo se justifica cuando el crédito originario está más reforzado que el nuevo crédito de reembolso. Tan sólo en este supuesto es comprensible que el tercero tenga interés en la subrogación, puesto que, en caso contrario satisface su derecho del mismo modo el derecho de reembolso (...)”⁽¹²⁴⁾. Más adelante añade:

“(...) el ejercicio de la acción de reembolso depende de que no se ejercite por el titular de la misma ninguna otra acción para hacer efectivo su derecho. En concreto, y en el ámbito del pago del tercero, solamente ser podrá

ejercitar la acción de reembolso cuando no proceda la subrogación, o cuando quien podría subrogarse en la posición del inicial acreedor, no lo hace”⁽¹²⁵⁾.

De acuerdo con Bianca:

“El tercero subrogado sub-entra en el derecho de crédito debido al acreedor pagado respecto al deudor. Pero el tercero espera normalmente frente al mismo deudor una pretensión creditoria que prescinde de la subrogación y que tiene título en una específica acción de regreso o en una acción de enriquecimiento. En el caso de subrogación por voluntad del deudor, luego, el tercero que ha dado en mutuo la suma destinada al pago tiene, no obstante, el derecho a la restitución de la suma mutuada”⁽¹²⁶⁾.

El crédito que deriva de la subrogación y el que deriva de la relación subyacente no son acumulables.

El derecho subrogado y el derecho derivado de la relación subyacente son derechos diferentes fundados en títulos distintos. Mediante la subrogación el tercero adquiere un derecho que ya existe del cual es titular el acreedor, pero el derecho de regreso nace, en cambio, directamente en cabeza del tercero que pagó.

Según Bianca “Esta duplicidad de pretensiones es entendida en la doctrina en sentido alternativo. El tercero, es decir, no podría valerse del derecho de regreso y de la subrogación pero debería elegir entre uno y el otro. Propuesta una acción, esta no podría ser cambiada por la otra”⁽¹²⁷⁾.

(123) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen II. *Óp. cit.*; p. 489.

(124) TUR FAÚNDEZ, María Nélide. *Óp. cit.*; pp. 37 y 38.

(125) *Ídem.*; p. 220.

(126) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. Vol. 4: L'obbligazione*. *Óp. cit.*; p. 362.

(127) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. Vol. 4: L'obbligazione*. *Óp. cit.*; p. 363.



Luciano Barchi Velaochaga

En tal sentido, el tercero tiene dos vías alternativas: la subrogación y la “acción” de reembolso o regreso. Vecchi al respecto señala:

“Obviamente no es admisible que quien ha pagado termine por lucrar ejercitando los dos derechos, y como consecuencia el concurso es considerado por la doctrina y por la jurisprudencia como alternativo, en el sentido que una vez obtenido lo que es debido por una vía, el subrogado no puede emprender la otra, así como, también ejercitando el derecho adquirido por subrogación no puede, sin embargo, exigir más de cuanto le corresponda en base las relaciones con el deudor”⁽¹²⁸⁾.

La acción de reembolso se hace exigible en el mismo momento que se produce el pago del tercero. No se tiene en cuenta el tiempo que hubiera transcurrido desde que el acreedor originario pudo ejercitar su derecho frente al deudor, pues este es un derecho distinto respecto al derecho de reembolso que surge entre el tercero y el deudor⁽¹²⁹⁾. Tratándose de una acción personal, conforme al inciso 1 del artículo 2001 del Código Civil, el plazo de prescripción es de diez años.

3.3.2. La “acción” de enriquecimiento (*in rem verso*)⁽¹³⁰⁾

En virtud de la acción de enriquecimiento *in rem verso*, el tercero puede reclamar al deudor no el importe de lo pagado por él, sino la medida de valor en que el pago haya sido útil al deudor y éste se haya enriquecido con él. Así, por ejemplo, si el tercero paga 100 (lo que el deudor debe al acreedor) pero resulta que la obligación había prescrito, el pago del tercero no le ha sido útil al deudor por lo que el tercero no tiene derecho de reembolso frente al deudor⁽¹³¹⁾. Otro caso sería que el tercero

pague 100, sin saber que por un pago parcial la deuda se había reducido a 80. En este caso al deudor sólo le es útil 80 por lo que el tercero tiene la *actio in rem verso* sólo por 80 y respecto los 20 restantes, la acción restitutoria por pago indebido contra el acreedor.

Como señala Díez-Picazo, la acción de enriquecimiento “se diferencia de la acción de reembolso en que no otorga un derecho a recuperar las cantidades satisfechas o los desembolsos realizados, sino sólo en aquella medida en que al deudor le hubiera sido útil el pago”⁽¹³²⁾.

De acuerdo con el artículo 1148 del Código Civil español, la *actio in rem verso* sólo procede cuando el pago del tercero se produce contra la expresa voluntad del deudor. En tal sentido, cuando el pago del tercero se hace en ignorancia del deudor lo que procede es la acción de reembolso⁽¹³⁴⁾.

De acuerdo con Lauroba Lacasa, el derecho de repetición se adoptó considerando que el deudor se enriquecería injustamente si el tercero que pagó no pudiera reclamar ni siquiera lo que ha sido útil⁽¹³⁵⁾.

Para la autora española:

“El término útil equivale aquí a ‘lo finalmente debido’, es decir, a lo que el deudor, tras haber

(128) VECCHI, Paolo María. *Óp. cit.*; p. 251.

(129) Véase TUR FAÚNDEZ, María Nélica. *Óp. cit.*; p. 217.

(130) Díez-Picazo señala: “Esta acción ha sido denominada en ocasiones *in rem verso* (...) Procede seguramente de la doctrina francesa y no es otra cosa que una forma de indicar la acción de enriquecimiento que se produce en el patrimonio de una persona por intermedio de un tercero. Lo que se denominó la acción *in rem verso* del Derecho común no es otra cosa que lo que hoy se denomina acción de enriquecimiento”. DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen Segundo. *Óp. cit.*; p. 486.

(131) El tercero tendrá derecho de exigir la restitución por el acreedor por pago indebido.

(132) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen II. *Óp. cit.*; p. 488.

(134) Véase DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen II. *Óp. cit.*; p. 486.

(135) LAUROBA LACASA, María Elena. *El Pago del Acreedor Incapaz (Análisis del artículo 1.163.1 del Código Civil)*. Madrid: Civitas, 1990; p. 96.

El pago del tercero y los mecanismos de recuperación de la pérdida patrimonial sufrida por el pago de la obligación ajena en el Código Civil peruano
Payment of the third and recovery mechanisms of patrimonial loss suffered by the payment of the outside obligation in the Peruvian Civil Code

opuesto todo tipo de excepciones, hubiera debido pagar. Así, si el deudor hubiera podido convenir con el acreedor una reducción de la deuda y el tercero la ha pagado en su integridad, sólo podrá repetir del deudor la cantidad reducida, y lo mismo ocurrirá, por ejemplo, si el tercero pagase antes del término establecido entre el deudor y acreedor: sólo podrá repetir contra aquél en el monto fijado⁽¹³⁶⁾.

El Código Civil argentino distingue según el pago del tercero haya sido hecho en ignorancia del deudor (artículo 727) o contra su voluntad (artículo 728).

El artículo 727 establece:

“El pago puede hacerse también por un tercero con asentimiento del deudor y aun ignorándolo éste, y queda la obligación extinguida con todos sus accesorios y garantías. En ambos casos, el que hubiese hecho el pago puede pedir al deudor el valor de lo que hubiese dado en pago, sólo tendrá derecho a ser reembolsado desde el día del vencimiento”.

El artículo 728 dispone: “El pago puede también ser hecho por un tercero contra la voluntad del deudor. El que así lo hubiese verificado tendrá sólo derecho a cobrar del deudor aquello en le hubiese sido útil el pago”.

El último párrafo del artículo 1222 del Código Civil establece: “(..) Quien paga sin asentimiento del deudor, sólo puede exigir la restitución de aquello que le hubiese sido útil el pago”.

El texto citado se refiere al pago *sin asentimiento del deudor*, el cual comprende tanto el pago efectuado en ignorancia como el pago realizado contra la voluntad del deudor. En cualquiera de los dos supuestos le corresponde al tercero la *actio in rem verso*.

4. Los efectos del pago del tercero en el Código Civil peruano

De acuerdo con Tur Faúndez: “La doctrina coincide en considerar como efecto del pago del tercero - en cuanto a las relaciones entre

el deudor y el *solvens* se refiere - el ejercicio de medios tendentes a reintegrar el desembolso que se hizo por aquél (deudor) (...)”⁽¹³⁷⁾.

Las hipótesis que se pueden presentar son las siguientes:

- a) Pago del tercero interesado
- b) Pago del tercero no interesado

4.1. Pago del Tercero Interesado

De acuerdo con el Código Civil peruano, cuando el tercero interesado paga se subroga en el crédito pagado. Subrogación legal conforme al artículo 1260 inciso 2 del Código Civil:

“La subrogación opera de pleno derecho a favor:

1. (...)
2. De quien por tener legítimo interés cumple la obligación.
3. (...).”

Según Del Olmo García, en España, cuando paga un tercero interesado, se produce la subrogación (artículo 1210, inciso 1 y 3 del Código Civil español), independientemente de cuál sea la voluntad del acreedor y la del deudor⁽¹³⁷⁾.

De acuerdo con nuestro Código Civil en el caso que opere la subrogación *ex lege* ¿Es trascendente si el tercero interesado paga con o sin asentimiento del deudor?

Para responder esta pregunta debemos tener en cuenta el último párrafo del artículo 1222 del Código Civil establece: “Quien paga sin asentimiento del deudor, sólo puede exigir la restitución de aquello que le hubiese sido útil el pago”.

(136) LAUROBA LACASA, María Elena. *Óp. cit.*; p. 97.

(137) TUR FAÜNDEZ, María Nélica. *Óp. cit.*; p. 27.

(137) DEL OLMO GARCÍA, Pedro. *Óp. cit.*; p. 27. De la misma opinión es PASCUAL ESTEVILL, Luis. *Óp. cit.*; p. 253.



Luciano Barchi Velaochaga

Como hemos visto, si se produce la subrogación, el deudor podrá oponer al tercero subrogado las mismas excepciones (medios de defensa) que le habría podido oponer al acreedor subrogante. Así, por ejemplo, si el tercero interesado paga al acreedor pero resulta que la obligación había prescrito, el deudor le opondrá al tercero subrogado la prescripción ganada. Lo mismo ocurrirá si ya se hubiera producido un pago parcial que redujo la deuda, el deudor opondrá la excepción de pago parcial y sólo pagará el saldo. En tal sentido, los efectos son semejantes a los de la *actio in rem verso*.

Sin embargo, lo señalado sólo parece razonable cuando el tercero interesado paga sin asentimiento del deudor, en cambio, si lo hace con su asentimiento y se da la subrogación, el deudor no debería poder oponerle al acreedor subrogado las mismas excepciones que le habría podido oponer al acreedor subrogante. Así, por ejemplo, no parece razonable que si el tercero paga con asentimiento del deudor, una vez subrogado éste le oponga la prescripción ganada. Si el tercero interesado paga al acreedor pero resulta que la obligación había prescrito, debería entenderse que el deudor al prestar su asentimiento, renunció a la prescripción ganada⁽¹³⁸⁾.

Por lo expuesto, nuestra opinión, el asentimiento del deudor para el pago del tercero interesado supone una renuncia a oponerle a éste cualquier excepción que le hubiese podido oponer al acreedor subrogante⁽¹³⁹⁾.

Finalmente, teniendo en cuenta el último párrafo del artículo 1222 del Código Civil⁽¹⁴⁰⁾ en el caso del pago del tercero interesado que no opte por la subrogación, no le corresponde la acción de reembolso sino la *actio in rem verso*.

4.2. Pago del Tercero no interesado

De acuerdo con Del Olmo García, en España, cuando paga un tercero no interesado, los efectos dependerán de la voluntad

del acreedor y de la actitud del deudor. Si el tercero no interesado cuenta con la voluntad favorable del acreedor, podrá producirse una subrogación convencional consentida por el acreedor. Si no se obtiene del acreedor la subrogación convencional, todo dependerá de la actitud del deudor: si éste se muestra conforme con la intervención del tercero, se puede producir hasta la subrogación. Por último, en los casos en los que ni el deudor ni el acreedor están dispuestos a otorgar la subrogación, entonces serán de aplicación los dos últimos párrafos del artículo 1.158 del Código Civil. En dicho artículo se prevé una acción de reembolso (segundo párrafo) y una acción de enriquecimiento (tercer párrafo)⁽¹⁴¹⁾.

De acuerdo al Código Civil peruano los efectos del pago del tercero son los siguientes:

4.2.1. Pago del tercero no interesado con asentimiento del deudor

En este caso operará la subrogación convencional conforme al artículo 1261 inciso 2 del Código Civil.

“Artículo 1261.- La subrogación convencional tiene lugar:

1. (...).
2. Cuando el tercero no interesado en la obligación paga con aprobación expresa o tácita del deudor.
3. (...).”

Cuando opera la subrogación convencional *ex parte debitoris* deberá tenerse en cuenta

(138) Artículo 1991.- Puede renunciarse expresa o tácitamente a la prescripción ya ganada.

Se entiende que hay renuncia tácita cuando resulta de la ejecución de un acto incompatible con la voluntad de favorecerse con la prescripción.

(139) Respecto a la renuncia a oponer la compensación en la cesión de créditos consentida por el deudor conforme al artículo 1292 del Código Civil, véase BARCHI VELAUCHAGA, Luciano. *La cesión de créditos en el Código Civil peruano de 1984*. En: Revista Taller de Derecho. Año I. No. 1. Lima: Asociación Taller de Derecho, enero 2002.

(140) “(...) Quien paga sin asentimiento del deudor, sólo puede exigir la restitución de aquello que le hubiese sido útil el pago”.

(141) DEL OLMO GARCÍA, Pedro. *Op. cit.*; p. 27.

El pago del tercero y los mecanismos de recuperación de la pérdida patrimonial sufrida por el pago de la obligación ajena en el Código Civil peruano
Payment of the third and recovery mechanisms of patrimonial loss suffered by the payment of the outside obligation in the Peruvian Civil Code

que el pago del tercero se realiza con la aprobación, expresa o tácita, del deudor y, en tal sentido, nos remitimos a lo dicho para la subrogación *ex lege* respecto a la renuncia a oponer excepciones.

Si no se obtiene del acreedor ni del deudor la subrogación convencional, el tercero cuenta con la acción de reembolso (o de regreso). Teniendo en cuenta el último párrafo del artículo 1222 del Código Civil, si el pago del tercero no interesado se hace con asentimiento del deudor, entonces, éste “deberá restituir lo pagado, aun cuando no le hubiera sido útil”⁽¹⁴²⁾.

4.2.2. Pago del tercero no interesado sin asentimiento del deudor
Como hemos visto, nuestro Código Civil al referirse al pago del tercero sin asentimiento del deudor, comprende el caso en el que se realiza el pago en desconocimiento del deudor o contra su voluntad.

En tal sentido, si el tercero no interesado paga sin asentimiento del deudor podría operar la subrogación convencional si el acreedor recibe el pago y lo sustituye en sus derechos, conforme al inciso 1 del artículo 1261 del Código Civil:

“Artículo 1261.- La subrogación convencional tiene lugar:

1. Cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y lo sustituye en sus derechos.
2. (...).
3. (...).”

Si el acreedor no subrogara al tercero, entonces, conforme al segundo párrafo del artículo 1222 del Código Civil, el tercero que paga cuenta con la acción de enriquecimiento *actio in rem verso*. En tal sentido, el tercero no interesado “sólo puede exigir la restitución de aquello en que le hubiese sido útil el pago”.

Los efectos del pago del tercero señalados anteriormente resultan de aplicación cuando no existe relación alguna entre el *solvens* (tercero) y el deudor. Pero puede darse el caso que subsistan relaciones entre estos, siendo la relación típica la del mandato sin representación.

En efecto, conforme al artículo 1790 del Código Civil: “Por el mandato el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos, por cuenta y en interés del mandante”. El mandato puede ser con representación (artículo 1806 del Código Civil) o sin representación (artículo 1809 del Código Civil).

En tal sentido, si en virtud de un contrato de mandato sin representación, el mandatario (tercero) se hubiera obligado frente al mandante (deudor) a efectuar el pago de una obligación de éste, al no existir representación, el mandatario (tercero) actúa a nombre propio y, en tal sentido, estamos frente al pago del tercero. En tal caso, resulta de aplicación el artículo 1796 del Código Civil y, por tanto, el mandante (deudor) está obligado frente al mandatario “a facilitarle los medios necesarios para la ejecución del mandato y para el cumplimiento de las obligaciones que a tal fin haya contraído, salvo pacto distinto” (inciso 1) y, asimismo, “a reembolsarle los gastos efectuados para el desempeño del mandato, con los intereses legales desde el día en que fueron efectuados” (inciso 2) y “a indemnizarle los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del mandato”.

Osterling Parodi y Castillo Freyre señalan:

“Consideramos que el tema del pago por un tercero debe ser abordado distinguiendo si él es hecho por un tercero interesado o no interesado. Y, en ambos supuestos, resulta necesario analizar si el pago ha sido hecho con asentimiento del deudor y desconocimiento del acreedor, con asentimiento del deudor y negativa del acreedor, con asentimiento del acreedor y desconocimiento del deudor, con

(142) OSTERLING PARODI, Felipe. *Óp. cit.*; p. 144.



Luciano Barchi Velaochaga

asentimiento del acreedor y negativa del deudor, con desconocimiento del acreedor y del deudor y, por último, contra la voluntad del acreedor y del deudor⁽¹⁴³⁾.

¿Puede efectuarse un pago con desconocimiento del acreedor? Los autores citados señalan: “Resulta necesario aclarar, sin embargo, que para que el pago se produzca con desconocimiento del acreedor, deberá ser un pago que, para su verificación, no requiera del concurso de éste”⁽¹⁴⁴⁾.

En efecto, para la ejecución de la prestación a su cargo, el deudor requiere, en algunos casos, la cooperación del acreedor. El comportamiento del acreedor para que pueda ser calificado como *cooperación* debe ser, en principio, necesario para el cumplimiento, de tal manera, Caballero Lozano señala: “La cooperación del acreedor al cumplimiento no es necesaria en buen número de hipótesis, porque nada puede impedir el acreedor con su pasividad; el cumplimiento es completamente unilateral”⁽¹⁴⁵⁾.

La cooperación será siempre necesaria en las relaciones obligatorias con prestación de dar y en las de hacer que culminan en un dar⁽¹⁴⁶⁾. Aquí la conducta de cooperación del acreedor consiste, fundamentalmente, en recibir la cosa.

En las relaciones obligatorias con prestación de puro hacer no es, en principio, necesaria la colaboración del acreedor: “No lo es cuando la prestación sea íntegramente realizable por obra del deudor, o cuando requiera el concurso de factores externos independientes de la actividad del acreedor y de los cuales éste no debe responder”⁽¹⁴⁷⁾.

Para Trabucchi⁽¹⁴⁸⁾ en las relaciones obligatorias con prestación negativa no se requiere la colaboración del acreedor para su ejecución. No obstante para Giacobbe⁽¹⁴⁹⁾ en algunos casos también es necesaria la cooperación del acreedor en este tipo de relaciones obligatorias. Se cita como ejemplo el pacto de no concurrencia en un lugar que debe ser designado por el acreedor.

En tal sentido, se podría dar un pago con desconocimiento del acreedor, en la ejecución de alguna relación obligatoria con prestación de no hacer, no obstante, debe tenerse en cuenta que las prestaciones negativas son básicamente *intuitu personae*, como señala Egúsquiza “(...) ningún tercero puede dejar de hacer por mí alguna concreta actividad, dado que las abstenciones de éstos son jurídicamente irrelevantes”⁽¹⁵⁰⁾ y, precisamente, en estas, no es posible la ejecución por un tercero. Para Ferrer de San-Segundo, cabe el cumplimiento de un acto omisivo sin que tal comportamiento tenga que ser necesariamente observado por la propia persona del deudor⁽¹⁵¹⁾. En contra de esta posición se manifiesta Egúsquiza para quien “en las obligaciones negativas la posibilidad de que un tercero pueda cumplir resulta, de forma clara, inaceptable”⁽¹⁵²⁾.

(143) OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Óp. cit.*; p. 287.

(144) OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Óp. cit.*; p. 286.

(145) CABALLERO LOZANO, José María. *La mora del acreedor*. Barcelona: 1992, p. 103.

(146) De esta opinión es CABALLERO LOZANO, José María. *Óp. cit.*; p. 103. Distinguimos las relaciones obligatorias de hacer en relaciones obligatorias con prestación de hacer que culminan en un dar (ejemplo: confeccionar un terno) y en relaciones obligatorias con prestación de puro hacer (ejemplo: pintar una casa). Véase WAYAR, Ernesto. *Derecho Civil. Obligaciones*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1990; p. 121.

(147) CABALLERO LOZANO, José María. *Óp. cit.*; p. 103.

(148) TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de derecho civil*. Tomo II. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1967; p.168. En el mismo sentido BRECCIA, Umberto. *Óp. cit.*; p. 392. CABALLERO LOZANO, José María. *Óp. cit.*; p. 104.

(149) GIACOBBE, Giovanni. *Voz: Mora del creditore*. En: *Enciclopedia del Diritto*. Volumen XXVI. Milán: Giuffrè, 1976; p. 956.

(150) EGÚSQUIZA, María Ángeles. *La configuración jurídica de las obligaciones negativas*. Barcelona: Bosch, 1990, p. 107. En el mismo sentido, LEÓN BARANDIARÁN, José. *Óp. cit.*; p. 261.

(151) Véase FERRER DE SAN-SEGUNDO, María José. *La obligación negativa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001; p. 193.

(152) EGÚSQUIZA, María Ángeles. *Óp. cit.*; pp. 134-135.

El pago del tercero y los mecanismos de recuperación de la pérdida patrimonial sufrida por el pago de la obligación ajena en el Código Civil peruano
Payment of the third and recovery mechanisms of patrimonial loss suffered by the payment of the outside obligation in the Peruvian Civil Code

Otra posibilidad de considerar un pago con desconocimiento del acreedor se daría en aquellos casos en que el pago se efectúe a un legitimado para recibir, distinto al acreedor⁽¹⁵³⁾, quien desconoce el momento

en que se efectúa el pago. No obstante, si el tercero paga al legitimado para recibir el pago, desconociendo el acreedor tal hecho, ello resulta totalmente indiferente, se habrá efectuado un pago por quien estaba legitimado para cumplir a quien estaba legitimado para recibir. 

Alayza Consultores Legales
ABOGADOS ASOCIADOS SCRL



Calle Guillermo Marconi N° 451 – San Isidro
Central Telefónica 7070600
www.alayzalegal.com.pe

(153) Artículo 1224.- Sólo es válido el pago que se efectúe al acreedor o al designado por el juez, por la ley o por el propio acreedor, salvo que, hecho a persona no autorizada, el acreedor lo ratifique o se aproveche de él.