

# Notas sobre el pago con subrogación en el Código peruano

por

Luis MOISSET de ESPANÉS

Gaceta Jurídica, Lima, T. 81-b, agosto 2000, p. 55; (ver también  
Revista de Derecho Privado, mayo 2001, p. 409-423)

---

## SUMARIO:

- 1) Nociones generales.
  - a) Subrogación objetiva y subjetiva.
- 2) El pago con subrogación.
  - a) Diferentes especies de pago con subrogación.
- 3) Subrogación por el acreedor.
  - a) Comparación con la cesión de créditos.
- 4) Subrogación por el deudor.
- 5) Subrogación legal. Análisis de los diversos casos.
  - a) Terceros interesados
  - b) Obligaciones indivisibles o solidarias
  - c) Pago a acreedores preferentes
- 6) Efectos del pago con subrogación.
- 7) Pago parcial.

---

## 1) **Nociones generales**

Por lo pronto no está de más destacar, porque es un punto que preocupa a la doctrina contemporánea, que el pago con subrogación es un aspecto, diríamos, de una institución que tiene mayor amplitud. En la actualidad muchos autores procuran hacer una construcción integral de la subrogación, idea que aparece en la doctrina alemana de los "subrogados del cumplimiento" (**Erfüllungsrrrogate**)<sup>1</sup>.

Si tratáramos de explicar qué es subrogación, diríamos lisa y llanamente que es sustitución o reemplazo, y no aparece solamente

---

<sup>1</sup>. Ver Luis Diez Picazo, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, 5ª ed. Vol. II, ed. Civitas, Madrid, 1996.

Este autor dedica todo un capítulo, el XIX, a los "subrogados del cumplimiento", p. 529 y siguientes.

a propósito del pago. El vocablo proviene del latín, y el Diccionario de la Lengua nos dice que **subrogar** es "Sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra"<sup>2</sup>.

Esta sustitución o reemplazo tanto puede referirse a los sujetos de una relación obligatoria, como al objeto de esa relación, y por eso, repetimos, se trata ahora de construir una doctrina completa de la subrogación. El Código, en realidad, legisla aquí a propósito de un aspecto parcial del problema.

#### a) **Subrogación objetiva y subjetiva.**

Veamos primeramente casos de subrogación objetiva. En el Código civil argentino, por ejemplo, al considerar de manera general los efectos de la obligación, el artículo 505 en su tercer inciso contempla la llamada ejecución indirecta, consagrando el derecho del acreedor de obtener del deudor la indemnización correspondiente; lo mismo sucede en varios artículos del Código civil peruano, al tratar las obligaciones de dar (art. 1138, inciso 1), las de hacer (art. 1152), y las de no hacer (art. 1159).

En estos casos vemos cómo la prestación que es el objeto de la obligación, se sustituye o reemplaza por la indemnización de daños y perjuicios. Ya el objeto de la obligación no es el mismo; es otro.

Veamos ahora hipótesis de subrogación subjetiva, es decir por cambio de sujeto. Tenemos, en primer término, la sucesión hereditaria; el deudor o el acreedor, según sea quien haya fallecido, es subrogado por sus herederos. Ellos los reemplazan y ocupan su misma situación jurídica.

Lo mismo ocurre en algunas sucesiones a título singular; en la cesión de créditos, por ejemplo, el acreedor es subrogado por el cesionario.

#### 2) **El pago con subrogación.**

Este breve análisis tiene por objeto tan sólo comprobar cómo el **pago con subrogación** no es sino una especie de esta figura jurídica más amplia, que es la subrogación.

Con ese motivo haremos alguna aclaración lexicológica

---

<sup>2</sup>. Ver Diccionario de la Real Academia Española, 21ª ed., Madrid, 1992.

porque en los Códigos suele haber con frecuencia impropiedades de lenguaje, es decir un uso equívoco de los vocablos.

Cuando se reemplaza a alguien, o a algo, tenemos un **reemplazado** y un **reemplazante**. De manera similar en el llamado pago con subrogación hay un **subrogado** y un **subrogante**. Si hablásemos con propiedad el *subrogado* es el acreedor; el sujeto activo de la relación obligatoria quien es reemplazado o sustituido por otra persona, que le ha hecho el pago. Por lo tanto el acreedor originario o primitivo, que queda desplazado de la relación obligatoria, es el subrogado.

El tercero, que aparece ahora en esa relación ocupando el lugar del acreedor, ese tercero que ha hecho un pago, es el *subrogante*, porque es el que obra activamente para desplazar al acreedor primitivo. Y el deudor, que permanece en la misma situación, es el *subrogatario*.

Sin embargo en muchas leyes, y ello sucede tanto en el derecho argentino, como en el peruano, se emplea la denominación de *subrogado* para designar al tercero que efectuó el pago y ha ingresado por esta vía a la relación obligatoria.

Así, en el Código civil peruano de 1984 podemos ver que el artículo 1261 nos dice: "*La subrogación sustituye al subrogado en todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, ...*".

Y, en puridad de lenguaje, no es el subrogado, sino el subrogante, el que puede ejercer los derechos y acciones del antiguo acreedor, porque el subrogado, reemplazado o sustituido, es el acreedor originario.

Los artículos 1263 y 1264 incurren en la misma confusión, repitiendo esta alteración de vocablo, y cuando hablan del "subrogado", en realidad se refieren a quien actuó como subrogante.

Algo más, cuando la doctrina habla del pago con subrogación y procura a toda costa explicar cuál es su utilidad, dice que consiste en la circunstancia de que a la sociedad le interesa que las obligaciones se extingan, que las obligaciones se cancelen, que los deudores se liberen, etcétera, etcétera.

Autores de gran prestigio efectúan esta afirmación, que consideramos básicamente errónea. El asunto es de una claridad meridiana; el deudor queda debiendo lo mismo, la relación jurídica no sufre otra alteración que el reemplazo del acreedor. En lugar de un

acreedor, entra otro, y el deudor le sigue debiendo a ese nuevo acreedor y no al primitivo.

De manera que hay hasta cierta impropiedad en hablar de *pago con subrogación* ¿Por qué? Porque la obligación no se ha extinguido; subsiste. Lo único que puede ocurrir, es que el nuevo acreedor, a quien deberíamos llamar el **subrogante**, no tenga derecho a cobrar íntegramente el importe de la deuda, sino lo que él desembolsó, como lo veremos oportunamente, al ocuparnos de los efectos de la subrogación<sup>3</sup>.

Ya Colmo afirmaba, a nuestro criterio con acierto, que el llamado "pago con subrogación" es una sucesión a título singular, en cuya virtud "se sustituye al acreedor de una obligación por otro que le ha pagado el respectivo importe"<sup>4</sup> y que "por efecto de tal sustitución el nuevo acreedor viene a tener, dentro de los límites apuntados, los mismos derechos que tenía el acreedor primitivo"<sup>5</sup>. Con su característica concisión y acierto, señalaba a continuación las ventajas del pago con subrogación, que le dan tal utilidad que no hay prácticamente legislación que lo ignore, ya que:

a) Permite librarse de un acreedor incómodo, sustituyéndolo por otro más tolerante.

b) Conviene al acreedor primitivo, que encuentra alguien que satisfaga su interés, ejecutando la prestación que él esperaba y deseaba.

c) No perjudica a los otros acreedores, porque sus derechos permanecen inalterados.

d) Representa actividades que son incluso "solidarias y benéficas", por lo cual toda ley las debe estimular y favorecer<sup>6</sup>.

Vemos así que en la doctrina moderna hay autores que no se ocupan de esta figura al tratar del pago, sino junto a la transmisión de los derechos. En esta línea podemos citar la obra de Cazeaux y Trigo Represas, que dedica dos capítulos a la transmisión de las

---

<sup>3</sup>. Pero eso no ocurre siempre, por tratarse de una norma supletoria; sucede únicamente cuando no se ha previsto otra cosa.

<sup>4</sup>. Ver Alfredo Colmo, *Obligaciones*, 3ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961, N° 655, p. 449.

<sup>5</sup>. Obra y lugar citados en nota anterior.

<sup>6</sup>. Conf. Alfredo Colmo, obra citada, N° 656, p. 449 y 450.

obligaciones<sup>7</sup>, tratando en el primero de ellos de la Cesión de créditos, y en el siguiente del pago con subrogación<sup>8</sup> y algo similar ha ocurrido en algunos cuerpos legales contemporáneos<sup>9</sup>. Cabe destacar que estos autores realizan un interesante estudio de Derecho Comparado, agrupando los distintos sistemas jurídicos según traten del pago con subrogación como un mero capítulo del pago, como sucede en todas aquellas legislaciones que siguieron el modelo francés; regulen la institución junto a la novación por cambio de acreedor, como el Código español (arts. 1203, inciso 3 y 1209 a 1213) y los que siguieron su ejemplo, como Puerto Rico, Panamá y Honduras<sup>10</sup>; le dediquen solamente algunas normas dentro de los efectos de las obligaciones, como sucede en Alemania y Suiza, o lo consideren una forma de transmisión de derechos.

También Alterini, Ameal y López Cabana, en su Curso, estudian el pago con subrogación como un modo de transmisión de derechos<sup>11</sup>.

En la legislación comparada, entre los Códigos que se ocupan del pago con subrogación como un modo de transmisión de derechos, además del Código de Méjico<sup>12</sup>, ya citado por Cazeaux y Trigo Represas, agregaremos nosotros el Código de Portugal, que entró en vigencia en 1967. En ese cuerpo legal, uno de los más modernos de

<sup>7</sup>. Ver Pedro Néstor Cazeaux y Félix A. Trigo Represas, *Derecho de las Obligaciones*, 2ª ed., Platense, La Plata, 1975, T. II, Capítulos V y VI. La redacción del tomo 2 estuvo a cargo de Cazeaux.

<sup>8</sup>. Autores y obra citada, T. II, Capítulo VI, p. 458 y siguientes.

<sup>9</sup>. Por ejemplo los Códigos de México, D.F., Portugal de 1967, y el Código de Quebec, sancionado en 1991, y en vigencia desde el 1º de enero de 1994, cuyo Capítulo VII del Título Primero, Libro V, está destinado a la "Transmisión y cambios en la obligación", con cuatro secciones que tratan sucesivamente de la cesión de créditos, la subrogación, la novación y la delegación.

<sup>10</sup>. Puerto Rico (arts. 1157, inciso 3 y 1163 a 1167), Panamá (arts. 1089, inciso 3 y 1095 a 1099) y Honduras (arts. 1482, inc. 3 y a 1490 a 1494); como así también el viejo Código de Cuba, pero no hemos encontrado nada sobre el tema en el nuevo Código, en vigencia desde 1988.

<sup>11</sup>. Ver Atilio A. Alterini, Oscar J. Ameal y Roberto M. López Cabana, *Curso de Obligaciones*, 4ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991, T. II, Capítulo XIV, Medios de transmisión, p. 255 y siguientes.

Estudian allí en primer término la cesión de créditos, y luego la subrogación legal, la subrogación convencional, y la transmisión de deudas.

<sup>12</sup>. Código de Méjico para el Distrito Federal; el Título Tercero está destinado a la Trasmisión de deudas, y allí encontramos el Capítulo III, que se ocupa de la subrogación en los artículos 2058 a 2061.

Europa, dentro del Libro Segundo, que trata de las Obligaciones, se encuentra el Capítulo IV, destinado a la transmisión de créditos y deudas, que se divide en tres secciones. dedicada la primera a la Cesión de Créditos, la Segunda a la Subrogación (artículos 589 a 594), y la Tercera a la transmisión singular de deudas.

**a) Diferentes especies de pago con subrogación.**

En el Código civil argentino encontramos una norma, el artículo 767, que procura darnos el concepto de la subrogación, y caracterizar las diferentes especies que en él encontramos<sup>13</sup>. El Código peruano, en cambio, se ha limitado a dar las normas que regulan cada uno de esos tipos de subrogación.

Hay una subrogación convencional que es, por consiguiente, el fruto de un acuerdo de partes, y una subrogación legal, es decir dispuesta por la ley aunque las partes de la obligación nada hayan convenido.

Por otro lado, algunos autores procuran, en toda forma, diferenciar el pago con subrogación de otras figuras jurídicas afines, como la cesión de créditos. Hay que tener cuidado también con esta preocupación por establecer distingos, porque la única posibilidad de confusión con la cesión de créditos, se presenta en cuanto a una sola especie de subrogación; la subrogación hecha por el acreedor y nada más. En cambio, ni en los casos de subrogación legal que es la más frecuente, ni en la subrogación hecha por el deudor, hay la menor posibilidad de confusión con la cesión de créditos. Esto lo veremos en seguida, al entrar a las diversas clases de subrogación.

**3) Subrogación por el acreedor.**

La subrogación convencional puede ser efectuada por el acreedor o por el deudor. Si es el acreedor el que la acuerda hay la posibilidad -como ya hemos adelantado- de una confusión con la cesión de créditos. En efecto; en la cesión de créditos el deudor no interviene para nada. El acreedor, titular o sujeto de derecho de

---

<sup>13</sup>. "Art. 767 (Código civil argentino).- El pago con subrogación tiene lugar, cuando lo hace un tercero a quien se transmiten todos los derechos del acreedor.

La subrogación es convencional o legal. La subrogación convencional puede ser consentida, sea por el acreedor, sin intervención del deudor, sea por el deudor, sin el concurso de la voluntad del acreedor".

crédito, lo traspasa libremente a otro. Nada más, ni nada menos que lo que podría hacer el titular de cualquier otro derecho subjetivo que sea transmisible.

Así, por ejemplo, el que es propietario de una cosa mueble o inmueble, libremente la transmite a otro; la vende o dona. Del mismo modo, el que es titular de un crédito, libremente lo transmite o transfiere a otro y ésta es la cesión de créditos.

En el pago con subrogación el acreedor también, sin ninguna intervención del deudor -como lo establece el inciso 1 artículo 1261-, recibe el pago de un tercero y le transmite expresamente sus derechos respecto de la deuda:

"Art. 1261.- La subrogación convencional tiene lugar:

1.- Cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y lo sustituye en sus derechos"<sup>14</sup>.

Por lo pronto, notemos de paso, el artículo exige que haya transmisión expresa. ¿Por qué? Porque si la transmisión no es expresa, si el acreedor se limita simplemente a recibir el pago de ese tercero, en ese caso sí se produce la extinción de la obligación y entran a jugar todos los principios que hemos estudiado en materia del pago hecho por un tercero, interesado o no interesado; si no es interesado y obró con consentimiento del deudor, o con ignorancia del deudor o en contra de la voluntad del deudor, etcétera.

Para que haya subrogación hecha por el acreedor, éste, al recibir el pago, debe manifestar -por ejemplo en el recibo- que lo subroga en sus derechos, es decir, lo coloca en su misma posición jurídica. Aquí hay alguna semejanza con la cesión de créditos, que el Código peruano regula en el Título dedicado a la "Trasmisión de las Obligaciones", como "cesión de derechos"; sólo en esta hipótesis, porque tampoco aquí el deudor figura para nada. Todo sucede entre el acreedor y el tercero.

#### **a) Comparación con la cesión de créditos**

Las diferencias realmente fundamentales que podemos precisar, son dos. Las demás no interesan.

---

<sup>14</sup>. De manera concordante el artículo 769 del Código civil argentino dispone: "La subrogación convencional tiene lugar, cuando el acreedor recibe el pago de un tercero, y le transmite expresamente sus derechos respecto de la deuda. En tal caso la subrogación será regida por las disposiciones sobre la cesión de derechos".

1º) En la cesión de derechos el cesionario es un sucesor del cedente, o sea del acreedor originario en su posición total, completa. Supongamos, para dar un ejemplo, que se trate de un crédito de 1.000 pesos, y el acreedor lo cede por 700 pesos. Así como alguien vende un objeto por menor precio que el que realmente tiene, en este caso el acreedor vende por 700 pesos un crédito de mil, porque le parece que no lo puede hacer efectivo muy pronto, o tendrá que efectuar gastos para cobrarlos, o molestias, litigios, etcétera, y se desprende de él. El cesionario que ha desembolsado 700 pesos, es acreedor de los 1.000 pesos, y puede reclamar el pago de la suma total.

En cambio en el pago por subrogación no ocurre eso, pues el artículo 1262, al referirse a sus efectos, dispone que "la subrogación sustituye al subrogado en todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, **hasta por el monto de lo que hubiese pagado**"<sup>15</sup>.

Las previsiones de esta norma se justifican y diferencian claramente la cesión de derechos de la subrogación. En efecto, el cesionario, cualquier sea la suma que pagó, o aunque no hubiese pagado ninguna -porque la cesión puede ser a título gratuito- adquiere el crédito íntegro.

En el pago con subrogación, el subrogante sólo adquiere la porción de crédito que él efectivamente ha satisfecho, y la otra porción puede ser cobrada por el acreedor originario (como veremos luego al estudiar el artículo 1264).

Como bien señala Osterling Parodi<sup>16</sup>, esta norma tiene como antecedente el artículo 1271 del Código de 1936<sup>17</sup>, procurando mejorar

---

<sup>15</sup>. En el Código civil argentino encontramos el inciso 1 del artículo 771 que dice: "El subrogado no puede ejercer los derechos y acciones del acreedor, sino hasta la concurrencia de la suma que él ha desembolsado para la liberación del deudor...".

<sup>16</sup>. Ver Felipe Osterling Parodi (con la colaboración de Carlos Cárdenas Quirós), *Las Obligaciones* (Biblioteca Para leer el Código Civil), Universidad Católica de Perú, Lima, 1988, Vol. VI, p. 156.

<sup>17</sup>. "Art. 1271 (Código de 1936).- La subrogación sustituye al subrogado en todos los derechos y garantías del antiguo acreedor, tanto contra el deudor principal, como contra los fiadores; pero el subrogado no puede ejercer los derechos y acciones del acreedor sino hasta la concurrencia de la suma que ha desembolsado para la liberación del deudor".

su redacción<sup>18</sup>.

Pongamos un ejemplo: A sufre un daño, y un tercero le indemniza las cuatro quintas partes del perjuicio que ha sufrido; ese tercero quedará subrogado en el lugar de A, y podrá reclamar el valor de lo que abonó, es decir las cuatro quintas partes del total; por su lado A tendrá todavía derecho para dirigirse contra el civilmente responsable, y cobrarle la otra quinta parte que no le había sido satisfecha por el que efectuó el pago con subrogación.

En períodos de inflación tiene suma importancia destacar que el subrogante tiene derecho a la porción de valor de crédito que abonó, y no simplemente a la suma de pesos que entregó, porque tratándose de un valor, éste debe ser actualizado. En la práctica el problema se ha planteado con relación a los seguros de accidentes, donde la deuda del civilmente responsable es de aquellas que suelen denominarse *obligaciones de valor*. La compañía aseguradora, si abona íntegramente el siniestro, quedará subrogada en el lugar de la víctima, y podrá reclamar el importe total, *actualizado*, del valor del daño.

2º) La otra diferencia, que también tiene gran importancia, es que cuando hay una cesión de derechos el cedente -que vendría a ser el enajenante, lo mismo que el que transmite la propiedad de una cosa- está garantizando para el futuro al adquirente. Es la llamada garantía de evicción y saneamiento.

Si alguien vende un inmueble y posteriormente un tercero lo molesta al comprador del inmueble, es decir lo demanda, sosteniendo que es el verdadero dueño y que lo ha comprado o adquirido mal, el vendedor está obligado a acudir en su defensa. El debe garantizarle los derechos que le ha transmitido. En la cesión de créditos, donde hay otra especie de enajenación, sucede algo similar: el cedente también enajena o transmite el crédito y, entonces, garantiza su existencia. Supongamos que el cedente ha transmitido un crédito que ya no existía, que había sido pagado, por ejemplo, o que había sido objeto de otra forma de extinción; entonces él debe responder al cesionario, lo mismo que responde el vendedor al comprador.

---

<sup>18</sup>. "Cabe observar, como modificación formal, que el nuevo texto utiliza la expresión '**monto de lo que hubiese pagado**' en lugar de '**conurrencia de la suma que ha desembolsado para la liberación del deudor**', debido a que aquella tiene más propiedad en el lenguaje", Osterling Parodi, obra citada, p. 156.

Lo mismo ocurre en materia de legitimidad del crédito. Si ese crédito fuera vulnerable, diríamos, en razón de una nulidad que lo viciara, también el cedente responde. En ciertos casos debe responder hasta de la solvencia del deudor, cuando en el momento de efectuarse el traspaso, o sea la cesión del crédito, era pública la insolvencia del deudor.

En cambio, en la subrogación efectuada por el acreedor no hay ninguna responsabilidad de parte del acreedor.

Estas son las diferencias más importantes que existen entre la cesión de créditos y la subrogación.

Tienen en común que ambas son fruto de una convención, de un acuerdo entre el acreedor y un tercero, en virtud del cual se reemplaza o sustituye al acreedor, con prescindencia de la voluntad del deudor. Esta es una de las cualidades que tienen de común las dos figuras jurídicas.

Aparte de ello, en el derecho argentino el artículo 769 dice, en su parte final, que: "...en tal caso la subrogación será regida por las disposiciones sobre la cesión de derechos".

En virtud de esto, algunos de los principios de la cesión de créditos son aplicables al pago con subrogación. Por ejemplo, en materia de cesión, la ley exige que para que ella produzca efectos en cuanto a terceros, debe notificarse al denominado deudor cedido.

Esta disposición prevé la siguiente situación: el acreedor es a su vez deudor de otra persona, y entonces puede ocurrir que esta otra persona desee cobrarse y quiera embargar el crédito. Cuando lo va a embargar se encuentra con que su deudor, o sea el acreedor de ese crédito, lo ha traspasado, lo ha cedido. Por ello la ley exige que la cesión sea notificada al deudor, a quien debe hacerse el pago, porque si no le ha sido notificada la cesión no producirían ningún efecto contra ese acreedor de que hemos hablado.

En Argentina, en virtud de lo dispuesto en la parte final del artículo 769 de su Código, esta exigencia de la notificación de la cesión de un crédito, es aplicable también al caso de una subrogación efectuada por el acreedor, si hay un tercero que es al mismo tiempo acreedor de ese acreedor, y trata de embargar el crédito, cobrándolo del deudor subrogatario.

Para que las medidas de ejecución y de embargo promovidas por el tercero no afecten de ninguna manera la eficacia de la

subrogación, sería necesario que ella hubiese sido notificada con anterioridad al deudor.

Para facilitar la comprensión de este punto, que quizás resulta un poco complicado, pondremos un ejemplo. Supongamos que A es el acreedor, y B, su deudor; a su vez A debe dinero a C. Éste tiene interés de embargar el crédito que tiene A contra B, porque no le conoce otros bienes de fortuna, pero A, antes de que le embarguen el crédito lo traspasa, a D. (Ni más ni menos lo que ocurre a veces con el propietario de un inmueble, que trata de venderlo rápidamente, deshacerse de ese bien y luego ocultar o poner a buen recaudo el dinero). Pues bien; A cede a D el crédito, pero si no notifica a B, su deudor, la cesión de ese crédito, C podrá embargarlo, aún después de realizada o efectuada la cesión. Para que esa cesión produzca efectos contra terceros, A debe preocuparse por notificar rápidamente a B que ha cedido el crédito. Entonces, si el embargo de C viene después de haberse notificado la cesión; ese embargo no es eficaz, no tiene ningún efecto contra el cesionario.

En el derecho argentino sucede lo mismo en el pago con subrogación.

La situación jurídica es idéntica; si esa subrogación no es notificada, C puede llegar a embargar el crédito que A tenía contra B.

#### 4) **Subrogación por el deudor.**

Debemos ocuparnos ahora de la subrogación convencional hecha por el deudor. A ella se refieren los incisos 2 y 3 del artículo 1261, que dicen:

**"Art. 1261.- La subrogación convencional tiene lugar:**

**... 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".**

Aquí es el acreedor el que no interviene para nada,

sencillamente porque él recibe el dinero y queda eliminado.

El primero de los incisos se refiere al caso del pago efectuado por un tercero "no interesado", que cuenta con la aprobación del deudor, considerando suficiente que esa aprobación sea "tácita".

En el Código de 1936 este caso estaba contemplado como una hipótesis de subrogación legal (inciso 3, art. 1269); algo similar sucede en el derecho argentino, que posiblemente también en este punto sirvió de fuente al legislador peruano de 1936, con la diferencia de que allí se concede no solamente cuando existe asentimiento tácito, sino también aunque hubiese mediado "ignorancia" del pago por parte del deudor<sup>19</sup>, pero no habrá subrogación si el pago se efectúa contra la voluntad del deudor<sup>20</sup>.

Ya Colmo criticó duramente la ubicación de esta norma<sup>21</sup>, afirmando que no reconoce antecedentes en el Derecho Comparado<sup>22</sup>, y que si el tercero no interesado paga con el consentimiento expreso o tácito del deudor, en realidad lo que se otorga es una subrogación convencional; mientras que si ha mediado la "ignorancia" del deudor, que invoca el Código de Vélez<sup>23</sup>, la subrogación es totalmente improcedente y vulnera los principios que inspiran la institución.

El tercer inciso del artículo 1261 del Código peruano prevé

<sup>19</sup>. "Art. 768 (Código civil argentino).- ... 3. Del tercero no interesado que hace el pago, consintiéndolo tácita o expresamente el deudor, o ignorándolo".

Esta norma debe concordarse con el artículo 727 del mismo Código, que prevé: "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. ...".

<sup>20</sup>. El artículo 728 del Código civil argentino dispone: "El pago puede también ser hecho por un tercero contra la voluntad del deudor. El que así lo hubiese verificado sólo tendrá derecho a cobrar del deudor aquello en que le hubiese sido útil el pago".

Por su parte en el derecho peruano encontramos el segundo párrafo del artículo 1222, por el cual: "Quien paga sin asentimiento del deudor, sólo puede exigir la restitución de aquello en que le hubiese sido útil el pago".

Aquí, en lugar de la subrogación, funciona el principio del enriquecimiento sin causa.

<sup>21</sup>. Alfredo Colmo, *Obligaciones*, 3ª ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, Nº 660, p. 452.

<sup>22</sup>. Autor y lugar citados en nota anterior.

A su criterio el único antecedente es el inciso 2 del artículo 1117 del Proyecto de García Goyena, que no alcanzó consagración legislativa.

<sup>23</sup>. El Código peruano procede correctamente al no mencionar la ignorancia.

el caso en que al acreedor se le paga con el dinero que presta un tercero y no tiene por qué oponerse, porque se le paga.

Ya hemos visto que un tercero que no tenga ningún interés puede pagar al acreedor. Aquí es el deudor mismo el que viene y paga con dinero que le ha facilitado otro en préstamo. Esta norma concuerda parcialmente con el artículo 770 del Código civil argentino<sup>24</sup>; pero, a diferencia del derecho argentino que nada prevé sobre los requisitos que debe reunir la declaración de voluntad del deudor para que el mutuante ocupe el lugar del acreedor, el codificador peruano acierta al establecerlos, evitando controversias doctrinarias o jurisprudenciales.

La doctrina argentina, frente al silencio de la ley, se ha inclinado de manera unánime a sostener que para que se produzca esta subrogación también se debe dejar constancia expresa de que el dinero con que se paga al acreedor fue facilitado en préstamo al deudor por un tercero, porque si no se tomara esta precaución no habría subrogación y el tercero que facilitó el dinero quedaría lisa y llanamente como un simple acreedor de ese deudor, que ya no es más deudor del primitivo crédito, porque al pagarlo se liberó totalmente.

En efecto, si el deudor acude ante su acreedor llevando el dinero, y le paga sin decir absolutamente nada, nadie tiene por qué ponerse a averiguar de dónde consiguió el dinero. La obligación se extingue y no hay ninguna subrogación o reemplazo del sujeto activo, ni obligación que se mantenga en pie.

Para que pueda haber pago con subrogación, es necesario, como lo dispone el inciso 3 del artículo 1261 del Código civil peruano, que se deje expresa constancia de que el dinero con que se paga fue facilitado en préstamo y que, por esa razón, el que facilitó el dinero queda subrogado en la misma situación jurídica del acreedor originario.

## **5) Subrogación legal. Análisis de los diversos casos**

### **a) Terceros interesados**

---

<sup>24</sup>. "Art. 770 (Código civil argentino).- La subrogación convencional puede hacerse también por el deudor, cuando paga la deuda de una suma de dinero, con otra cantidad que ha tomado prestada, y subroga al prestamista en los derechos y acciones del acreedor primitivo".

La subrogación legal es aquella que se produce por el mero imperio de la ley, sin que haya sido otorgada por el acreedor, ni por el deudor.

Son los casos previstos en el artículo 1260, y debemos preguntarnos si esa enunciación debe considerarse taxativa y no se puede extender por vía analógica a otros casos.

A nuestro criterio el principio que inspira la subrogación legal es el de concederla a aquellos sujetos que al efectuar el pago se movieron inspirados por un interés legítimo de desinteresarse al acreedor originario, mientras que los terceros "no interesados" solamente pueden ingresar a la relación jurídica si la subrogación les es concedida por voluntad del acreedor o del deudor.

Por esta razón la mayoría de los sistemas jurídicos interpretan que la enumeración de hipótesis de subrogación legal tiene carácter taxativo, y fija los límites de los sujetos que pueden considerarse terceros "con interés jurídico". Para dilucidar el problema en el derecho peruano es menester prestar atención especial al inciso 2 del artículo 1260, lo que nos obliga a ocuparnos de él en primer término. Dispone la mencionada norma:

**"Art. 1260.- La subrogación opera de pleno derecho en favor:**

**... 2. De quien por tener legítimo interés cumple la obligación."**

El dispositivo tiene como antecedente inmediato el inciso 2 del artículo 1269 del Proyecto de 1936, y de manera remota el inciso 3º del artículo 1251 del Código civil francés<sup>25</sup>, en el cual la mención de "interés en pagar" se vincula con el hecho de que quien paga se encontraba obligado "con otros".

Precisamente por ello los legisladores de 1936, al referirse al punto en la Exposición de Motivos, nos dicen que **"el que está obligado por otros (los deudores solidarios, los fiadores) al pago de una deuda, tiene legítimo interés en que se cumpla la obligación"**<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup>. "Art. 1251 (Código civil francés).- ... 3º) En provecho de aquel que, estando obligado con otros al pago de la deuda, tenía interés de pagarla;..."

<sup>26</sup>. La Exposición de Motivos continúa con estas palabras: "Pagando espontáneamente, o a virtud de la ejecución dirigida contra él por el acreedor, es justo que se subroge en los derechos de éste contra los demás obligados."

Pero la norma legal va más allá de sus antecedentes e, incluso, supera el pensamiento del legislador expuesto en la Exposición de Motivos, pues generaliza el caso, extendiéndolo a todas las hipótesis de "interés legítimo" en el cumplimiento de la obligación, lo que es un verdadero acierto.

El principio que inspira la subrogación legal en todos los sistemas jurídicos, como hemos dicho más arriba, es que ella se concede a favor de todo tercero interesado que efectúa el pago. El problema es determinar quiénes son los terceros interesados.

En el derecho comparado encontramos numerosos Códigos, como el francés o el argentino, que se inclinan por una enumeración exhaustiva de los distintos supuestos, y ello hace que la doctrina afirme que esa enumeración es taxativa.

En nuestro Curso de Obligaciones, al referirnos al pago efectuado por terceros interesados<sup>27</sup>, hemos afirmado que podía enunciarse como regla general que los terceros interesados son los enumerados en los distintos casos en que el Código concede subrogación legal<sup>28</sup>, con excepción del supuesto del inciso 3 del artículo 768, que se encuentra desubicado, como explicamos más arriba.

El Código peruano ha sido más parco en la enumeración de hipótesis que realiza el artículo 1260, pero ha incluido en el inciso 2 un dispositivo de carácter flexible y amplio, que deberá ser adecuadamente interpretado por la doctrina y jurisprudencia, para establecer quienes son los "terceros que gozan de interés jurídico".

Como veremos luego, el propio Código suministra ejemplos de algunos "terceros interesados", en los incisos 1 y 3, pero ello no excluye que existan otros terceros con interés jurídico, pues de lo contrario deberíamos afirmar que el inciso 2 es innecesario y superabundante.

¿Qué sucederá en los casos no mencionados de manera

La subrogación en el caso de codeudores es limitada. El codeudor que paga la totalidad de la deuda, paga también la parte que a él le corresponde y, por lo mismo, no se subroga sino en la parte que paga por los demás.

A la inversa, cuando el fiador hace el pago, la subrogación es total pues paga una deuda ajena, y lo mismo ocurre cuando alguien da hipoteca en garantía de la deuda de otro".

<sup>27</sup>. El artículo 726 del Código civil argentino dice que "pueden hacer el pago todos los deudores..., y todos los que tengan algún interés en el cumplimiento de la obligación".

<sup>28</sup>. Ver "Curso de Obligaciones", T. 2, p. 183.

expresa, como el del adquirente de un bien, que paga al acreedor hipotecario, o como el del heredero beneficiario que abona con fondos propios las deudas de la herencia? ¿Su falta de mención les quita el carácter de terceros interesados? Creemos que no, y que aunque el Código no los haya mencionado, esas hipótesis quedan comprendido en los términos amplios del inciso 2, que permite reconocer la subrogación legal a favor de **todo tercero que tenga interés legítimo en el cumplimiento de la obligación.**

**b) Obligaciones indivisibles o solidarias**

Dispone el artículo 1260, en su primer inciso:

**"La subrogación opera de pleno derecho en favor:**

**1.- De quien paga una deuda a la cual estaba obligado, indivisible o solidariamente, con otro u otros. ...".**

Esta norma tiene como antecedente el artículo 1272 del Código de 1936 y concuerda con lo que dispone, en el derecho argentino, el inciso 2 del artículo 768 del Código de Vélez<sup>29</sup>, pero mejora notablemente esas previsiones, pues aclara que la obligación "con otro u otros" se limita al caso de las obligaciones indivisibles y solidarias, dejando fuera del campo de la subrogación legal las deudas divisibles o simplemente mancomunadas, conclusión a la que, tras muchos esfuerzos, también arriban la doctrina y jurisprudencia argentinas.

El codeudor de una deuda solidaria o indivisible, cualquiera sea la parte que le corresponde atender en las relaciones internas con sus otros codeudores, tiene verdadero interés jurídico en desinteresar al acreedor; en cambio en las deudas simplemente mancomunadas divisibles, la relación jurídica se fracciona en tantas obligaciones como deudores o acreedores existen y cada una de esas obligaciones goza de total independencia, de manera que el codeudor simplemente mancomunado, frente a las relaciones que mantienen los otros codeudores con el acreedor, es un tercero "no interesado", y si las pagase sólo deberá subrogarse en el caso de que convencionalmente se le conceda ese beneficio.

En nuestro Curso de Obligaciones en el derecho civil

---

<sup>29</sup>. "Art. 768 (Código civil argentino)...2º) Del que paga una deuda al que estaba obligado con otros o por otros...".

argentino, tratando del inciso 2 del artículo 768, hemos sostenido que "obligado con otro" no quiere decir que se trate del deudor de una obligación divisible, o de una obligación simplemente mancomunada.

Deseamos justamente destacar esto, porque es un punto que se presta a muchas confusiones. Cuando se habla de una deuda en la que alguien está obligado con otros, el primer ejemplo que viene a la mente es el de varios deudores, sobre quienes gravita una obligación divisible o de varios deudores en una obligación de mancomunación simple. Pero el Código no se refiere en este artículo a esos casos, porque tratando de ellos dispone terminantemente que no hay subrogación. Por ejemplo, en materia de obligaciones divisibles, el artículo 675, en su parte final, cuando contempla el caso de que uno de los deudores ha pagado el todo, dice: **"...cada uno de los deudores sólo podrá estar obligado a pagar la parte que le corresponda en el crédito, y podrá repetir todo lo demás que hubiere pagado"**.

Sólo le acuerda, entonces, una acción contra el acreedor que cobró de más, para que se lo devuelva. Pero no le concede la subrogación, no lo coloca en la situación del acreedor para que pueda demandar a los demás el pago. Y más enérgicamente todavía en las obligaciones simplemente mancomunadas, dice en la parte final del artículo 693: **"...el deudor que pagase íntegra la deuda no será subrogado en los derechos del acreedor contra los otros deudores"**.

Todo esto significa que el segundo inciso del artículo 768 no puede referirse al codeudor de una obligación divisible, o de una obligación simplemente mancomunada. No, se referirá tan sólo al codeudor de una obligación indivisible, o de una obligación solidaria. Y cuando se agrega, al que estaba obligado por otros, aquí ya la solución es más sencilla. Obligado por otros es el garante, el fiador, de cualquier naturaleza que sea, quien al pagar la obligación de la cual es garante o fiador, se subroga en los derechos del acreedor.

La solución que consagra el Código peruano aventa cualquier duda, y pone las cosas en su correcto lugar.

### c) **Pago a acreedores preferentes**

Esto suele ocurrir cuando frente a un deudor común, concurren varios acreedores y el crédito de alguno de ellos tiene

preferencia, sea porque tiene como accesorio un derecho real de garantía, sea porque la ley le acuerda un privilegio, como suele suceder en todos los ordenamientos jurídicos con ciertos créditos, como gastos de justicia, gastos funerarios, alquileres, etcétera. Entonces el acreedor cuya preferencia es de grado inferior, o es simplemente quirografario, sin ninguna preferencia, le paga al acreedor preferente y ocupa su lugar, gozando del privilegio que tenía el otro.

Muchas veces éste es un medio para evitar la liquidación forzosa y apremiante de bienes. La práctica demuestra, en juicios universales de concursos o quiebras, por ejemplo, que suele ser un modo de alejar a acreedores impacientes, que con su apresuramiento podrían motivar una liquidación inconveniente y perjudicial de los bienes de la masa.

En el Código civil argentino se contempla en un inciso especial el caso de quien adquiere un inmueble y paga al acreedor que tuviese hipoteca sobre dicho inmueble<sup>30</sup>.

No analizaremos el alcance que dicha norma tiene en el derecho argentino, pero señalamos que algunas de las hipótesis que ella prevé tienen cabida dentro del inciso 3º del artículo 1260 del Código peruano. En efecto, si el inmueble estaba gravado por varias hipotecas, su adquisición y pago al primer hipotecario no pone al adquirente fuera del alcance de los restantes acreedores hipotecarios, que podrán perseguir el inmueble. En tal caso, si el adquirente del inmueble era acreedor del dueño (sea como simple acreedor quirografario, o como acreedor hipotecario de otro rango), al abonar esa hipoteca está pagando lo que debía el deudor común a un acreedor que le es preferente, y quedará en la situación que éste tenía; entonces, si hay otros créditos garantizados con hipoteca, quedan colocados después.

Si no se produjera la subrogación, el que pagó al acreedor hipotecario se encontrará con que las hipotecas que vienen después pasarían automáticamente a colocarse en situación de prevalencia o de preferencia con respecto a él.

Por supuesto que en este caso se produce la subrogación y,

---

<sup>30</sup>. "Art. 768 (Código civil argentino).- ... 4. Del que adquirió un inmueble, y paga al acreedor que tuviese hipoteca sobre el mismo inmueble...".

entonces, el que pagó se coloca exactamente en la misma situación jurídica en que estaba el acreedor que contaba con una garantía hipotecaria. Por consiguiente, los que vengan después de él, estarán colocados en un grado inferior en cuanto a la prelación o la preferencia para ser pagados.

#### 6) Efectos del pago con subrogación

Debemos analizar ahora los efectos de la subrogación, que están determinados en el artículo 1261, que 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"<sup>31</sup>.

La primera atenuación que sufre este principio ya la hemos mencionado al diferenciar el pago con subrogación de la cesión de créditos. La persona a quien el Código denomina impropia-mente subrogado, cuando en realidad es el tercero subrogante, sólo puede ejercer los derechos y acciones del acreedor hasta la concurrencia de la cantidad que él desembolsó efectivamente para hacer el pago.

Además, en el artículo 1263 encontramos otra limitación, cuando resuelve que quien paga una deuda a la que estaba obligado con otro u otros (inciso 1 del art. 1260) sólo tiene derecho a reclamar a sus codeudores **"la parte por la que cada uno de éstos estaba obligado a contribuir para el pago"**<sup>32</sup>.

Esta disposición se justifica perfectamente si se piensa que, en materia de solidaridad, hay un precepto que ya hemos estudiado, el artículo 1203 que rige lo relacionado con las llamadas acciones recursorias o de regreso, disponiendo que "la deuda se divide entre los diversos deudores o acreedores, salvo que haya sido contraída en interés exclusivo de alguno de ellos", a lo que el

---

<sup>31</sup>. En el derecho argentino la norma concordante es el artículo 771, que dispone: "La subrogación legal o convencional, traspasa al nuevo acreedor, todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, tanto contra el deudor principal y codeudores, como contra los fiadores, con las modificaciones siguientes...".

<sup>32</sup>. En el derecho argentino la norma concordante es el inciso 3 del artículo 771, que dispone: "La subrogación legal, establecida en provecho de los que han pagado una deuda a la cual estaban obligados con otros, no los autoriza a ejercer los derechos y acciones del acreedor contra sus coobligados, sino hasta la concurrencia de la parte, por la cual cada uno de estos últimos estaba obligado a concurrir para el pago de la deuda".

artículo 1204 agrega que si alguno de los codeudores es insolvente "su parte se distribuye entre los demás, de acuerdo con sus intereses en la obligación", dispositivos que son aplicables a las obligaciones indivisibles en virtud de la remisión contenida en el artículo 1181.

Por lo tanto, cuando el codeudor de una obligación indivisible o solidaria paga el todo de una deuda, no lo reemplaza al acreedor; no lo sustituye en el sentido de ocupar **la misma situación jurídica** y poder volverse contra los codeudores y reclamarles, como lo habría hecho el acreedor primitivo, el cumplimiento íntegro de la prestación; pero la ley no lo autoriza a hacerlo porque bien podría ocurrir que sus codeudores no le deban nada a él.

En efecto, las relaciones internas entre los coobligados se rigen por los contratos que han celebrado entre sí; y es perfectamente factible, en el caso de la indivisibilidad o de la solidaridad que los codeudores hayan dejado constancia que uno solo de ellos era el verdadero deudor, y que los demás figuraban a título de garantía o de seguridad para el acreedor.

Al acreedor, por supuesto, no le interesa este problema, pero a los fines de las relaciones internas entre los deudores, sí interesa establecer qué parte tiene cada uno de ellos en la deuda, para reembolsarle o no al que ha efectuado el pago íntegramente.

De manera entonces que la disposición del artículo 1263, que estamos analizando, concuerda perfectamente con las previsiones contenidas en los arts. 1203, 1204 y 1181.

#### 7) Pago parcial.

El artículo 1264, último de este capítulo, prevé una situación especial. En efecto, dice así:

**"Si el subrogado en lugar del acreedor lo fuese sólo parcialmente, y los bienes no alcanzasen para pagar la parte restante que corresponda al acreedor y la del subrogado, ambos concurrirán con igual derecho por la porción que respectivamente se les debiera"**<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup>. En el Código civil argentino la norma concordante es el artículo 772, que expresa: "Si el subrogado en lugar del acreedor hubiere hecho un pago parcial, y los bienes del deudor no alcanzaren a pagar la parte restante del acreedor y la del subrogado, estos concurrirán con igual derecho por la parte que se les debiese".

Aclaremos nuevamente que, en puridad de lenguaje, debería utilizarse el vocablo "subrogante", y no "subrogado", como dice el artículo.

Se tratará, por supuesto, de aquellos casos en que la obligación permite pagos parciales y en que el acreedor los ha aceptado. Por lo tanto, el acreedor originario no resulta desplazado, ni eliminado de la relación obligatoria. Continúa siempre como acreedor por un saldo: la cantidad impaga.

A su vez el tercero subrogante, ha ocupado el lugar del acreedor en la parte que pagó. El deudor, por lo tanto, se encuentra en presencia de dos acreedores: el primitivo, que es acreedor por el saldo impago; y el nuevo, o sea el que hizo el pago parcial, que vendría a ser acreedor por la suma que desembolsó.

En este caso, si ocurriera que los bienes del deudor no alcanzan para dar satisfacción completa a uno y a otro, entonces dispone el artículo 1264 que concurrirán el acreedor primitivo y el tercero que hizo el pago parcial, con igual derecho por la parte que se les debe. Lo que importa, en definitiva, es que si no alcanzan los bienes del deudor para pagarles a ambos se producirá un prorrateo o distribución proporcional entre los dos. Claro que esta regla es criticable, por comparación con la que se ha establecido en otros códigos.

Esta norma reproduce el artículo 1273 del Código de 1936<sup>34</sup> que, a su vez, como lo expresaba su Exposición de Motivos, al ocuparse de la subrogación parcial se inspiró en la solución argentina<sup>35</sup>.

Vélez Sársfield reconoce en la nota del artículo 772 del Código civil argentino, que la solución que propugna está en contra de lo dispuesto en el Código francés y en los códigos Sardo y

---

<sup>34</sup>. "Art. 1273 (Código de 1936).- Si el subrogado en lugar del acreedor, lo hubiese sido sólo en parte, y los bienes del deudor no alcanzaren a pagar la parte restante del acreedor primitivo y la que corresponde al subrogado, ambos concurrirán con igual derecho por la porción que respectivamente se les debiera".

<sup>35</sup>. Exposición de Motivos (reproducida por Guzmán Ferrer): "Al ocuparse de la subrogación parcial, el Proyecto adopta la institución argentina. El Código argentino se separa del francés y de otros más modernos. Conforme a estos últimos, el acreedor que recibe un pago parcial puede cobrar con preferencia al subrogado el saldo que conservare a su favor. No se descubre razón atendible para esta preferencia, que es contraria a la justicia, y por ello seguimos la institución argentina que establece la igualdad entre el subrogante y el subrogado".

Napolitano, pero agrega que adopta las ideas expresadas por Marcadé cuando critica las disposiciones en contrario del Código Napoleón que en esta situación admite un privilegio al acreedor originario<sup>36</sup>; vale decir que, si al liquidarse los bienes del deudor, al reducirlos a dinero, no alcanzan a cubrir la parte que se debe pagar a uno y a otro, concede al acreedor primitivo privilegio para que su crédito sea satisfecho íntegramente; y recién si sobrara algo entraría el tercero subrogante.

En el Curso de Obligaciones, siguiendo la posición de nuestro maestro, Pedro León, quien a su vez se inspiró en Bibiloni<sup>37</sup> y Lafaille<sup>38</sup>, hemos dicho que la solución del Código es criticable<sup>39</sup>, y que pareciera más lógica y justa la adoptada por el derecho francés, porque en realidad el tercero ha irrumpido en la relación jurídica creada entre personas ajenas a él, y debe atenerse a las consecuencias. Si no alcanzan los fondos, el primitivo acreedor, que se ha mantenido siempre como titular de una parte del crédito, debe ser preferido indudablemente al segundo" <sup>40</sup>.

Al estudiar nuevamente el problema, con más profundidad, hemos cambiado de opinión. Vélez acertó al seguir la opinión de Marcadé, y el legislador peruano de 1936 procedió correctamente al tomar ese mismo camino, adelantándose de esta forma a lo resuelto en códigos más modernos, como el de Italia de 1942, en su artículo 1205<sup>41</sup>, y también por el Código portugués de 1967, en el artículo

<sup>36</sup>. "Art. 1252 (Código civil francés).- La subrogación establecida por los artículos precedentes tiene lugar tanto contra las fianzas, como contra los deudores; ella no puede perjudicar al acreedor cuando sólo ha sido satisfecho parcialmente; en ese caso él podrá ejercer sus derechos, por el saldo que se le adeuda, con preferencia a aquél de quien sólo recibió un pago parcial".

<sup>37</sup>. "Anteproyecto ...", T. II, art. 1201 y su nota; en especial p. 96 y 97. El argumento principal de Bibiloni es que la subrogación no es una cesión de derechos, sino algo distinto a transmisión de derechos. No es un traspaso, sino un pago, con subrogación.

<sup>38</sup>. Ver Héctor Lafaille, Tratado de las Obligaciones, Ediar, Buenos Aires, 1947, T. I, N° 430, p. 366 y siguientes (ver en especial notas 190, 191 y 193).

<sup>39</sup>. Ver nuestro "Curso de Obligaciones", T. II, p. 238.

<sup>40</sup>. Ver obra citada en nota anterior, p. 239.

<sup>41</sup>. "Art. 1205 (Código civil de Italia).- **Subrogación parcial.**- Si el pago es parcial, el tercero subrogado y el acreedor concurren frente al deudor en proporción de cuanto se les debe, salvo pacto en contrario".

Es justo señalar que ya el Código de 1865 tomaba ese camino (art. 1254), y también lo hacía el Proyecto franco italiano de Código de las Obligaciones.

593<sup>42</sup>.

Comentando el inciso 2 de la norma portuguesa que citamos, Pires de Lima y Antunes Varela han dicho que "Todos los acreedores representan una parcela del crédito originario, en igualdad de posición con los acreedores originarios"<sup>43</sup>.

La doctrina argentina, mayoritariamente, justifica la posición adoptada por Vélez, y al hacerlo esgrime diversos argumentos, en especial "que se trata de un solo y mismo crédito"<sup>44</sup> y que no resultaría justo que el acreedor originario, que ya había cobrado buena parte de su crédito por la actividad del subrogante, frente a la insolvencia del deudor fuese el único en seguir percibiendo algo, mientras que quien efectuó un importante desembolso (el pago parcial), no pudiese recuperar absolutamente nada<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup>. "Art. 593 (Código de Portugal).- 1. El subrogado adquiere, en la medida de la satisfacción dada al acreedor, los poderes que a éste competían.

2. En el caso de satisfacción parcial, la subrogación no perjudica los derechos del acreedor o de su cesionario, salvo que se haya estipulado otra cosa.

3. Habiendo varios subrogados, aunque en momentos sucesivos, por satisfacciones parciales del crédito, ninguno de ellos tiene preferencia sobre los demás".

<sup>43</sup>. Ver Fernando Andrade Pires de Lima y Joao de Matos Antunes Varela, Código civil anotado", Coimbra editora, 1967, Vol. I, p. 426.

<sup>44</sup>. Ver la opinión de Pedro Néstor Cazeaux, en la obra que escribiera conjuntamente con Félix A. Trigo Represas: Derecho de las Obligaciones, 2ª ed., La Plata, 1975, Vol. 2, p. 499.

<sup>45</sup>. Conf. Jorge Joaquín Llambías, Tratado de Derecho Civil - Obligaciones, ed. Perrot, Buenos Aires, 1970, T. II, N° 1659, p. 978 y siguientes.

Este autor pone mucho énfasis en destacar que la solución de prorratar entre acreedor originario, y subrogante, es **justa y lógica**.