

**FELIPE OSTERLING PARODI  
MARIO CASTILLO FREYRE**

# **TRATADO DE LAS OBLIGACIONES**



**Biblioteca PARA LEER EL CODIGO CIVIL  
VOL. XVI**

**SEGUNDA PARTE - TOMO VII**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU  
FONDO EDITORIAL 1996**



Felipe Osterling Parodi, abogado y Doctor en Derecho, fue Presidente de la Comisión que tuvo a su cargo el Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, que dio origen al Código Civil de 1984. En tal condición fue ponente del Libro VI sobre las Obligaciones. Es profesor principal de esta materia en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor extraordinario en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

Mario Castillo Freyre, abogado y Magister en Derecho, es profesor de Obligaciones y Contratos en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón.

La presente obra trata sobre la Teoría General de las Obligaciones y luego analiza, en forma exegética, el articulado del Código Civil Peruano de 1984 relativo a esta materia, vinculando los temas con sus antecedentes nacionales y extranjeros, doctrina, jurisprudencia y concordancias.

En palabras del ilustre jurista argentino Doctor Guillermo A. Borda "...esta obra excede largamente de un prolijo comentario del Código Civil de 1984; es una obra de un significado universal, de la que no podrá prescindir ningún estudioso del derecho civil y que honra a la literatura jurídica peruana y latinoamericana."

**MARIO CASTILLO FREYRE**  
Profesor de Obligaciones y  
Contratos en la Pontificia Uni-  
versidad Católica del Perú y en  
la Universidad Femenina del  
Sagrado Corazón

**FELIPE OSTERLING PARODI**  
Profesor de Obligaciones en la  
Pontificia Universidad Católica  
del Perú y en la Universidad de  
Lima

**TRATADO DE LAS OBLIGACIONES  
SEGUNDA PARTE**

**TOMO VII**

**BIBLIOTECA  
PARA LEER EL CODIGO CIVIL  
VOL. XVI**



**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU  
FONDO EDITORIAL 1996**

Primera edición, febrero de 1996. 3,000 ejemplares

*Cubierta:* Grabado de Honoré Daumier

Tratado de las Obligaciones  
(Biblioteca Para leer el Código Civil, Vol. XVI, segunda parte, Tomo VII)

Copyright © 1996 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad  
Católica del Perú. Av. Universitaria, cuadra 18, San Miguel. Lima, Perú.  
Telfs. 4626390, 4622540 anexo 220.

*Derechos reservados*

ISBN 9972-42-015-9  
ISBN 9972-42-018-3

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o par-  
cialmente, sin permiso expreso de los editores.

Impreso en el Perú - Printed in Peru.

## TOMO VII

### CONTENIDO GENERAL

Análisis del artículo 1249 (continuación) .....	13
Jurisprudencia peruana del artículo 1249 .....	138
Concordancias nacionales del artículo 1249 .....	138
Autorización expresa para el anatocismo. Condición .....	139
Artículo 1250 .....	139
Fuentes nacionales del artículo 1250 .....	139
Fuentes y concordancias extranjeras .....	140
Análisis .....	141
Jurisprudencia peruana del artículo 1250 .....	151
Concordancias nacionales del artículo 1250 .....	151

### CAPITULO TERCERO

#### Pago por consignación

Pago por consignación. Concepto y requisitos .....	153
Artículo 1251 .....	153
Fuentes nacionales del artículo 1251 .....	153
Fuentes y concordancias extranjeras .....	156
Análisis .....	160
Análisis del nuevo texto del artículo 1251 .....	217
Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1251 .....	220
Fundamento .....	220
Jurisprudencia peruana del artículo 1251 .....	220
Concordancias nacionales del artículo 1251 .....	225

Ofrecimiento judicial y extrajudicial .....	227
Artículo 1252 .....	227
Fuentes nacionales del artículo 1252 .....	227
Fuentes y concordancias extranjeras .....	230
Análisis .....	235
Análisis del nuevo texto del artículo 1252 .....	237
Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1252 .....	253
Fundamento .....	254
Concordancias nacionales del artículo 1252 .....	254
Trámite del ofrecimiento y de la oposición .....	255
Artículo 1253 .....	255
Fuentes nacionales del artículo 1253 .....	255
Fuentes y concordancias extranjeras .....	257
Análisis .....	258
Análisis del nuevo texto del artículo 1253 .....	262
Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1253 .....	275
Fundamento .....	275
Jurisprudencia peruana del artículo 1253 .....	275
Concordancias nacionales del artículo 1253 .....	278
Momento en que surte efectos la consignación .....	279
Artículo 1254 .....	279
Fuentes nacionales del artículo 1254 .....	279
Fuentes y concordancias extranjeras .....	281
Análisis .....	283
Análisis del nuevo texto del artículo 1254 .....	287
Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1254 .....	291
Fundamento .....	291
Jurisprudencia peruana del artículo 1254 .....	291
Concordancias nacionales del artículo 1254 .....	296
Posibilidades de desistimiento de la consignación. Requisitos .....	297
Artículo 1255 .....	297
Fuentes nacionales del artículo 1255 .....	297

Fuentes y concordancias extranjeras .....	299
Análisis .....	301
Análisis del nuevo texto del artículo 1255 .....	305
Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1255 .....	307
Fundamento .....	308
Jurisprudencia peruana del artículo 1255 .....	308
Concordancias nacionales del artículo 1255 .....	308

## CAPITULO CUARTO

### Imputación del pago

Imputación del pago. Requisitos .....	309
Artículo 1256 .....	309
Fuentes nacionales del artículo 1256 .....	309
Fuentes y concordancias extranjeras .....	312
Análisis .....	314
Jurisprudencia peruana del artículo 1256 .....	328
Concordancias nacionales del artículo 1256 .....	328
Imputación en caso que la deuda esté compuesta por capital, gastos e intereses .....	329
Artículo 1257 .....	329
Fuentes nacionales del artículo 1257 .....	329
Fuentes y concordancias extranjeras .....	331
Análisis .....	332
Jurisprudencia peruana del artículo 1257 .....	337
Concordancias nacionales del artículo 1257 .....	338
Posibilidad de reclamación del deudor ante la imputación del pago hecho por el acreedor .....	339
Artículo 1258 .....	339
Fuentes nacionales del artículo 1258 .....	339
Fuentes y concordancias extranjeras .....	341
Análisis .....	343

Supuestos legales para la imputación de un pago entre diversas obligaciones .....	347
Artículo 1259 .....	347
Fuentes nacionales del artículo 1259 .....	347
Fuentes y concordancias extranjeras .....	350
Análisis .....	352
Concordancias nacionales del artículo 1259 .....	360

## CAPITULO QUINTO

### Pago con subrogación

Subrogación de pleno derecho. Supuestos .....	361
Artículo 1260 .....	361
Fuentes nacionales del artículo 1260 .....	361
Fuentes y concordancias extranjeras .....	364
Análisis .....	368
Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1260 .....	462
Fundamento .....	462
Subrogación convencional. Supuestos .....	465
Artículo 1261 .....	465
Fuentes nacionales del artículo 1261 .....	465
Fuentes y concordancias extranjeras .....	470
Análisis .....	473
Concordancias nacionales del artículo 1261 .....	490
Efectos de la subrogación .....	491
Artículo 1262 .....	491
Fuentes nacionales del artículo 1262 .....	491
Fuentes y concordancias extranjeras .....	494
Análisis .....	494
Concordancias nacionales del artículo 1262 .....	499
Acciones del subrogado en los supuestos previstos por el artículo 1260, inciso 1 .....	501
Artículo 1263 .....	501

Fuentes nacionales del artículo 1263 .....	501
Fuentes y concordancias extranjeras .....	504
Análisis .....	504
Concordancias nacionales del artículo 1263 .....	509
Subrogación parcial. Concurrencia de acreedores .....	511
Artículo 1264 .....	511
Fuentes nacionales del artículo 1264 .....	511
Fuentes y concordancias extranjeras .....	513
Análisis .....	514
Concordancias nacionales del artículo 1264 .....	521

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales del  
Banco Industrial del Perú  
con recursos del BCRP

**F E N T**

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	En MN	En ME
- Circular N° 016-83-EFC/90 del 17 de agosto de 1983	59.00%	1/3%
- Circular N° 032-83-EFC/90 del 23 de noviembre de 1983	50.00%	1/3%

(1) Expresado en términos anuales.

(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.

(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	OPERACIONES ACTIVAS entre Instituciones Financieras	
	Créditos promocionales de COFIDE	
	<b>FONCAP <sup>(4)</sup></b>	
	En MN	En ME
- Circular N° 016-83-EFC/90 del 17 de agosto de 1983	52.00%	12.00%
- Circular N° 032-83-EFC/90 del 23 de noviembre de 1983	52.00%	12.00%
- Circular N° 017-84-EFC/90 del 12 de junio de 1984	52.00%	12.00%

- (1) Expresado en términos anuales.  
 (2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
 (3) Elaboración propia.  
 (4) No podrá adicionarse comisiones ni otros cargos.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	OPERACIONES ACTIVAS entre Instituciones Financieras	
	Créditos promocionales de COFIDE	
	<b>FONCAP</b>	
	En moneda nacional	
	Bajo el Sistema de Reajuste de Deudas	No sujetas al Sistema de Reajuste de Deudas
- Circular N° 025-84-EFC/90 del 24 de septiembre de 1984	3.50%	58.50%
- Circular N° 029-84-EFC/90 del 31 de octubre de 1984	0.50%	58.50%
- Circular N° 035-84-EFC/90 del 3 de diciembre de 1984	0.50%	65.00%

- (1) Expresado en términos anuales.  
 (2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
 (3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F O N C A P**

En moneda nacional

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Bajo el Sistema de Reajuste de Deudas	No sujetas al Sistema de Reajuste de Deudas
- Circular N° 002-85-EF/90 del 25 de enero de 1985	3.50%	70.00%
- Circular N° 025-85-EF/90 del 26 de junio de 1985	3.50%	89.00%
- Circular N° 037-85-EF/90 del 2 de agosto de 1985	20.00%	77.50%

(1) Expresado en términos anuales.

(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.

(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F O N C A P**

En moneda nacional

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Bajo el Sistema de Reajuste de Deudas	No sujetas al Sistema de Reajuste de Deudas
- Circular N° 061-85-EF/90 del 30 de septiembre de 1985	11.00%	37.00%
- Circular N° 004-86-EF/90 del 13 de febrero de 1986	5.50%	33.00%
- Circular N° 012-86-EF/90 del 5 de marzo de 1986	5.50%	33.00%

(1) Expresado en términos anuales.

(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.

(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F O N C A P**

En moneda nacional

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Bajo el Sistema de Reajuste de Deudas		No sujetas al Sistema de Reajuste de Deudas	
- Circular N° 019-86-EF/90 del 14 de mayo de 1986	5.50%		33.00%	
- Circular N° 030-86-EF/90 del 28 de agosto de 1986	5.50%		33.00%	
- Circular N° 009-87-EF/90 del 9 de abril de 1987	5.50%		33.00%	
- Circular N° 015-87-EF/90 del 25 de junio de 1987	5.50%		33.00%	

(1) Expresado en términos anuales.

(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.

(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F O N C A P**

Bajo el Sistema de Reajuste de Deudas

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Bajo el Sistema de Reajuste de Deudas		
	Hasta 360 días	De 361 a 719 días	De 720 a más días
- Circular N° 022-87-EF/90 del 14 de julio de 1987	2.00%	8.70%	14.90%
- Circular N° 007-88-EF/90 del 11 de marzo de 1988	4.00%	10.00%	16.00%
- Circular N° 019-88-EF/90 del 15 de junio de 1988	8.00%	12.00%	16.50%
- Circular N° 033-88-EF/90 del 29 de agosto de 1988	9.00%	12.50%	20.50%

(1) Expresado en términos anuales.

(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.

(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

**OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras**

**Créditos promocionales  
de COFIDE**

**F O N C A P**

**No sujetas al Sistema  
de Reajuste de Deudas**

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Hasta 360 días	De 361 a 719 días	De 720 a más días
- Circular N° 007-88-EF/90 del 11 de marzo de 1988	43.50%	50.50%	57.00%
- Circular N° 019-88-EF/90 del 15 de junio de 1988	83.50%	89.00%	94.00%
- Circular N° 033-88-EF/90 del 29 de agosto de 1988	144.20%	150.00%	160.50%

- (1) Expresado en términos anuales.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

**OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras**

**Créditos promocionales  
de COFIDE**

**F O N C A P**

**Bajo el Sistema de Reajuste de Deudas**

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Hasta 360 días	De 361 a 719 días	De 720 a más días
- Circular N° 043-88-EF/90 del 29 de noviembre de 1988	9.71%	12.14%	14.97%
- Circular N° 003-89-EF/90 del 27 de febrero de 1989	19.38%	21.93%	26.38%
- Circular N° 032-89-EF/90 del 26 de septiembre de 1989	19.38%	21.93%	26.38%
- Circular N° 041-89-EF/90 del 13 de noviembre de 1989	19.38%	21.93%	26.38%

- (1) De periodicidad trimestral.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F O N C A P**

No sujetas al Sistema  
de Reajuste de Deudas

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Hasta 360 días	De 361 a 719 días	De 720 a más días
- Circular N° 043-88-EF/90 del 29 de noviembre de 1988	71.55%	76.01%	80.33%
- Circular N° 003-89-EF/90 del 27 de febrero de 1989	94.06%	98.89%	106.02%
- Circular N° 032-89-EF/90 del 26 de septiembre de 1989	87.13%	91.75%	98.75%
- Circular N° 041-89-EF/90 del 13 de noviembre de 1989	78.12%	82.60%	89.37%

- (1) De periodicidad trimestral.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F O N C A P**

Bajo el Sistema de Reajuste de Deudas

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Hasta 360 días	De 361 a 719 días	De 720 a más días
- Circular N° 050-89-EF/90 del 30 de noviembre de 1989	19.38%	21.93%	26.38%
- Circular N° 001-90-EF/90 del 12 de enero de 1990	26.75%	33.04%	39.54%
- Circular N° 016-90-EF/90 del 13 de marzo de 1990	46.24%	56.68%	67.61%

- (1) De periodicidad trimestral.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F O N C A P**

No sujetas al Sistema  
de Reajuste de Deudas

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Hasta 360 días	De 361 a 719 días	De 720 a más días
- Circular N° 050-89-EF/90 del 30 de noviembre de 1989	78.12%	82.60%	89.37%
- Circular N° 001-90-EF/90 del 12 de enero de 1990	89.42%	98.81%	108.43%
- Circular N° 016-90-EF/90 del 13 de marzo de 1990	118.46%	134.04%	150.26%

- (1) De periodicidad trimestral.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F O N C A P**

Bajo el Sistema de Reajuste de Deudas

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Hasta 360 días	De 361 a 719 días	De 720 a más días
- Circular N° 033-90-EF/90 del 28 de mayo de 1990	81.00%	93.06%	105.63%
- Circular N° 044-90-EF/90 del 27 de junio de 1990	92.21%	109.12%	126.98%
- Circular N° 069-90-EF/90 del 14 de septiembre de 1990	49.09%	53.09%	57.16%

- (1) De periodicidad trimestral.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F O N C A P**

No sujetas al Sistema  
de Reajuste de Deudas

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Hasta 360 días	De 361 a 719 días	De 720 a más días
- Circular N° 033-90-EF/90 del 28 de mayo de 1990	167.32%	185.10%	203.58%
- Circular N° 044-90-EF/90 del 27 de junio de 1990	184.86%	209.92%	236.39%
- Circular N° 069-90-EF/90 del 14 de septiembre de 1990	49.09%	53.09%	57.16%

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F O N C A P**

Bajo el Sistema de Reajuste de Deudas

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Hasta 360 días	De 361 a 719 días	De 720 a más días
- Circular N° 079-90-EF/90 del 7 de noviembre de 1990	39.38%	43.21%	47.11%
- Circular N° 082-90-EF/90 del 28 de diciembre de 1990	35.62%	39.38%	43.21%
- Circular N° 003-91-EF/90 del 30 de enero de 1991	35.62%	39.38%	43.21%
- Circular N° 004-91-EF/90 del 28 de febrero de 1991	35.62%	39.38%	43.21%

(1) De periodicidad trimestral.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

(1) De periodicidad trimestral.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

**OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras**

Créditos promocionales  
de COFIDE

**FONCAP**

No sujetas al Sistema  
de Reajuste de Deudas

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Hasta 360 días	De 361 a 719 días	De 720 a más días
- Circular N° 079-90-EF/90 del 7 de noviembre de 1990	39.38%	43.21%	47.11%
- Circular N° 082-90-EF/90 del 28 de diciembre de 1990	35.62%	39.38%	43.21%
- Circular N° 003-91-EF/90 del 30 de enero de 1991	35.62%	39.38%	43.21%
- Circular N° 004-91-EF/90 del 28 de febrero de 1991	35.62%	39.38%	43.21%

(1) De periodicidad trimestral.

(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.

(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO**

**OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras**

Créditos promocionales  
de COFIDE

**FONCAP**

Sujetas y no sujetas al Sistema  
de Reajuste de Deudas

CIRCULARES <sup>(1) (2)</sup>	Hasta 360 días	De 361 a 719 días	De 720 a más días
- Circular N° 006-91-EF/90 del 11 de marzo de 1991	TAMN-1	TAMN	TAMN+1
- Circular N° 017-91-EF/90 del 27 de junio de 1991	TAMN-1	TAMN	TAMN+1
- Circular N° 029-91-EF/90 del 5 de septiembre de 1991	TAMN-1	TAMN	TAMN+1
- Circular N° 028-92-EF/90 del 4 de septiembre de 1992	TAMN-1	TAMN	TAMN+1

(1) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.

(2) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F O N C A P**

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>

En moneda extranjera

- Circular N° 025-84-EFC/90 del 24 de septiembre de 1984	12.00%
- Circular N° 029-84-EFC/90 del 31 de octubre de 1984	12.00%
- Circular N° 035-84-EFC/90 del 3 de diciembre de 1984	12.00%

- (1) Expresado en términos anuales.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F O N C A P**

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>

En moneda extranjera

- Circular N° 002-85-EF/90 del 25 de enero de 1985	12.00%
- Circular N° 025-85-EF/90 del 26 de junio de 1985	12.00%
- Circular N° 003-86-EF/90 del 13 de febrero de 1986	11.00%

- (1) Expresado en términos anuales.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

**OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras**

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F O N C A P**

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>

En moneda extranjera

- Circular N° 018-86-EF/90 del 14 de mayo de 1986	11.00%
- Circular N° 022-86-EF/90 del 28 de mayo de 1986	11.00%
- Circular N° 042-86-EF/90 del 1 de diciembre de 1986	11.00%

- (1) Expresado en términos anuales.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

**OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras**

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F O N C A P**

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>

En moneda extranjera

- Circular N° 028-87-EF/90 del 29 de julio de 1987	11.00%
- Circular N° 029-89-EF/90 del 19 de septiembre de 1989	11.00%
- Circular N° 046-89-EF/90 del 24 de noviembre de 1989	11.00%
- Circular N° 020-90-EF/90 del 26 de marzo de 1990	11.00%

- (1) Expresado en términos anuales.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F O N C A P**

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>

En moneda extranjera

- Circular N° 007-91-EF/90 del 11 de marzo de 1991	TAMEX - 3.0
- Circular N° 018-91-EF/90 del 27 de junio de 1991	TAMEX - 3.0
- Circular N° 010-92-EF/90 del 19 de febrero de 1992	TAMEX - 3.0
- Circular N° 029-92-EF/90 del 4 de septiembre de 1992	TAMEX - 3.0

- (1) Expresado en términos anuales.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F I R E <sup>(4)</sup>**

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>

En MN

En ME

- Circular N° 016-83-EFC/90 del 17 de agosto de 1983	52.00%	12.00%
- Circular N° 032-83-EFC/90 del 23 de noviembre de 1983	52.00%	12.00%
- Circular N° 017-84-EFC/90 del 12 de junio de 1984	52.00%	12.00%

- (1) Expresado en términos anuales.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.  
(4) No podrá adicionarse comisiones ni otros cargos.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F I R E**

En moneda nacional

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Bajo el Sistema de Reajuste de Deudas	No sujetas al Sistema de Reajuste de Deudas
- Circular N° 025-84-EFC/90 del 24 de septiembre de 1984	3.50%	58.50%
- Circular N° 029-84-EFC/90 del 31 de octubre de 1984	0.50%	58.50%
- Circular N° 035-84-EFC/90 del 3 de diciembre de 1984	0.50%	65.00%

(1) Expresado en términos anuales.

(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.

(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F I R E**

En moneda nacional

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Bajo el Sistema de Reajuste de Deudas	No sujetas al Sistema de Reajuste de Deudas
- Circular N° 002-85-EF/90 del 25 de enero de 1985	3.50%	70.00%
- Circular N° 025-85-EF/90 del 26 de junio de 1985	3.50%	89.00%
- Circular N° 037-85-EF/90 del 2 de agosto de 1985	20.00%	77.50%

(1) Expresado en términos anuales.

(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.

(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

**OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras**

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F I R E**

En moneda nacional

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Bajo el Sistema de Reajuste de Deudas	No sujetas al Sistema de Reajuste de Deudas
- Circular N° 061-85-EF/90 del 30 de septiembre de 1985	11.00%	37.00%
- Circular N° 004-86-EF/90 del 13 de febrero de 1986	5.50%	33.00%
- Circular N° 012-86-EF/90 del 5 de marzo de 1986	5.50%	33.00%

(1) Expresado en términos anuales.

(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.

(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

**OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras**

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F I R E**

En moneda nacional

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Bajo el Sistema de Reajuste de Deudas	No sujetas al Sistema de Reajuste de Deudas
- Circular N° 019-86-EF/90 del 14 de mayo de 1986	5.50%	33.00%
- Circular N° 030-86-EF/90 del 28 de agosto de 1986	5.50%	33.00%
- Circular N° 009-87-EF/90 del 9 de abril de 1987	5.50%	33.00%
- Circular N° 015-87-EF/90 del 25 de junio de 1987	5.50%	33.00%

(1) Expresado en términos anuales.

(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.

(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

**OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras**

**Créditos promocionales  
de COFIDE**

**F I R E**

Bajo el Sistema de Reajuste de Deudas

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Hasta 360 días	De 361 a 719 días	De 720 a más días
- Circular N° 007-88-EF/90 del 11 de marzo de 1988	4.00%	10.00%	16.00%
- Circular N° 019-88-EF/90 del 15 de junio de 1988	8.00%	12.00%	16.50%
- Circular N° 033-88-EF/90 del 29 de agosto de 1988	9.00%	12.50%	20.50%

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

**OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras**

**Créditos promocionales  
de COFIDE**

**F I R E**

No sujetas al Sistema  
de Reajuste de Deudas

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Hasta 360 días	De 361 a 719 días	De 720 a más días
- Circular N° 007-88-EF/90 del 11 de marzo de 1988	43.50%	50.50%	57.00%
- Circular N° 019-88-EF/90 del 15 de junio de 1988	83.50%	89.00%	94.00%
- Circular N° 033-88-EF/90 del 29 de agosto de 1988	144.20%	150.00%	160.50%

(1) Expresado en términos anuales.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

(1) Expresado en términos anuales.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

**OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras**

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F I R E**

Bajo el Sistema de Reajuste de Deudas

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Hasta 360 días	De 361 a 719 días	De 720 a más días
- Circular N° 043-88-EF/90 del 29 de noviembre de 1988	9.71%	12.14%	14.97%
- Circular N° 003-89-EF/90 del 27 de febrero de 1989	19.38%	21.93%	26.38%
- Circular N° 032-89-EF/90 del 26 de septiembre de 1989	19.38%	21.93%	26.38%
- Circular N° 041-89-EF/90 del 13 de noviembre de 1989	19.38%	21.93%	26.38%

- (1) De periodicidad trimestral.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

**OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras**

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F I R E**

No sujetas al Sistema  
de Reajuste de Deudas

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Hasta 360 días	De 361 a 719 días	De 720 a más días
- Circular N° 043-88-EF/90 del 29 de noviembre de 1988	71.55%	76.01%	80.33%
- Circular N° 003-89-EF/90 del 27 de febrero de 1989	94.06%	98.89%	106.02%
- Circular N° 032-89-EF/90 del 26 de septiembre de 1989	87.13%	91.75%	98.75%
- Circular N° 041-89-EF/90 del 13 de noviembre de 1989	78.12%	82.60%	89.37%

- (1) De periodicidad trimestral.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F I R E**

Bajo el Sistema de Reajuste de Deudas

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Hasta 360 días	De 361 a 719 días	De 720 a más días
- Circular N° 050-89-EF/90 del 30 de noviembre de 1989	19.38%	21.93%	26.38%
- Circular N° 001-90-EF/90 del 12 de enero de 1990	26.75%	33.04%	39.54%
- Circular N° 016-90-EF/90 del 13 de marzo de 1990	46.24%	56.68%	67.61%

- (1) De periodicidad trimestral.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F I R E**

No sujetas al Sistema  
de Reajuste de Deudas

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Hasta 360 días	De 361 a 719 días	De 720 a más días
- Circular N° 050-89-EF/90 del 30 de noviembre de 1989	78.12%	82.60%	89.37%
- Circular N° 001-90-EF/90 del 12 de enero de 1990	89.42%	98.81%	108.43%
- Circular N° 016-90-EF/90 del 13 de marzo de 1990	118.46%	134.04%	150.26%

- (1) De periodicidad trimestral.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

**OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras**

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F I R E**

Bajo el Sistema de Reajuste de Deudas

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Hasta 360 días	De 361 a 719 días	De 720 a más días
- Circular N° 033-90-EF/90 del 28 de mayo de 1990	81.00%	93.06%	105.63%
- Circular N° 044-90-EF/90 del 27 de junio de 1990	92.21%	109.12%	126.98%
- Circular N° 069-90-EF/90 del 14 de septiembre de 1990	49.09%	53.09%	57.16%

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

**OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras**

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F I R E**

No sujetas al Sistema  
de Reajuste de Deudas

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Hasta 360 días	De 361 a 719 días	De 720 a más días
- Circular N° 033-90-EF/90 del 28 de mayo de 1990	167.32%	185.10%	203.58%
- Circular N° 044-90-EF/90 del 27 de junio de 1990	184.86%	209.92%	236.39%
- Circular N° 069-90-EF/90 del 14 de septiembre de 1990	49.09%	53.09%	57.16%

(1) De periodicidad trimestral.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

(1) De periodicidad trimestral.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

**OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras**

**Créditos promocionales  
de COFIDE**

**F I R E**

Bajo el Sistema de Reajuste de Deudas

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Hasta 360 días	De 361 a 719 días	De 720 a más días
- Circular N° 079-90-EF/90 del 7 de noviembre de 1990	39.38%	43.21%	47.11%
- Circular N° 082-90-EF/90 del 28 de diciembre de 1990	35.62%	39.38%	43.21%
- Circular N° 003-91-EF/90 del 30 de enero de 1991	35.62%	39.38%	43.21%
- Circular N° 004-91-EF/90 del 28 de febrero de 1991	35.62%	39.38%	43.21%

(1) De periodicidad trimestral.

(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.

(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

**OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras**

**Créditos promocionales  
de COFIDE**

**F I R E**

No sujetas al Sistema  
de Reajuste de Deudas

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Hasta 360 días	De 361 a 719 días	De 720 a más días
- Circular N° 079-90-EF/90 del 7 de noviembre de 1990	39.38%	43.21%	47.11%
- Circular N° 082-90-EF/90 del 28 de diciembre de 1990	35.62%	39.38%	43.21%
- Circular N° 003-91-EF/90 del 30 de enero de 1991	35.62%	39.38%	43.21%
- Circular N° 004-91-EF/90 del 28 de febrero de 1991	35.62%	39.38%	43.21%

(1) De periodicidad trimestral.

(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.

(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F I R E**

Sujetas y no sujetas al Sistema  
de Reajuste de Deudas

CIRCULARES <sup>(1) (2)</sup>	Hasta 360 días		
	De 361 a 719 días	De 720 a más días	
- Circular N° 006-91-EF/90 del 11 de marzo de 1991	TAMN-1	TAMN	TAMN+1
- Circular N° 017-91-EF/90 del 27 de junio de 1991	TAMN-1	TAMN	TAMN+1
- Circular N° 029-91-EF/90 del 5 de septiembre de 1991	TAMN-1	TAMN	TAMN+1
- Circular N° 028-92-EF/90 del 4 de septiembre de 1992	TAMN-1	TAMN	TAMN+1

(1) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.

(2) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F I R E**

En moneda extranjera

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>

- Circular N° 025-84-EFC/90 del 24 de septiembre de 1984	12.00%
- Circular N° 029-84-EFC/90 del 31 de octubre de 1984	12.00%
- Circular N° 035-84-EFC/90 del 3 de diciembre de 1984	12.00%

(1) Expresado en términos anuales.

(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.

(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F I R E**

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>

En moneda extranjera

- Circular N° 002-85-EF/90  
del 25 de enero de 1985

12.00%

- Circular N° 025-85-EF/90  
del 26 de junio de 1985

12.00%

- Circular N° 003-86-EF/90  
del 13 de febrero de 1986

11.00%

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F I R E**

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>

En moneda extranjera

- Circular N° 018-86-EF/90  
del 14 de mayo de 1986

11.00%

- Circular N° 022-86-EF/90  
del 28 de mayo de 1986

11.00%

- Circular N° 042-86-EF/90  
del 1 de diciembre de 1986

11.00%

(1) Expresado en términos anuales.

(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.

(3) Elaboración propia.

(1) Expresado en términos anuales.

(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.

(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**FIRE**

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>

En moneda extranjera

- Circular N° 028-87-EF/90 del 29 de julio de 1987	11.00%
- Circular N° 029-89-EF/90 del 19 de septiembre de 1989	11.00%
- Circular N° 046-89-EF/90 del 24 de noviembre de 1989	11.00%
- Circular N° 020-90-EF/90 del 26 de marzo de 1990	11.00%

- (1) Expresado en términos anuales.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**FIRE**

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>

En moneda extranjera

- Circular N° 007-91-EF/90 del 11 de marzo de 1991	TAMEX - 3.0
- Circular N° 018-91-EF/90 del 27 de junio de 1991	TAMEX - 3.0
- Circular N° 010-92-EF/90 del 19 de febrero de 1992	TAMEX - 3.0
- Circular N° 029-92-EF/90 del 4 de septiembre de 1992	TAMEX - 3.0

- (1) Expresado en términos anuales.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**B I D / 3 7 7 <sup>(4)</sup>**

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	En MN	En ME
- Circular N° 016-83-EFC/90 del 17 de agosto de 1983	52.00%	12.00%
- Circular N° 032-83-EFC/90 del 23 de noviembre de 1983	52.00%	12.00%
- Circular N° 017-84-EFC/90 del 12 de junio de 1984	52.00%	12.00%

(1) Expresado en términos anuales.

(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.

(3) Elaboración propia.

(4) No podrá adicionarse comisiones u otros cargos.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**B I D / 3 7 7**

En moneda nacional

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Bajo el Sistema de Reajuste de Deudas	No sujetas al Sistema de Reajuste de Deudas
- Circular N° 025-84-EFC/90 del 24 de septiembre de 1984	3.50%	58.50%
- Circular N° 029-84-EFC/90 del 31 de octubre de 1984	0.50%	58.50%
- Circular N° 035-84-EFC/90 del 3 de diciembre de 1984	0.50%	65.00%

(1) Expresado en términos anuales.

(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.

(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**B I D / 3 7 7**

En moneda nacional

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Bajo el Sistema de Reajuste de Deudas	No sujetas al Sistema de Reajuste de Deudas
- Circular N° 002-85-EF/90 del 25 de enero de 1985	3.50%	70.00%
- Circular N° 025-85-EF/90 del 26 de junio de 1985	3.50%	89.00%
- Circular N° 037-85-EF/90 del 2 de agosto de 1985	20.00%	77.50%

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**B I D / 3 7 7**

En moneda nacional

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Bajo el Sistema de Reajuste de Deudas	No sujetas al Sistema de Reajuste de Deudas
- Circular N° 061-85-EF/90 del 30 de septiembre de 1985	11.00%	37.00%
- Circular N° 004-86-EF/90 del 13 de febrero de 1986	5.50%	33.00%
- Circular N° 012-86-EF/90 del 5 de marzo de 1986	5.50%	33.00%

(1) Expresado en términos anuales.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

(1) Expresado en términos anuales.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**B I D / 3 7 7**

En moneda nacional

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Bajo el Sistema de Reajuste de Deudas	No sujetas al Sistema de Reajuste de Deudas
- Circular N° 019-86-EF/90 del 14 de mayo de 1986	5.50%	33.00%
- Circular N° 030-86-EF/90 del 28 de agosto de 1986	5.50%	33.00%
- Circular N° 009-87-EF/90 del 9 de abril de 1987	5.50%	33.00%
- Circular N° 015-87-EF/90 del 25 de junio de 1987	5.50%	33.00%

(1) Expresado en términos anuales.

(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.

(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**B I D / 3 7 7**

Bajo el Sistema de Reajuste de Deudas

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Hasta 360 días	De 361 a 719 días	De 720 a más días
- Circular N° 007-88-EF/90 del 11 de marzo de 1988	4.00%	10.00%	16.00%
- Circular N° 019-88-EF/90 del 15 de junio de 1988	8.00%	12.00%	16.50%
- Circular N° 033-88-EF/90 del 29 de agosto de 1988	9.00%	12.50%	20.50%

(1) Expresado en términos anuales.

(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.

(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**B I D / 3 7 7**

No sujetas al Sistema  
de Reajuste de Deudas

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Hasta 360 días	De 361 a 719 días	De 720 a más días
- Circular N° 007-88-EF/90 del 11 de marzo de 1988	43.50%	50.50%	57.00%
- Circular N° 019-88-EF/90 del 15 de junio de 1988	83.50%	89.00%	94.00%
- Circular N° 033-88-EF/90 del 29 de agosto de 1988	144.20%	150.00%	160.50%

(1) Expresado en términos anuales.

(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.

(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**B I D / 3 7 7**

Bajo el Sistema de Reajuste de Deudas

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Hasta 360 días	De 361 a 719 días	De 720 a más días
- Circular N° 043-88-EF/90 del 29 de noviembre de 1988	9.71%	12.14%	14.97%
- Circular N° 003-89-EF/90 del 27 de febrero de 1989	19.38%	21.93%	26.38%
- Circular N° 032-89-EF/90 del 26 de septiembre de 1989	19.38%	21.93%	26.38%
- Circular N° 041-89-EF/90 del 13 de noviembre de 1989	19.38%	21.93%	26.38%

(1) De periodicidad trimestral.

(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.

(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**B I D / 3 7 7**

No sujetas al Sistema  
de Reajuste de Deudas

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Hasta 360 días	De 361 a 719 días	De 720 a más días
- Circular N° 043-88-EF/90 del 29 de noviembre de 1988	71.55%	76.01%	80.33%
- Circular N° 003-89-EF/90 del 27 de febrero de 1989	94.06%	98.89%	106.02%
- Circular N° 032-89-EF/90 del 26 de septiembre de 1989	87.13%	91.75%	98.75%
- Circular N° 041-89-EF/90 del 13 de noviembre de 1989	78.12%	82.60%	89.37%

- (1) De periodicidad trimestral.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**B I D / 3 7 7**

Bajo el Sistema de Reajuste de Deudas

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Hasta 360 días	De 361 a 719 días	De 720 a más días
- Circular N° 050-89-EF/90 del 30 de noviembre de 1989	19.38%	21.93%	26.38%
- Circular N° 001-90-EF/90 del 12 de enero de 1990	26.75%	33.04%	39.54%
- Circular N° 016-90-EF/90 del 13 de marzo de 1990	46.24%	56.68%	67.61%

- (1) De periodicidad trimestral.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**B I D / 3 7 7**

No sujetas al Sistema  
de Reajuste de Deudas

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Hasta 360 días	De 361 a 719 días	De 720 a más días
- Circular N° 050-89-EF/90 del 30 de noviembre de 1989	78.12%	82.60%	89.37%
- Circular N° 001-90-EF/90 del 12 de enero de 1990	89.42%	98.81%	108.43%
- Circular N° 016-90-EF/90 del 13 de marzo de 1990	118.46%	134.04%	150.26%

(1) De periodicidad trimestral.

(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.

(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**B I D / 3 7 7**

Bajo el Sistema de Reajuste de Deudas

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Hasta 360 días	De 361 a 719 días	De 720 a más días
- Circular N° 033-90-EF/90 del 28 de mayo de 1990	81.00%	93.06%	105.63%
- Circular N° 044-90-EF/90 del 27 de junio de 1990	92.21%	109.12%	126.98%
- Circular N° 069-90-EF/90 del 14 de septiembre de 1990	49.09%	53.09%	57.16%

(1) De periodicidad trimestral.

(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.

(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**B I D / 3 7 7**

No sujetas al Sistema  
de Reajuste de Deudas

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Hasta 360 días		
	Hasta 360 días	De 361 a 719 días	De 720 a más días
- Circular N° 033-90-EF/90 del 28 de mayo de 1990	167.32%	185.10%	203.58%
- Circular N° 044-90-EF/90 del 27 de junio de 1990	184.86%	209.92%	236.39%
- Circular N° 069-90-EF/90 del 14 de septiembre de 1990	49.09%	53.09%	57.16%

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**B I D / 3 7 7**

Bajo el Sistema de Reajuste de Deudas

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Hasta 360 días		
	Hasta 360 días	De 361 a 719 días	De 720 a más días
- Circular N° 079-90-EF/90 del 7 de noviembre de 1990	39.38%	43.21%	47.11%
- Circular N° 082-90-EF/90 del 28 de diciembre de 1990	35.62%	39.38%	43.21%
- Circular N° 003-91-EF/90 del 30 de enero de 1991	35.62%	39.38%	43.21%
- Circular N° 004-91-EF/90 del 28 de febrero de 1991	35.62%	39.38%	43.21%

(1) De periodicidad trimestral.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

(1) De periodicidad trimestral.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**B I D / 3 7 7**

No sujetas al Sistema  
de Reajuste de Deudas

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Hasta 360 días	De 361 a 719 días	De 720 a más días
- Circular N° 079-90-EF/90 del 7 de noviembre de 1990	39.38%	43.21%	47.11%
- Circular N° 082-90-EF/90 del 28 de diciembre de 1990	35.62%	39.38%	43.21%
- Circular N° 003-91-EF/90 del 30 de enero de 1991	35.62%	39.38%	43.21%
- Circular N° 004-91-EF/90 del 28 de febrero de 1991	35.62%	39.38%	43.21%

(1) De periodicidad trimestral.

(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.

(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**B I D / 3 7 7**

Sujetas y no sujetas al Sistema  
de Reajuste de Deudas

CIRCULARES <sup>(1) (2)</sup>	Hasta 360 días	De 361 a 719 días	De 720 a más días
- Circular N° 006-91-EF/90 del 11 de marzo de 1991	TAMN-1	TAMN	TAMN+1
- Circular N° 017-91-EF/90 del 27 de junio de 1991	TAMN-1	TAMN	TAMN+1
- Circular N° 029-91-EF/90 del 5 de septiembre de 1991	TAMN-1	TAMN	TAMN+1
- Circular N° 028-92-EF/90 del 4 de septiembre de 1992	TAMN-1	TAMN	TAMN+1

(1) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.

(2) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**B I D / 3 7 7**

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>

En moneda extranjera

- Circular N° 025-84-EFC/90 del 24 de septiembre de 1984	12.00%
- Circular N° 029-84-EFC/90 del 31 de octubre de 1984	12.00%
- Circular N° 035-84-EFC/90 del 3 de diciembre de 1984	12.00%

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**B I D / 3 7 7**

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>

En moneda extranjera

- Circular N° 002-85-EF/90 del 25 de enero de 1985	12.00%
- Circular N° 025-85-EF/90 del 26 de junio de 1985	12.00%
- Circular N° 003-86-EF/90 del 13 de febrero de 1986	11.00%

(1) Expresado en términos anuales.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

(1) Expresado en términos anuales.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**B I D / 3 7 7**

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>

En moneda extranjera

- Circular N° 018-86-EF/90 del 14 de mayo de 1986	11.00%
- Circular N° 022-86-EF/90 del 28 de mayo de 1986	11.00%
- Circular N° 042-86-EF/90 del 1 de diciembre de 1986	11.00%

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**B I D / 3 7 7**

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>

En moneda extranjera

- Circular N° 028-87-EF/90 del 29 de julio de 1987	11.00%
- Circular N° 029-89-EF/90 del 19 de septiembre de 1989	11.00%
- Circular N° 046-89-EF/90 del 24 de noviembre de 1989	11.00%
- Circular N° 020-90-EF/90 del 26 de marzo de 1990	11.00%

(1) Expresado en términos anuales.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

(1) Expresado en términos anuales.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**B I D / 3 7 7**

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>

En moneda extranjera

- Circular N° 007-91-EF/90 del 11 de marzo de 1991	TAMEX - 3.0
- Circular N° 018-91-EF/90 del 27 de junio de 1991	TAMEX - 3.0
- Circular N° 010-92-EF/90 del 19 de febrero de 1992	TAMEX - 3.0
- Circular N° 029-92-EF/90 del 4 de septiembre de 1992	TAMEX - 3.0

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F R A I**

En moneda nacional

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Bajo el Sistema de Reajuste de Deudas	No sujetas al Sistema de Reajuste de Deudas
- Circular N° 025-84-EFC/90 del 24 de septiembre de 1984	3.50%	58.50%
- Circular N° 029-84-EFC/90 del 31 de octubre de 1984	0.50%	58.50%
- Circular N° 035-84-EFC/90 del 3 de diciembre de 1984	0.50%	65.00%

(1) Expresado en términos anuales.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

(1) Expresado en términos anuales.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

**OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras**

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F R A I**

En moneda nacional

	Bajo el Sistema de Reajuste de Deudas	No sujetas al Sistema de Reajuste de Deudas
CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>		
- Circular N° 002-85-EF/90 del 25 de enero de 1985	3.50%	70.00%
- Circular N° 025-85-EF/90 del 26 de junio de 1985	3.50%	89.00%
- Circular N° 037-85-EF/90 del 2 de agosto de 1985	20.00%	77.50%

(1) Expresado en términos anuales.

(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.

(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

**OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras**

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F R A I**

En moneda nacional

	Bajo el Sistema de Reajuste de Deudas	No sujetas al Sistema de Reajuste de Deudas
CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>		
- Circular N° 061-85-EF/90 del 30 de septiembre de 1985	11.00%	37.00%
- Circular N° 004-86-EF/90 del 13 de febrero de 1986	5.50%	33.00%
- Circular N° 012-86-EF/90 del 5 de marzo de 1986	5.50%	33.00%

(1) Expresado en términos anuales.

(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.

(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

**OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras**

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F R A I**

En moneda nacional

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	En moneda nacional	
	Bajo el Sistema de Reajuste de Deudas	No sujetas al Sistema de Reajuste de Deudas
- Circular N° 019-86-EF/90 del 14 de mayo de 1986	5.50%	33.00%
- Circular N° 030-86-EF/90 del 28 de agosto de 1986	5.50%	33.00%
- Circular N° 009-87-EF/90 del 9 de abril de 1987	5.50%	33.00%
- Circular N° 015-87-EF/90 del 25 de junio de 1987	5.50%	33.00%

(1) Expresado en términos anuales.

(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.

(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

**OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras**

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F R A I**

Bajo el Sistema de Reajuste de Deudas

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Bajo el Sistema de Reajuste de Deudas		
	Hasta 360 días	De 361 a 719 días	De 720 a más días
- Circular N° 007-88-EF/90 del 11 de marzo de 1988	4.00%	10.00%	16.00%
- Circular N° 019-88-EF/90 del 15 de junio de 1988	8.00%	12.00%	16.50%
- Circular N° 033-88-EF/90 del 29 de agosto de 1988	9.00%	12.50%	20.50%

(1) Expresado en términos anuales.

(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.

(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F R A I**

No sujetas al Sistema  
de Reajuste de Deudas

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Hasta 360 días	De 361 a 719 días	De 720 a más días
- Circular N° 007-88-EF/90 del 11 de marzo de 1988	43.50%	50.50%	57.00%
- Circular N° 019-88-EF/90 del 15 de junio de 1988	83.50%	89.00%	94.00%
- Circular N° 033-88-EF/90 del 29 de agosto de 1988	144.20%	150.00%	160.50%

(1) Expresado en términos anuales.

(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.

(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F R A I**

Bajo el Sistema de Reajuste de Deudas

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Hasta 360 días	De 361 a 719 días	De 720 a más días
- Circular N° 043-88-EF/90 del 29 de noviembre de 1988	9.71%	12.14%	14.97%
- Circular N° 003-89-EF/90 del 27 de febrero de 1989	19.38%	21.93%	26.38%
- Circular N° 032-89-EF/90 del 26 de septiembre de 1989	19.38%	21.93%	26.38%
- Circular N° 041-89-EF/90 del 13 de noviembre de 1989	19.38%	21.93%	26.38%

(1) De periodicidad trimestral.

(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.

(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F R A I**

No sujetas al Sistema  
de Reajuste de Deudas

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	FRAI		
	Hasta 360 días	De 361 a 719 días	De 720 a más días
- Circular N° 043-88-EF/90 del 29 de noviembre de 1988	71.55%	76.01%	80.33%
- Circular N° 003-89-EF/90 del 27 de febrero de 1989	94.06%	98.89%	106.02%
- Circular N° 032-89-EF/90 del 26 de septiembre de 1989	87.13%	91.75%	98.75%
- Circular N° 041-89-EF/90 del 13 de noviembre de 1989	78.12%	82.60%	89.37%

- (1) De periodicidad trimestral.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F R A I**

Bajo el Sistema de Reajuste de Deudas

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	FRAI		
	Hasta 360 días	De 361 a 719 días	De 720 a más días
- Circular N° 050-89-EF/90 del 30 de noviembre de 1989	19.38%	21.93%	26.38%
- Circular N° 001-90-EF/90 del 12 de enero de 1990	26.75%	33.04%	39.54%
- Circular N° 016-90-EF/90 del 13 de marzo de 1990	46.24%	56.68%	67.61%

- (1) De periodicidad trimestral.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

**OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras**

**Créditos promocionales  
de COFIDE**

**F R A I**

**No sujetas al Sistema  
de Reajuste de Deudas**

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Hasta 360 días	De 361 a 719 días	De 720 a más días
- Circular N° 050-89-EF/90 del 30 de noviembre de 1989	78.12%	82.60%	89.37%
- Circular N° 001-90-EF/90 del 12 de enero de 1990	89.42%	98.81%	108.43%
- Circular N° 016-90-EF/90 del 13 de marzo de 1990	118.46%	134.04%	150.26%

- (1) De periodicidad trimestral.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

**OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras**

**Créditos promocionales  
de COFIDE**

**F R A I**

**Bajo el Sistema de Reajuste de Deudas**

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Hasta 360 días	De 361 a 719 días	De 720 a más días
- Circular N° 033-90-EF/90 del 28 de mayo de 1990	81.00%	93.06%	105.63%
- Circular N° 044-90-EF/90 del 27 de junio de 1990	92.21%	109.12%	126.98%
- Circular N° 069-90-EF/90 del 14 de septiembre de 1990	49.09%	53.09%	57.16%

- (1) De periodicidad trimestral.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F R A I**

No sujetas al Sistema  
de Reajuste de Deudas

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	FRAI		
	Hasta 360 días	De 361 a 719 días	De 720 a más días
- Circular N° 033-90-EF/90 del 28 de mayo de 1990	167.32%	185.10%	203.58%
- Circular N° 044-90-EF/90 del 27 de junio de 1990	184.86%	209.92%	236.39%
- Circular N° 069-90-EF/90 del 14 de septiembre de 1990	49.09%	53.09%	57.16%

(1) De periodicidad trimestral.

(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.

(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F R A I**

Bajo el Sistema de Reajuste de Deudas

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	FRAI		
	Hasta 360 días	De 361 a 719 días	De 720 a más días
- Circular N° 079-90-EF/90 del 7 de noviembre de 1990	39.38%	43.21%	47.11%
- Circular N° 082-90-EF/90 del 28 de diciembre de 1990	35.62%	39.38%	43.21%
- Circular N° 003-91-EF/90 del 30 de enero de 1991	35.62%	39.38%	43.21%
- Circular N° 004-91-EF/90 del 28 de febrero de 1991	35.62%	39.38%	43.21%

(1) De periodicidad trimestral.

(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.

(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F R A I**

No sujetas al Sistema  
de Reajuste de Deudas

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Hasta 360 días	De 361 a 719 días	De 720 a más días
- Circular N° 079-90-EF/90 del 7 de noviembre de 1990	39.38%	43.21%	47.11%
- Circular N° 082-90-EF/90 del 28 de diciembre de 1990	35.62%	39.38%	43.21%
- Circular N° 003-91-EF/90 del 30 de enero de 1991	35.62%	39.38%	43.21%
- Circular N° 004-91-EF/90 del 28 de febrero de 1991	35.62%	39.38%	43.21%

- (1) De periodicidad trimestral.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F R A I**

Sujetas y no sujetas al Sistema  
de Reajuste de Deudas

CIRCULARES <sup>(1) (2)</sup>	Hasta 360 días	De 361 a 719 días	De 720 a más días
- Circular N° 006-91-EF/90 del 11 de marzo de 1991	TAMN-1	TAMN	TAMN+1
- Circular N° 017-91-EF/90 del 27 de junio de 1991	TAMN-1	TAMN	TAMN+1
- Circular N° 029-91-EF/90 del 5 de septiembre de 1991	TAMN-1	TAMN	TAMN+1
- Circular N° 028-92-EF/90 del 4 de septiembre de 1992	TAMN-1	TAMN	TAMN+1

- (1) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(2) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F R A I**

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>

En moneda extranjera

- Circular N° 025-84-EFC/90 del 24 de septiembre de 1984	12.00%
- Circular N° 029-84-EFC/90 del 31 de octubre de 1984	12.00%
- Circular N° 035-84-EFC/90 del 3 de diciembre de 1984	12.00%

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F R A I**

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>

En moneda extranjera

- Circular N° 002-85-EF/90 del 25 de enero de 1985	12.00%
- Circular N° 025-85-EF/90 del 26 de junio de 1985	12.00%
- Circular N° 003-86-EF/90 del 13 de febrero de 1986	11.00%

(1) Expresado en términos anuales.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

(1) Expresado en términos anuales.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F R A I**

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>

En moneda extranjera

- Circular N° 018-86-EF/90 del 14 de mayo de 1986	11.00%
- Circular N° 022-86-EF/90 del 28 de mayo de 1986	11.00%
- Circular N° 042-86-EF/90 del 1 de diciembre de 1986	11.00%

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F R A I**

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>

En moneda extranjera

- Circular N° 028-87-EF/90 del 29 de julio de 1987	11.00%
- Circular N° 029-89-EF/90 del 19 de septiembre de 1989	11.00%
- Circular N° 046-89-EF/90 del 24 de noviembre de 1989	11.00%
- Circular N° 020-90-EF/90 del 26 de marzo de 1990	11.00%

(1) Expresado en términos anuales.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

(1) Expresado en términos anuales.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

	OPERACIONES ACTIVAS entre Instituciones Financieras
	Créditos promocionales de COFIDE
	<b>F R A I</b>
CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	En moneda extranjera
- Circular N° 007-91-EF/90 del 11 de marzo de 1991	TAMEX - 3.0
- Circular N° 018-91-EF/90 del 27 de junio de 1991	TAMEX - 3.0
- Circular N° 010-92-EF/90 del 19 de febrero de 1992	TAMEX - 3.0
- Circular N° 029-92-EF/90 del 4 de septiembre de 1992	TAMEX - 3.0

- (1) Expresado en términos anuales.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Operaciones Interbancarias
- Circular N° 016-83-EFC/90 del 17 de agosto de 1983	60.00%
- Circular N° 032-83-EFC/90 del 23 de noviembre de 1983	60.00%
- Circular N° 017-84-EFC/90 del 12 de junio de 1984	60.00%

- (1) Expresado en términos anuales.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Operaciones Interbancarias
- Circular N° 025-84-EFC/90 del 24 de septiembre de 1984	60.00%
- Circular N° 029-84-EF/90 del 31 de octubre de 1984	60.00%
- Circular N° 035-84-EFC/90 del 3 de diciembre de 1984	66.00%

- 
- (1) Expresado en términos anuales.  
 (2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
 (3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Operaciones Interbancarias
- Circular N° 002-85-EF/90 del 25 de enero de 1985	75.00%
- Circular N° 025-85-EF/90 del 26 de junio de 1985	93.00%
- Circular N° 037-85-EF/90 del 2 de agosto de 1985	100.00%

- 
- (1) Expresado en términos anuales.  
 (2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
 (3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Operaciones Interbancarias
- Circular N° 061-85-EF/90 del 30 de septiembre de 1985	36.00%
- Circular N° 004-86-EF/90 del 13 de febrero de 1986	32.50%
- Circular N° 012-86-EF/90 del 5 de marzo de 1986	32.50%

- 
- (1) Expresado en términos anuales.  
 (2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
 (3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Operaciones Interbancarias
- Circular N° 019-86-EF/90 del 14 de mayo de 1986	32.50%
- Circular N° 030-86-EF/90 del 28 de agosto de 1986	32.50%
- Circular N° 009-87-EF/90 del 9 de abril de 1987	32.50%

- 
- (1) Expresado en términos anuales.  
 (2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
 (3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Operaciones Interbancarias
- Circular N° 015-87-EF/90 del 25 de junio de 1987	32.50%
- Circular N° 022-87-EF/90 del 14 de julio de 1987	27.00%
- Circular N° 007-88-EF/90 del 11 de marzo de 1988	43.00%

- (1) Expresado en términos anuales.  
 (2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
 (3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Operaciones Interbancarias
- Circular N° 019-88-EF/90 del 15 de junio de 1988	77.50%
- Circular N° 033-88-EF/90 del 29 de agosto de 1988	126.90%

- (1) Expresado en términos anuales.  
 (2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
 (3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Operaciones Interbancarias
- Circular N° 043-88-EF/90 del 29 de noviembre de 1988	18.00%
- Circular N° 003-89-EF/90 del 27 de febrero de 1989	22.00%
- Circular N° 032-89-EF/90 del 26 de septiembre de 1989	21.00%

- (1) Expresado en términos mensuales.  
 (2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
 (3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Operaciones Interbancarias
- Circular N° 041-89-EF/90 del 13 de noviembre de 1989	19.00%
- Circular N° 050-89-EF/90 del 30 de noviembre de 1989	19.00%
- Circular N° 001-90-EF/90 del 12 de enero de 1990	21.00%

- (1) Expresado en términos mensuales.  
 (2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
 (3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Operaciones Interbancarias
- Circular N° 016-90-EF/90 del 13 de marzo de 1990	25.75%
- Circular N° 033-90-EF/90 del 28 de mayo de 1990	32.50%
- Circular N° 044-90-EF/90 del 27 de junio de 1990	35.00%

- (1) Expresado en términos mensuales.  
 (2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
 (3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	OPERACIONES ACTIVAS entre Instituciones Financieras	
	Créditos promocionales de COFIDE	
	<b>F O N E X</b>	
	Hasta un año	Hasta dos años
- Circular N° 016-83-EFC/90 del 17 de agosto de 1983	6.00%	7.00%
- Circular N° 032-83-EFC/90 del 23 de noviembre de 1983	6.00%	7.00%

- (1) Expresado en términos anuales.  
 (2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
 (3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F O N E X**

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Hasta	
	tres años	cinco años
- Circular N° 016-83-EFC/90 del 17 de agosto de 1983	9.00%	10.00%
- Circular N° 032-83-EFC/90 del 23 de noviembre de 1983	9.00%	10.00%

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F O N E X**

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Hasta
	dos años
- Circular N° 017-84-EFC/90 del 12 de junio de 1984	6.00%
- Circular N° 025-84-EFC/90 del 24 de septiembre de 1984	6.00%
- Circular N° 029-84-EFC/90 del 31 de octubre de 1984	6.00%

(1) Expresado en términos anuales.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

(1) Expresado en términos anuales.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F O N E X**

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Hasta cinco años	Hasta diez años
- Circular N° 017-84-EFC/90 del 12 de junio de 1984	7.00%	8.00%
- Circular N° 025-84-EFC/90 del 24 de septiembre de 1984	7.00%	8.00%
- Circular N° 029-84-EFC/90 del 31 de octubre de 1984	7.00%	8.00%

- (1) Expresado en términos anuales.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F O N E X**

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Hasta dos años
- Circular N° 035-84-EFC/90 del 3 de diciembre de 1984	6.00%
- Circular N° 002-85-EF/90 del 25 de enero de 1985	6.00%
- Circular N° 025-85-EF/90 del 26 de junio de 1985	6.00%

- (1) Expresado en términos anuales.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales  
de COFIDE

**F O N E X**

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Hasta	
	cinco años	diez años
- Circular N° 035-84-EFC/90 del 3 de diciembre de 1984	7.00%	8.00%
- Circular N° 002-85-EF/90 del 25 de enero de 1985	7.00%	8.00%
- Circular N° 025-85-EF/90 del 26 de junio de 1985	7.00%	8.00%

- (1) Expresado en términos anuales.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales del  
Banco Industrial del Perú

A favor de la industria pesquera  
de conservas y congelado

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Bajo el Sistema de Reajuste de Deudas	No sujetas al Sistema de Reajuste de Deudas
	- Circular N° 017-84-EFC/90 del 12 de junio de 1984	1.00%
- Circular N° 025-84-EFC/90 del 24 de septiembre de 1984	1.00%	51.00%
- Circular N° 029-84-EFC/90 del 31 de octubre de 1984	0.50%	54.50%

- (1) Expresado en términos anuales.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales del  
Banco Industrial del Perú

A favor de la industria pesquera  
de conservas y congelado

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Bajo el Sistema de Reajuste de Deudas	No sujetas al Sistema de Reajuste de Deudas
- Circular N° 035-84-EFC/90 del 3 de diciembre de 1984	0.50%	54.50%
- Circular N° 002-85-EF/90 del 25 de enero de 1985	0.50%	59.50%
- Circular N° 025-85-EF/90 del 26 de junio de 1985	0.50%	86.00%

(1) Expresado en términos anuales.

(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.

(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales del  
Banco Industrial del Perú

A favor de la industria pesquera  
de conservas y congelado

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Bajo el Sistema de Reajuste de Deudas	No sujetas al Sistema de Reajuste de Deudas
- Circular N° 037-85-EF/90 del 2 de agosto de 1985	17.50%	64.50%
- Circular N° 061-85-EF/90 del 30 de septiembre de 1985	11.00%	36.50%
- Circular N° 004-86-EF/90 del 13 de febrero de 1986	5.50%	32.50%

(1) Expresado en términos anuales.

(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.

(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales del  
Banco Industrial del Perú

A favor de la industria pesquera  
de conservas y congelado

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Bajo el	No sujetas
	Sistema de Reajuste de Deudas	al Sistema de Reajuste de Deudas
- Circular N° 012-86-EF/90 del 5 de marzo de 1986	5.50%	32.50%
- Circular N° 019-86-EF/90 del 14 de mayo de 1986	5.50%	32.50%
- Circular N° 030-86-EF/90 del 28 de agosto de 1986	5.50%	32.50%

(1) Expresado en términos anuales.

(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.

(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales del  
Banco Industrial del Perú

A favor de la industria pesquera  
de conservas y congelado

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Bajo el	No sujetas
	Sistema de Reajuste de Deudas	al Sistema de Reajuste de Deudas
- Circular N° 009-87-EF/90 del 9 de abril de 1987	5.50%	32.50%
- Circular N° 015-87-EF/90 del 25 de junio de 1987	5.50%	32.50%
- Circular N° 022-87-EF/90 del 14 de julio de 1987	1.70%	26.00%

(1) Expresado en términos anuales.

(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.

(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	OPERACIONES ACTIVAS entre Instituciones Financieras	
	Créditos promocionales del Banco Industrial del Perú	
	A favor de la industria pesquera de conservas y congelado	
	Bajo el Sistema de Reajuste de Deudas	No sujetas al Sistema de Reajuste de Deudas
- Circular N° 007-88-EF/90 del 11 de marzo de 1988	3.50%	43.00%
- Circular N° 019-88-EF/90 del 15 de junio de 1988	7.00%	83.50%
- Circular N° 033-88-EF/90 del 29 de agosto de 1988	8.00%	144.50%

- (1) Expresado en términos anuales.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	OPERACIONES ACTIVAS entre Instituciones Financieras	
	Créditos promocionales del Banco Industrial del Perú	
	A favor de la industria pesquera de conservas y congelado	
	Bajo el Sistema de Reajuste de Deudas	No sujetas al Sistema de Reajuste de Deudas
- Circular N° 043-88-EF/90 del 29 de noviembre de 1988	9.21%	71.70%
- Circular N° 003-89-EF/90 del 27 de febrero de 1989	18.88%	94.21%
- Circular N° 032-89-EF/90 del 26 de septiembre de 1989	18.88%	87.25%

- (1) De periodicidad trimestral.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales del  
Banco Industrial del Perú

A favor de la industria pesquera  
de conservas y congelado

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Bajo el Sistema de Reajuste de Deudas	No sujetas al Sistema de Reajuste de Deudas
	- Circular N° 041-89-EF/90 del 13 de noviembre de 1989	18.88%
- Circular N° 050-89-EF/90 del 30 de noviembre de 1989	18.88%	78.25%
- Circular N° 001-90-EF/90 del 12 de enero de 1990	26.75%	89.55%

(1) De periodicidad trimestral.

(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.

(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales del  
Banco Industrial del Perú

A favor de la industria pesquera  
de conservas y congelado

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Bajo el Sistema de Reajuste de Deudas	No sujetas al Sistema de Reajuste de Deudas
	- Circular N° 016-90-EF/90 del 13 de marzo de 1990	46.24%
- Circular N° 033-90-EF/90 del 28 de mayo de 1990	81.00%	167.45%
- Circular N° 044-90-EF/90 del 27 de junio de 1990	92.21%	184.86%

(1) De periodicidad trimestral.

(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.

(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

	OPERACIONES ACTIVAS entre Instituciones Financieras	
	Créditos promocionales del Banco Industrial del Perú	
	A favor de la industria pesquera de conservas y congelado	
CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Bajo el Sistema de Reajuste de Deudas	No sujetas al Sistema de Reajuste de Deudas
- Circular N° 079-90-EF/90 del 7 de noviembre de 1990	39.38%	39.38%
- Circular N° 082-90-EF/90 del 28 de diciembre de 1990	35.62%	35.62%
- Circular N° 003-91-EF/90 del 30 de enero de 1991	35.62%	35.62%
- Circular N° 004-91-EF/90 del 28 de febrero de 1991	35.62%	35.62%

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

	OPERACIONES ACTIVAS entre Instituciones Financieras
	Créditos promocionales del Banco Industrial del Perú
	A favor de la industria pesquera de conservas y congelado
CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>	Sujetas y no sujetas al Sistema de Reajuste de Deudas
- Circular N° 006-91-EF/90 del 11 de marzo de 1991	TAMN-1
- Circular N° 017-91-EF/90 del 27 de junio de 1991	TAMN-0.50
- Circular N° 029-91-EF/90 del 5 de septiembre de 1991	TAMN-0.50

(1) De periodicidad trimestral.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

(1) Expresado en términos mensuales.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales del  
Banco Industrial del Perú

A favor de la industria del  
calzado y curtiembre

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>

- Circular N° 017-84-EFC/90 del 12 de junio de 1984	51.00%
- Circular N° 025-84-EFC/90 del 24 de septiembre de 1984	51.00%
- Circular N° 029-84-EFC/90 del 31 de octubre de 1984	51.00%

- (1) Expresado en términos anuales.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales del  
Banco Industrial del Perú

A favor de la industria del  
calzado y curtiembre

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>

- Circular N° 035-84-EFC/90 del 3 de diciembre de 1984	51.00%
- Circular N° 002-85-EF/90 del 25 de enero de 1985	56.00%
- Circular N° 025-85-EF/90 del 26 de junio de 1985	85.00%

- (1) Expresado en términos anuales.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales del  
Banco Industrial del Perú

A favor de la industria del  
calzado y curtiembre

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>

- Circular N° 037-85-EF/90 del 2 de agosto de 1985	77.00%
- Circular N° 061-85-EF/90 del 30 de septiembre de 1985	36.50%

(1) Expresado en términos anuales.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales del  
Banco Industrial del Perú

A favor de la industria del  
calzado y curtiembre

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>

- Circular N° 004-86-EF/90 del 13 de febrero de 1986	32.50%
- Circular N° 012-86-EF/90 del 5 de marzo de 1986	32.50%
- Circular N° 019-86-EF/90 del 14 de mayo de 1986	32.50%

(1) Expresado en términos anuales.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales del  
Banco Industrial del Perú

A favor de la industria del  
calzado y curtiembre

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>

- Circular N° 030-86-EF/90 del 28 de agosto de 1986	32.50%
- Circular N° 009-87-EF/90 del 9 de abril de 1987	32.50%
- Circular N° 015-87-EF/90 del 25 de junio de 1987	32.50%

- (1) Expresado en términos anuales.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales del  
Banco Industrial del Perú

A favor de la industria del  
calzado y curtiembre

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>

- Circular N° 022-87-EF/90 del 14 de julio de 1987	26.00%
- Circular N° 007-88-EF/90 del 11 de marzo de 1988	43.00%
- Circular N° 019-88-EF/90 del 15 de junio de 1988	83.50%
- Circular N° 033-88-EF/90 del 29 de agosto de 1988	144.50%

- (1) Expresado en términos anuales.  
(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.  
(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales del  
Banco Industrial del Perú

A favor de la industria del  
calzado y curtiembre

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>

- Circular N° 043-88-EF/90 del 29 de noviembre de 1988	71.70%
- Circular N° 003-89-EF/90 del 27 de febrero de 1989	94.21%
- Circular N° 032-89-EF/90 del 26 de septiembre de 1989	87.25%

(1) De periodicidad trimestral.

(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.

(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales del  
Banco Industrial del Perú

A favor de la industria del  
calzado y curtiembre

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>

- Circular N° 041-89-EF/90 del 13 de noviembre de 1989	78.25%
- Circular N° 050-89-EF/90 del 30 de noviembre de 1989	78.25%
- Circular N° 001-90-EF/90 del 12 de enero de 1990	89.55%

(1) De periodicidad trimestral.

(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.

(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales del  
Banco Industrial del Perú

A favor de la industria del  
calzado y curtiembre

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>

- Circular N° 016-90-EF/90 del 13 de marzo de 1990	118.59%
- Circular N° 033-90-EF/90 del 28 de mayo de 1990	167.45%
- Circular N° 044-90-EF/90 del 27 de junio de 1990	184.86%

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales del  
Banco Industrial del Perú

A favor de la industria del  
calzado y curtiembre

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>

- Circular N° 079-90-EF/90 del 7 de noviembre de 1990	39.38%
- Circular N° 082-90-EF/90 del 28 de diciembre de 1990	35.62%
- Circular N° 003-91-EF/90 del 30 de enero de 1991	35.62%
- Circular N° 004-91-EF/90 del 28 de febrero de 1991	35.62%

(1) De periodicidad trimestral.

(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.

(3) Elaboración propia.

(1) De periodicidad trimestral.

(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.

(3) Elaboración propia.

**TASAS MAXIMAS DE INTERES PARA  
EL SISTEMA FINANCIERO <sup>(1)</sup>**

OPERACIONES ACTIVAS  
entre Instituciones Financieras

Créditos promocionales del  
Banco Industrial del Perú

A favor de la industria del  
calzado y curtiembre

CIRCULARES <sup>(2) (3)</sup>

- Circular N° 006-91-EF/90  
del 11 de marzo de 1991

TAMN-1

- Circular N° 017-91-EF/90  
del 27 de junio de 1991

TAMN-0.50

- Circular N° 029-91-EF/90  
del 5 de septiembre de 1991

TAMN-0.50

(1) Expresado en términos mensuales.

(2) Fuente: Banco Central de Reserva del Perú.

(3) Elaboración propia.

Antes de concluir el análisis del artículo 1249 del Código Civil, hemos de referirnos a uno de los temas que en la actualidad genera grandes polémicas, a saber, el establecimiento de tasas efectivas de interés y la prohibición legal del anatocismo.

Según se ha señalado, el Banco Central de Reserva del Perú, en cumplimiento de lo dispuesto por los artículos 1243 y 1244 del Código Civil y del artículo 51 de su Ley Orgánica (Decreto Ley N° 26123), viene determinando las tasas máximas de interés convencional compensatorio y moratorio, así como la tasa de interés legal. Empero, al fijar dichas tasas de interés con carácter "efectivo" desde el 26 de agosto de 1985, en el medio jurídico nacional se han venido generando diversos cuestionamientos y preocupaciones.

Debe recordarse que una tasa efectiva de interés supone o conlleva al anatocismo, de allí que se le considera como la expresión capitalizada de los intereses.

Por esta razón, a criterio de numerosos estudiosos, la determinación de las tasas de interés en términos efectivos contraviene la prohibición que el precepto -bajo comentario- ha previsto a la capitalización de intereses.

Sobre el tema, existen las más diversas opiniones entre las cuales se señala que el Banco Central de Reserva del Perú, en virtud a la autonomía política y administrativa que la actual constitución le confiere, puede -legítimamente- fijar una tasa efectiva de interés. Tal determinación constituye un acto de autoridad, una decisión autónoma que no contraviene lo establecido en el artículo 1249 del Código Civil.

Al respecto, Braulio Rosillo Larios<sup>(62)</sup> anota que quienes creen ver una brecha entre el establecimiento de una tasa efectiva de interés y el artículo 1249 del Código Civil, dan una perspec-

(62) ROSILLO LARIOS, Braulio. La Capitalización de Intereses. En Diario Oficial "El Peruano" de fecha 30 de diciembre de 1994.

tiva inadecuada al tema, el cual no debe definirse como un problema de jerarquía de normas sino de especialidad y descentralización de funciones. Esto es, correspondiendo al Banco Central de Reserva del Perú la regulación del crédito, éste bien puede fijar el tipo de tasas de interés según la política que considere más conveniente.

Por ello se ha dicho que los artículos 1243 y 1244 del Código Civil que facultan a la autoridad monetaria al establecimiento de las tasas máximas de interés convencional y las tasas de interés legal, no distinguen si éstas deben ser nominales o efectivas, ni tampoco condicionan o limitan la facultad que se otorga al Banco Central de Reserva del Perú.

A nuestro modo de ver son fundamentos técnicos y de equidad los que justifican la determinación de una tasa efectiva de interés.

Habiéndose establecido en nuestro ordenamiento jurídico un sistema de ajuste de deudas, se ha otorgado a los contratantes la posibilidad de ajustar o indexar el capital adeudado mediante el pacto de cláusulas valoristas, a fin de contrarrestar los efectos corrosivos de una depreciación monetaria.

De este modo, y a la luz del principio jurídico que reza **non bis in idem**, la admisión de la tesis valorista en nuestro Derecho trae como necesaria consecuencia la utilización de un tipo de interés puro o real, el cual -conforme se ha explicado en su oportunidad- sólo se obtiene si se utiliza una tasa efectiva de interés<sup>(63)</sup>.

En este sentido, cuando se realiza un reajuste del crédito, el

---

(63) Acerca de la tasa de interés efectiva, Rolando Castellares Aguilar (CASTELLARES AGUILAR, Rolando. La Determinación de los Intereses Compensatorios, Moratorios y Legales. En Gaceta Jurídica, Tomo 21, septiembre 1995, Página 60-A.) anota que ésta es el costo financiero final, real o neto, que no admite incremento alguno, sea por capitalización u otros conceptos como primas adicionales, comisiones, depreciación monetaria u otros cargos.

interés debe ser un interés puro, vale decir, exclusivamente retributivo del precio del uso del capital, para evitar se compense al acreedor bajo dos formas distintas.

Sobre el particular, Uribe Restrepo<sup>(64)</sup> señala que, si bien el devengamiento de intereses procede sobre un capital ajustado en su monto, se genera un problema. Tal problema radica en que la acumulación de dichas pretensiones generalmente se ha presentado cuando los intereses prevén en alguna forma, una compensación por la depreciación monetaria. De modo que no parecería justo calcular nuevamente intereses sobre el capital reajustado.

Por ello, según anota Zannoni<sup>(65)</sup>, si se reajusta el monto del crédito en función de la depreciación monetaria experimentada durante el tiempo transcurrido, se originaría un enriquecimiento sin causa cuando sobre el monto así incrementado se volviera a calcular una tasa de interés que incluye el plus destinado a recomponer el capital.

He aquí el fundamento de equidad que justifica el establecimiento de una tasa efectiva de interés.

En efecto, dicha tasa es la que mejor retribuye o indemniza al acreedor sin perjudicar al deudor, toda vez que aquélla sólo refleja el real costo de oportunidad del dinero.

Por lo demás, la prohibición de capitalizar intereses contenida en el artículo 1249 -bajo comentario- está dirigida al plano contractual como limitación a la autonomía de la voluntad, a fin de impedir abusos por parte del acreedor dentro del campo de la contratación. De allí que no se pueda pactar, desde el momento en el que se contrae una obligación, la capitalización de los intereses, salvo que se trate de cuentas mercantiles, bancarias o similares.

---

(64) URIBE RESTREPO, Luis Fernando. Op. cit., Páginas 153 y siguientes.

(65) ZANNONI, Eduardo. Op. cit., Página 103.

La fijación de una tasa efectiva de interés, por su parte, constituye -a nuestro modo de ver- el legítimo ejercicio de una atribución que corresponde al Banco Central de Reserva del Perú en sustento con la legislación vigente.

– **Jurisprudencia peruana del artículo 1249.**

El tema regulado por este artículo registra la siguiente Ejecutoria Suprema: “Si las pruebas actuadas dentro del juicio ejecutivo no desvirtúan el mérito del recaudo constituido por una escritura pública, la misma debe surtir todos sus efectos legales mientras no se declare su falsedad o nulidad.” Ejecutoria del 17 de diciembre de 1958. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 184, 1959, Página 561. (Artículo 1586 del Código Civil de 1936).

- **Concordancias nacionales.**

Capitalización de intereses, artículo 1250 del Código Civil.

– **AUTORIZACION EXPRESA PARA EL ANATOCISMO. CONDICION.**

**Artículo 1250.-** “Es válido el convenio sobre capitalización de intereses celebrado por escrito después de contraída la obligación, siempre que medie no menos de un año de atraso en el pago de los intereses.”

– **Fuentes nacionales del artículo 1250.**

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.*

El *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*, trataba el tema en el numeral 750: “Los intereses debidos al menos por un año pueden producir otros intereses, si hay nueva convención.”; en tanto que el *Código Civil de 1852*, lo hacía en el artículo 1823: “No pueden capitalizarse los intereses sino después de dos años de atraso; y entonces por medio de un convenio que conste por escrito.”; el *Proyecto de Código Civil de 1890*, en el artículo 2216: “Los intereses no pueden capitalizarse, sino después de dos años de atraso en su pago, y aun entonces mediante nuevo convenio que conste por escrito. Todo pacto en contrario es nulo.”; el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de*

1925, en el artículo 1823: "No pueden capitalizarse los intereses sino después de dos años de atraso; y entonces por medio de un convenio que conste por escrito."; el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, en el numeral 670: "No pueden capitalizarse los intereses sino después de dos años de atraso; y entonces, por medio de un convenio que conste por escrito."; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, en el artículo 1569: "No pueden capitalizarse los intereses sino después de dos años de atraso; y entonces por medio de un nuevo convenio que conste por escrito."; y el *Código Civil de 1936*, en el artículo 1586: "No puede pactarse la capitalización de intereses. Sin embargo, ella puede hacerse cada dos años de atraso por convenios escritos."

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por el Doctor Max Arias-Schreiber Pezet, en el Anteproyecto de Fuentes de las Obligaciones, Contrato de Mutuo, de 1980*, abordaba el tema en el artículo 28: "Es válido el convenio sobre capitalización de intereses celebrado por escrito con posterioridad al contrato de mutuo, siempre que medien no menos de dos años de atraso en el pago de los intereses."; mientras el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, lo hacía en el numeral 1270: "Es válido el convenio sobre capitalización de intereses celebrado por escrito después de contraída la obligación, siempre que medien no menos de dos años de atraso en el pago de los intereses."; y el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, en el artículo 1217: "Es válido el convenio sobre capitalización de intereses celebrado por escrito después de contraída la obligación, siempre que medie no menos de un año de atraso en el pago de los intereses."

#### – Fuentes y concordancias extranjeras.

Coinciden con el artículo 1250 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Francés (artículo 1154), Portugués de 1967 (artículo 560, inciso 2), y de la República de China de

1930 (artículo 207 -señala además que tales disposiciones no son de aplicación en el caso que exista costumbre comercial-).

El Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1283) establece que a falta de usos en contrario, los intereses vencidos pueden producir interés sólo desde el día de la demanda judicial o por efectos de convención posterior a su vencimiento, y siempre que se trate de intereses debidos al menos por seis meses.

#### – Análisis.

El artículo 1250 del Código Civil Peruano autoriza el pacto posterior sobre capitalización de intereses que celebren acreedor y deudor.

En efecto, el precepto bajo análisis declara la validez del convenio sobre anatocismo cuando éste sea subsiguiente (no coetáneo) al momento en que se contrae la obligación de dar intereses y haya transcurrido por lo menos un año de atraso en el pago de los mismos.

En este sentido, el artículo 1250 del Código Civil de 1984 reproduce la segunda parte del artículo 1586 del Código de 1936, al admitir que se capitalicen los intereses por convenio. Es ésta una facilidad que se acuerda en favor del deudor que, por ejemplo, no cuenta en un determinado momento con los recursos precisos para hacer el pago.

El precepto dispone, sin embargo, para asegurar debidamente al deudor, que el convenio puede celebrarse sólo después de contraída la obligación, por escrito y siempre que medie no menos de un año de atraso en el pago de intereses. El artículo se refiere, por consiguiente, a intereses vencidos y no por devengarse.

Nos explicamos.

El pacto posterior sobre anatocismo debe versar únicamente

sobre intereses exigibles, toda vez que nuestra legislación -en el artículo 1249 del Código Civil- prohíbe el anatocismo sobre intereses futuros, esto es, sobre aquellos que no han vencido al tiempo en que se intenta su capitalización.

De este modo, resulta evidente que los contratantes al estipular dicho pacto tendrán en consideración el vencimiento de los intereses, es decir, el tiempo en el que éstos devienen exigibles.

Sobre el particular, Carlos Cárdenas Quirós<sup>(1)</sup> anota que los intereses pueden ser capitalizados bajo ciertas condiciones, conforme al artículo 1250 del Código Civil: el acuerdo debe celebrarse por escrito, después de contraída la obligación y mediando cuando menos un año de atraso en el pago de los intereses.

Se requiere, además, acuerdo posterior al vencimiento de los intereses y que la capitalización tenga lugar sólo sobre intereses vencidos y no por devengarse.

Otra de las cuestiones a saber, acerca de la convención posterior sobre anatocismo, es la referida a si ésta se encuentra limitada a los intereses del capital.

Sobre el tema, resulta de interés anotar que en el Derecho Francés, según expresan Aubry y Rau, citados por Busso<sup>(2)</sup>, "la capitalización sólo puede producirse por una vez: los intereses producidos por el capital primitivo pueden ser capitalizados y producir a su vez intereses; pero estos últimos -o sea los intereses de un interés capitalizado- no pueden ya acumularse al capital en virtud de una segunda convención posterior."

Continúan señalando dichos autores que si bien el texto del artículo 1154 del Código Francés admite que los intereses vencidos de los capitales pueden producir nuevos intereses, dicho pre-

(1) CARDENAS QUIROS, Carlos. En Arias-Schreiber Pezet, Max. Op. cit., Tomo II, Página 258.

(2) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Páginas 331 y 332.

cepto se refiere exclusivamente a los intereses del capital primitivo y no a los intereses de intereses capitalizados.

Demolombe<sup>(3)</sup>, a su turno, señala que los intereses del capital no pueden producir intereses, porque éstos se consideran como generados del capital.

En consecuencia, dice Demolombe, los intereses del capital como los intereses de los intereses, son debidos desde la fecha de celebración de la convención o de la interposición de la demanda, según las reglas de los artículos 1154 y 1155 del Código Francés. En el caso de los intereses, la ley se muestra más severa, ya que éstos, en efecto, serán debidos con anterioridad a su vencimiento.

A nuestro modo de ver, si se tuviera por cierto que sólo la deuda de capital permite ganar nuevos intereses, se estaría premiando al deudor moroso y castigando al acreedor que se vería privado del uso de los réditos de su capital. Más aún, se haría infructífera la suma acumulada por los intereses impagos.

En opinión de Baudry-Lacantinerie, citado por Busso<sup>(4)</sup>, una vez producida la capitalización de los intereses de un capital nos encontramos con que las sumas que antes eran interés se han convertido en capital, sin que se haya instituido un régimen legal especial al respecto.

Añade el citado autor que el capital primitivo y el capital por incorporación posterior están equiparados ante la ley: si los intereses del primero son capitalizables, no tienen por qué dejar de serlo los intereses del segundo. La ley admite esta multiplicación indefinida del capital y la producción de intereses que en realidad son subintereses.

Por nuestra parte, consideramos que al regular la ley civil

(3) DEMOLOMBE, C. Op. cit., Tomo XXIV, Páginas 665 y 666.

(4) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 332.

peruana las condiciones de validez del convenio sobre capitalización de intereses, sin distinguir si éstos son producidos por una deuda de capital o por una de intereses, es posible concluir que la limitación del anatocismo versa únicamente sobre los intereses futuros -según lo previsto en el artículo 1249 del Código Civil-

De este modo, cuando por convenio los intereses que llegaren a devengarse de la deuda de intereses se adicione a esta última, de suerte que el importe por los intereses impagos junto con los intereses devengados generara en el período siguiente nuevos intereses, nos encontraríamos frente a otro de los supuestos de anatocismo.

En efecto, según precisan Villegas y Schujman<sup>(5)</sup>, existen dos formas de anatocismo, a saber:

a) Anatocismo **Conjuntus**, que importa la capitalización del interés ordinario al capital para hacerlo producir otros intereses.

b) Anatocismo **Separatus**, que supone la formación de un capital con los intereses devengados para, a su vez, hacerlos producir nuevos intereses.

Anota Llambías<sup>(6)</sup> que es justo permitir, si se prolonga la mora del deudor, que el acreedor pueda, de tiempo en tiempo, actualizar el monto de su crédito, por capital e intereses; y ganar intereses sobre todo lo que se le adeude.

Adicionalmente, enseña Busso<sup>(7)</sup> que “en algunos casos, para establecer si determinados intereses se han devengado por una deuda de capital o una deuda de intereses, deben tenerse en cuenta las reglas que rigen a la imputación de pago.”

En este sentido, encontramos que de acuerdo con lo dis-

(5) VILLEGAS, Carlos y SCHUJMAN, Mario. Op. cit., Página 148.

(6) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II-A, Página 241.

(7) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 327.

puesto por el artículo 1257 del Código Civil Peruano, la suma que haya pagado el deudor debe imputarse primero a los intereses, luego a los gastos y finalmente al capital; de este modo, si queda un saldo impago -una vez cubiertos los intereses y los gastos-, por tratarse de un capital, éste rendirá intereses capitalizables en la periodicidad pactada.

Sin embargo, conforme a lo previsto por el artículo 193 del Decreto Legislativo N° 770, del 30 de octubre de 1993, en las deudas de una empresa bancaria o financiera, el capital deberá ser pagado antes que los intereses<sup>(8)</sup>.

En este caso, los intereses que llegaren a devengarse -luego de cancelado el capital- provendrían de una deuda de intereses, sin que por ello pierdan la posibilidad de ser añadidos a esta última para reeditar en el período siguiente nuevos intereses; constituyendo así uno de los supuestos del anatocismo -según hemos señalado con anterioridad-

Por otra parte, el artículo 1250 del Código Civil, como en el caso del artículo 1249, constituye una norma imperativa cuyos alcances no pueden ser recortados por la voluntad de las partes. Nada impide, sin embargo, que éstas lo pacten con mayor amplitud. Tampoco existe impedimento para que el convenio se repita sucesivamente en el tiempo; el deudor puede pagar o extender el pago, si el acreedor asiente en ello.

De igual manera, Carlos Cárdenas Quirós<sup>(9)</sup> señala que si bien el artículo 1250 del Código Civil es una norma de orden pú-

(8) El artículo 193 de la Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros (Decreto Legislativo N° 770) establece que “las deudas de la empresa bancaria o financiera continúan devengando intereses a la tasa legal. Sin embargo, su pago sólo tiene lugar una vez que sea cancelado el principal de las obligaciones respetándose la graduación establecida en el artículo 196.”

(9) CARDENAS QUIROS, Carlos. En Arias-Schreiber Pezet, Max. Op. cit., Tomo II, Página 259.

blico, ello no es óbice para que el plazo mínimo de un año que él contempla sea ampliado por las partes.

Añade el citado autor que el pacto de capitalización podrá renovarse sucesivamente, siempre que haya transcurrido al menos un año de atraso en el pago de los intereses. El deudor en cada oportunidad podrá pagar o prorrogar el pago, adicionándose en este caso los intereses al capital, según lo que el acreedor acepte.

Por lo demás, debemos anotar que la regla del precepto bajo comentario es reflejo de la tradición jurídica existente en materia de capitalización de intereses.

En efecto, durante los dos últimos siglos las diversas legislaciones han mantenido una prohibición relativa respecto del anatocismo, sustrayendo -a su vez- al convenio posterior sobre capitalización de intereses, entre otras excepciones, del principio que veda al anatocismo.

Al respecto, Rodríguez Azuero<sup>(10)</sup> señala que la posibilidad de capitalizar intereses se limita con frecuencia. Se estima que de no existir tales límites, llegarían a cobrarse intereses muy superiores a aquellos establecidos como máximo por la ley.

Sin embargo, en aras de una solución equitativa, algunas legislaciones consagran tal posibilidad, no en forma automática y sucesiva, pero sí una vez que haya transcurrido un determinado tiempo o frente a ciertas hipótesis.

A decir de Manuel Albaladejo<sup>(11)</sup>, "el anatocismo económicamente es tratado como un caso de algo tan poco alarmante como el interés compuesto; pero jurídicamente la hipótesis no ha sido siempre mirada con buenos ojos por el legislador, que, incluso

(10) RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. Op. cit., Página 308.

(11) ALBALADEJO, Manuel. Op. cit., Volumen II, Tomo II, Página 74.

hoy, en muchos derechos extranjeros, le pone por lo menos trabas."

En este sentido, Jorge Joaquín Llambías<sup>(12)</sup> afirma que en el Derecho Argentino el principio que veda la capitalización de los intereses no es absoluto; tiene las siguientes excepciones: a) capitalización admitida, dispuesta por convención posterior al devengamiento de los intereses; b) capitalización resultante de condena judicial y subsiguiente mora; c) capitalización en ciertos supuestos de Derecho Comercial; y d) capitalización autorizada por leyes especiales.

Expresa Busso<sup>(13)</sup> que los fundamentos en razón de los cuales se admite el anatocismo en determinados casos fueron dados cuando se discutía el Proyecto de Código Francés en el Consejo de Estado: si se acepta la legalidad del pacto de intereses -se dijo- no hay ninguna razón para impedir que los intereses devengados y vencidos constituyan un nuevo capital y devenguen nuevos intereses.

Agrega el referido autor que esos mismos conceptos fueron ampliados al discutirse el Código Italiano de 1865: si el deudor paga puntualmente los intereses, el acreedor podría obtener provecho de esa suma facilitándola a un tercero: ¿por qué razón no se ha de admitir que se la facilite en préstamo al mismo deudor? A su vez, si éste quiere hacer honor a su crédito y no tiene dinero para pagar los réditos de su deuda, deberá contraer con un tercero un préstamo por esa suma, en razón del cual tendría que pagarle intereses: ¿por qué no se puede admitir que su mismo acreedor anterior le otorgue ese nuevo préstamo?

Respecto de la capitalización admitida, dispuesta por convención posterior, expresa Llambías<sup>(14)</sup> que la exigencia de "posterioridad" de la convención se refiere al devengamiento de los inte-

(12) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II-A, Página 237.

(13) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 325.

(14) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II-A, Página 237.

reses capitalizables, ya que la prohibición del anatocismo sólo atañe a los intereses futuros, pero no está impedido convenir la capitalización de intereses ya vencidos.

Adicionalmente, señala Llambías que no es necesario que la convención ulterior sea expresa, pues podría concluirse tácitamente.

Eduardo Busso<sup>(15)</sup>, a su turno, anota que “los intereses pueden ser capitalizados en virtud de ‘obligación posterior’. Debe entenderse que se requiere una convención posterior no sólo a aquella que hizo nacer la deuda sino también posterior al devengamiento de los intereses de cuya capitalización se trata. En pocas palabras: sólo pueden capitalizarse intereses vencidos.”

Messa, citado por Busso<sup>(16)</sup>, refiriéndose al Código Italiano, anota que la ley prohíbe la estipulación anticipada de capitalización, pero no limita los efectos de las estipulaciones que se hayan realizado **a posteriori**. El único límite admitido es el de que la capitalización no podrá tomar los intereses antes de la fecha de su vencimiento.

De otro lado, se discute en doctrina sobre el efecto retroactivo que podría asignársele al pacto posterior sobre anatocismo.

Al respecto, Demolombe<sup>(17)</sup> afirma -en criterio que compartimos- que si se admitiera la capitalización retroactiva resultaría que esos intereses habrían estado reeditando durante un período de tiempo sin que se hubiera concluido la convención de capitalización que la ley exige.

Por otra parte, hemos de referirnos a una cuestión adicional, a saber: el tipo de interés capitalizable.

En cuanto al tipo de interés susceptible de capitalización, debemos señalar que un sector de la doctrina asigna esta condición al interés compensatorio únicamente.

En este sentido, Busso<sup>(18)</sup> anota que en los casos en que se produce el anatocismo convencional, los intereses devengados por el capital acrecentado son intereses compensatorios.

Por nuestra parte, estimamos que, al no haber limitado o proscrito el Código Civil la capitalización de un determinado tipo de interés, puede concluirse que tanto el interés compensatorio, cuanto el moratorio o el legal son intereses capitalizables.

En tal sentido, expresa Vidal Ramírez<sup>(19)</sup> que los intereses susceptibles de capitalizarse son tanto los intereses compensatorios como los moratorios, pero siempre que se cumpla con la norma de orden público que contiene el artículo 1250 del Código Civil.

De igual manera, Carlos Cárdenas Quirós<sup>(20)</sup> afirma que el artículo 1250 del Código Civil Peruano establece las reglas a las que debe sujetarse la capitalización de intereses respecto de créditos concertados entre personas ajenas al sistema financiero: el acuerdo debe celebrarse por escrito, después de contraída la obligación y mediando cuando menos un año de atraso en el pago de intereses, sin formular la ley distingo alguno en cuanto a la naturaleza de éstos. Sólo cumplidos esos requisitos, será posible la capitalización, cualquiera sea la naturaleza de los intereses.

Agrega el referido autor que la capitalización de intereses puede operar tanto respecto de los intereses compensatorios, como a propósito de los intereses moratorios o legales devengados, desde el momento en que el artículo citado no hace

---

(18) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 332.

(19) VIDAL RAMIREZ, Fernando. Op. cit., Página 321.

(20) CARDENAS QUIROS, Carlos. Op. cit., En Revista **Ius et Veritas**, Página 22.

---

(15) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 331.

(16) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 332.

(17) DEMOLOMBE, C. Op. cit., Tomo XXIV, Página 666.

distinción alguna: **ubi lex non distinguit nec non distinguere debemus.**

Dentro de tal orden de ideas, precisa anotarse que en lo concerniente al cómputo y cobro de los intereses moratorios, se han suscitado múltiples cuestionamientos referidos a si éstos deben aplicarse sobre el capital e intereses, o únicamente sobre el capital.

Sobre el tema, consideramos que -en principio- debe determinarse si los contratantes acordaron o no la capitalización de intereses, toda vez que si se pactó capitalización, de producirse el incumplimiento del deudor los intereses moratorios se podrán aplicar sobre el capital original incrementado por los intereses compensatorios capitalizados por el acreedor, los que, en rigor, dejan de ser tales para refundirse en el capital.

Si no se hubiere estipulado la capitalización de los intereses, sólo será lícito calcular los intereses moratorios sobre el principal.

Adicionalmente, cabe preguntarse si en un crédito pactado bajo el Sistema de Reajuste de Deudas, en que el deudor incurre en mora, es factible la capitalización de los intereses, de modo que el índice de reajuste deberá aplicarse sobre los intereses ya capitalizados.

Al respecto, se ha dicho que el índice de reajuste de deudas correspondiente se aplica también al monto generado por el capital y los intereses -que se han capitalizado-, puesto que al perder los intereses su individualidad formarán con el capital el llamado crédito reajustado.

Por último, debemos señalar que la norma del artículo bajo comentario, si bien permite la capitalización de intereses en los supuestos anotados, solamente regirá respecto de los intereses atrasados que se incluyan en él, mas no respecto a hipotéticos intereses aún no devengados y que no fueran pagados en el futuro.

El sentido del artículo 1250 es claro, al permitir una excep-

ción al supuesto del numeral 1249, siempre y cuando se cumpla con los requisitos ahí señalados; ya que podría darse el caso de que al propio deudor le convenga efectuar una refinanciación de su deuda en esos términos, antes que ver ejecutado alguno de sus bienes en virtud de una acción judicial que pudiese entablarle su acreedor para cobrar la deuda.

Antes de concluir nuestros comentarios sobre los alcances del numeral 1250, debemos precisar que la capitalización de intereses por él prevista únicamente podrá llevarse a cabo por acuerdo de ambas partes, es decir, si ellas deciden celebrar un contrato (convenio) en tal sentido. De ningún modo se puede efectuar de manera unilateral.

#### – *Jurisprudencia peruana del artículo 1250.*

Relacionadas con el tema de la capitalización de intereses, podemos mencionar las siguientes Ejecutorias Supremas:

- I.- “Para que proceda la capitalización de intereses se requiere que exista convenio escrito. No es legal que al liquidar la deuda pericialmente, se carguen intereses de intereses, basados únicamente en los libros comerciales del acreedor.” Anales Judiciales, 1908, Página 524. (Artículo 1586 del Código Civil de 1936).
- II.- “Sólo procede la capitalización de intereses en las condiciones que establece la ley y si consta de pacto escrito.” Anales Judiciales, 1960, Página 51. (Artículo 1586 del Código Civil de 1936).

#### – *Concordancias nacionales.*

Limitación del anatocismo, artículo 1249 del Código Civil.

## **CAPITULO TERCERO**

### **Pago por consignación**

#### **– PAGO POR CONSIGNACION. CONCEPTO Y REQUISITOS.**

A su entrada en vigencia, en 1984, el texto del artículo 1251 del Código Civil Peruano era el siguiente:

**Artículo 1251.-** *“Si el acreedor a quien se hace el ofrecimiento de pago se niega a admitirlo, el deudor queda libre de responsabilidad si consigna la prestación debida. Es necesario, en este caso, que el ofrecimiento se haya efectuado concurriendo las circunstancias requeridas para hacer válidamente el pago.*

*Procede también la consignación en los casos en que el deudor no puede hacer un pago válido.”*

#### **– Fuentes nacionales del artículo 1251.**

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.*

El *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*, regulaba el tema en su artículo 852: “Para que las ofertas sean válidas es menester: 1° que se hagan a acreedores que sean capaces de recibir, o a los que tienen sus poderes; 2° que sean hechas por personas que puedan pagar; 3° que comprendan el total de la suma adeudada, de los deven-

gados o intereses corridos, de los gastos líquidos y una suma para los no líquidos; 4° que el término esté vencido, si ha sido estipulado en favor del acreedor; 5° que se haya cumplido la condición con que se contrajo la deuda; 6° que las ofertas se hagan en el lugar designado para el pago, y si no ha habido convención especial acerca del lugar, que se hagan en el de la residencia del acreedor, o en el de su domicilio; 7° que las ofertas se hagan ante un funcionario público.”; en tanto que el *Código Civil de 1852* lo hacía en el artículo 2231: “El deudor puede consignar el pago, del todo, o de parte de la deuda, si se resiste el acreedor a recibirla; y queda desde entonces extinguida la obligación, en todo o en parte, según la cantidad consignada.”

Por su parte, el *Proyecto de Código Civil de 1890* regía la materia en los artículos 2915: “Cuando la obligación es de dar, se extingue por el pago hecho aun contra la voluntad del acreedor, mediante la consignación o depósito de la cosa debida, en los casos y con las formalidades que este párrafo prescribe.”; 2916: “Para que el deudor tenga derecho de consignar la cosa debida, es necesario que antes la haya ofrecido al acreedor, concurriendo todas las condiciones que, en cuanto a personas, cosas, lugar, tiempo y modo, se requieren para pagar válidamente.”; y 2920: “Hay también lugar a consignación: 1° Cuando el acreedor ha sido declarado o es notoriamente incapaz, al tiempo que el deudor quiere pagar; 2° Cuando el acreedor está ausente o es desconocido; 3° Cuando es dudoso el derecho del acreedor para recibir la cosa, y concurren otras personas a exigirla del deudor; 4° Cuando la deuda ha sido retenida en poder del deudor, y éste quiere exonerarse del depósito que causa la retención; 5° Cuando se ha perdido el título de la deuda; 6° Cuando el que debe el precio del inmueble que hubiere adquirido, quiere redimir las hipotecas con que se halla gravado.”

El *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, abordaba el punto en el artículo 225: “Si el acreedor a quien se hiciere el ofrecimiento de pago se negare sin razón a admitirlo, el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida.- Procede también la consignación en todos los casos en que el

deudor no pueda hacer un pago válido.”; en tanto que el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, lo efectuaba en el numeral 215: “Si el acreedor a quien se hiciere el ofrecimiento de pago se negare a admitirlo, el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida.- La consignación procede sin necesidad de ofrecimiento previo al acreedor, cuando él esté ausente del lugar en que debe hacerse el pago, o cuando es persona incierta desconocida. El juez, previa constatación de la ausencia o incertidumbre de la persona, mandará notificar a ésta por el periódico oficial, y quedará con este requisito formalizada la consignación.”; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, en el artículo 1249: “Si el acreedor a quien se hiciere el ofrecimiento de pago se negara a admitirlo, el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida.- Procede también la consignación en los casos en que el deudor no pueda hacer un pago válido.- En el primer caso, es necesario que el ofrecimiento se haya hecho concurriendo todas las circunstancias que se requieren para hacer válidamente el pago.”; y el *Código Civil de 1936*, en el numeral 1258: “Si el acreedor a quien se hiciere el ofrecimiento de pago se negare a admitirlo, el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida.- Procede también la consignación en los casos en que el deudor no puede hacer un pago válido.- En el primer caso, es necesario que el ofrecimiento se haya hecho concurriendo todas las circunstancias que se requieren para hacer válidamente el pago.”

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, regulaba el tema en el numeral 108: “Si el acreedor a quien se hiciere el ofrecimiento de pago se negare a admitirlo, el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida. Es necesario, en este caso, que el ofrecimiento se haya hecho concurriendo todas las circunstancias que se requieren para hacer válidamente el pago.- Procede también la consignación en los casos en que el deudor no pueda hacer un pago válido.”; en tanto que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hacía en el numeral 108: “Si el acreedor a quien se hiciere el

ofrecimiento de pago se negase a admitirlo, el deudor quedará libre de responsabilidad consignando la prestación debida. Es necesario, en este caso, que el ofrecimiento se haya efectuado concurriendo las circunstancias requeridas para hacer válidamente el pago.- También procede la consignación en los casos en que el acreedor no pueda recibir válidamente el pago.”; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, en el artículo 1271: “Si el acreedor a quien se hiciere el ofrecimiento de pago se negare a admitirlo, el deudor quedará libre de responsabilidad consignando la prestación debida. Es necesario, en este caso, que el ofrecimiento se haya efectuado concurriendo las circunstancias requeridas para hacer válidamente el pago.- También procede la consignación en los casos en que el acreedor no pueda recibir válidamente el pago.”; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, en el artículo 1218: “Si el acreedor a quien se hace el ofrecimiento de pago se niega a admitirlo, el deudor queda libre de responsabilidad si consigna la prestación debida. Es necesario, en este caso, que el ofrecimiento se haya efectuado concurriendo las circunstancias requeridas para hacer válidamente el pago.- Procede también hacer la consignación en los casos en que el deudor no puede hacer un pago válido.”

#### – Fuentes y concordancias extranjeras.

Coinciden con el artículo 1251 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Portorriqueño de 1930 (artículo 1130), Venezolano de 1880 (artículo 1206, primer párrafo), Venezolano de 1942 (artículo 1306, primer párrafo), Uruguayo (artículo 1481), Boliviano de 1976 (artículo 331), Boliviano de 1831 (artículos 848 y 849), el Anteproyecto de Código Civil Boliviano de Angel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 861), Español (artículo 1176, en su primer párrafo -al establecer que si el acreedor a quien se hiciere el ofrecimiento de pago se negare sin razón a admitirlo, el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida-), el Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 333, inciso I, -similar al segundo párrafo del artículo 1251 Peruano-), Portugués de 1967 (artículo 841,

inciso 1, literales a) y b)), y el Código Brasileño (artículo 973, incisos I y II).

El Código Civil Costarricense de 1888 (artículo 797) establece que quien que tiene derecho de pagar una deuda puede hacerlo, depositando judicialmente la cosa debida en los siguientes casos: 1° si el acreedor rehusare recibirla sin derecho; 2° si el acreedor no fuere o no mandare a recibirla en la época del pago, o en el lugar donde éste deba verificarse; 3° si el acreedor incapaz de recibirla, careciere de tutor o curador y 4° si el acreedor fuere incierto o desconocido; el Mexicano (artículo 2098) dispone que si el acreedor rehusare sin justa causa recibir la prestación debida, o dar el documento justificativo de pago, o si fuere persona incierta o incapaz de recibir, podrá el deudor librarse de la obligación haciendo consignación de la cosa; el Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 578) prescribe que si el acreedor rehusare sin justa causa recibir, o expedir recibo justificativo de pago, o cancelar las seguridades reales que aseguraban el cumplimiento de la obligación, o restituir los documentos o instrumentos que acreditaban su existencia, o si fuere persona incierta, o se encontrare ausente, o fuere persona incapaz, y no hubiere forma de proveer a su representación en forma inmediata, podrá el deudor pagar por consignación judicial y si se tratare de deudas pecuniarias, podrá también pagar por consignación bancaria; el Francés (artículo 1257) establece que, cuando el acreedor se niegue a recibir su pago, el deudor puede hacerle ofrecimientos reales, y, ante la negativa del acreedor a aceptarlos, consignar la suma o cosa ofrecida. Los ofrecimientos reales seguidos de consignación liberan al deudor; a su respecto hacen las veces del pago, cuando se hagan válidamente, y la cosa consignada así corre a riesgo del acreedor; y el Código Hondureño (artículo 1454) prevé que si el acreedor a quien se hiciere el ofrecimiento de pago se negare sin razón a admitirlo, el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida. La consignación por sí sola producirá el mismo efecto cuando se haga estando el acreedor ausente, o cuando esté incapacitado para recibir el pago en el momento en que deba hacerse y cuando varias personas pretendan tener derecho a cobrar, o se haya extraviado el título de la obligación.

Por otra parte, el Código Civil Panameño (artículo 1063) establece que el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida. La consignación producirá el mismo efecto cuando se haga estando el acreedor ausente o cuando esté incapacitado para recibir el pago en el momento en que deba hacerse, o cuando varias personas pretendan tener derecho a cobrar o se haya extraviado el título de la obligación. La consignación será ineficaz si no se ajusta estrictamente a las disposiciones que regulan el pago.

De otro lado, el Código Etíope (artículo 1779) dispone que si el acreedor, sin motivo legítimo, se niega a aceptar la prestación que le es ofrecida, el deudor tiene derecho a consignar la cosa por cuenta y riesgo del acreedor dentro de un establecimiento o caja pública o en el lugar que el juez señale. El Código de República de China de 1930 (artículo 326) prescribe que cuando el acreedor está en mora o es imposible de conocer exactamente al acreedor, de suerte tal que la prestación deviene más difícil de ejecutarse, la persona hábil que va a ejecutar el pago puede consignarlo para el acreedor.

Por su parte, el Código Suizo (artículo 93) señala que si la naturaleza o el género de la cosa obstaculizan su consignación, si la cosa está sujeta a deterioro o si supone gastos considerables de depósito, el deudor puede, luego de un aviso previo y con autorización judicial, hacerla vender públicamente para consignar el precio; agrega que si la cosa está cotizada en la bolsa, si tiene un precio corriente o si es de poco valor, en proporción a los gastos, la venta debe ser necesariamente pública, en cuyo caso el juez puede autorizarla sin aviso previo. En el mismo sentido, el Código Boliviano de 1976 (artículo 333) prevé que si las cosas consignadas corren el riesgo de perderse o deteriorarse, o su guarda demanda gastos excesivos, el juez, a pedido del deudor, puede autorizar su venta en subasta pública, debiendo depositarse el precio.

De otro lado, debe mencionarse que el Código de la República de China de 1930 (artículo 328) establece que luego de la consignación, los riesgos de deterioro o pérdida están a cargo del

acreedor; mientras que el deudor no deberá intereses ni la reparación por los frutos percibidos. Adicionalmente, este Código dispone (artículo 333) que los gastos de la consignación o de la venta del bien están a cargo del acreedor. En similar sentido se orientan el Código Venezolano de 1942 (artículo 1309) y el Código Venezolano de 1880 (artículo 1209), al señalar que los gastos del ofrecimiento real y del depósito, si éstos fueren válidos, son de cargo del acreedor.

Reglas similares están contenidas en el Código Civil Uruguayo (artículo 1484), cuando establece que podrá el deudor, acompañando el testimonio de que habla el inciso final del artículo anterior, pedir al juez competente que declare bien hechas la oblación y consignación y mande cancelar la deuda; y agrega que obtenida por el deudor esta declaración, todos los gastos causados serán de cuenta del acreedor.

En esta relación también podríamos ubicar al Código Civil Chileno (artículo 1604), cuando señala que las despensas de toda oferta y consignación válidas serán de cargo del acreedor.

El Código Civil Alemán (artículo 381) también establece que los gastos de la consignación corren a cargo del acreedor, en tanto que el deudor no recupere la cosa consignada.

Similar disposición contiene el numeral 194 del Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927, al prescribir que los gastos del ofrecimiento o de la consignación son de cargo del acreedor si éstos son válidos. Y el Proyecto agrega (en su artículo 191) que cuando el acreedor rechaza el ofrecimiento real de pago que efectuó su deudor, éste puede consignar la suma o el bien debido; anota, a continuación, que los ofrecimientos de pago seguidos de una consignación tienen lugar a condición de que ellos sean aceptados o declarados judicialmente como válidos; y establece, finalmente, que los intereses cesan el día de la consignación y el acreedor asume los riesgos del bien consignado. El Proyecto dispone, por último, en el artículo 198, que si la cosa debida es un bien determinado, el que se debe entregar en el lugar donde se encuentra, el deudor debe hacer un

aviso al acreedor en su domicilio o en aquel en que el contrato debía ejecutarse. Si el acreedor no retira el bien, el deudor podrá obtener una autorización judicial para depositar dicho bien en cualquier otro sitio.

Resulta de interés mencionar que el Código Civil Cubano (artículo 254.1, inciso ch)) establece, en su inciso d), como causal de consignación, el que se haya extraviado el título de la obligación.

El Código Ecuatoriano (artículo 1644), por su parte, prevé que el juez mandará que el acreedor se presente a recibir la cosa ofrecida, dentro del tercer día, a la hora que se designe; añade que si comparece y acepta la oferta se le entregará la cosa, sentándose el acta correspondiente. Si no comparece (artículo 1645), o no se opone -por cualquier motivo-, a la oferta, se hará el depósito en persona segura y de responsabilidad, y se seguirá el trámite determinado en el Código de Procedimiento Civil. Establece, adicionalmente, que si el acreedor está ausente del lugar en que debe hacerse el pago y no tiene allí legítimo representante, las diligencias respectivas se practicarán con uno de los agentes fiscales, previa información sumaria de la ausencia y falta de representante.

El Código Alemán (artículo 373), en fin, agrega que si el deudor sólo está obligado a cumplir la prestación, a cambio de una prestación del acreedor, puede hacer depender el derecho del acreedor a recibir la cosa consignada de la realización de la contraprestación.

#### - *Análisis.*

La ley civil peruana otorga al deudor que se encuentra ante la imposibilidad de efectuar un pago directo, la facultad de recurrir a un mecanismo que le permita extinguir su deuda, a saber: el pago por consignación<sup>(1)</sup>.

(1) Debe recordarse que cuando se contrae una obligación, la misma

En efecto, la consignación es una de las formas de pago que busca la liberación del deudor, aun contra la voluntad del acreedor. En este sentido, el Código Civil Peruano regula a esa figura como uno de los medios extintivos de las obligaciones.

A entender de los profesores argentinos Cazeaux y Trigo Represas<sup>(2)</sup>, el pago por consignación es un modo de realización coactiva del interés del deudor en liberarse, réplica de la ejecución forzada que constituye el medio coactivo de realización del interés del acreedor en cobrar.

Agregan los autores citados que el fundamento de este instituto reside en el derecho a "liberarse" que tiene el deudor, el cual -precisamente- cuenta en el ordenamiento jurídico con el amparo que le brinda la posibilidad de la liberación forzada, mediante el pago por consignación.

A decir de Busso<sup>(3)</sup>, el pago por consignación es un modo coactivo de realización de un derecho. Se trata de un pago impuesto forzosamente por el deudor al acreedor, que se cumple mediante el depósito judicial de la suma adeudada, y que se perfecciona en el curso de una instancia judicial, con la aceptación del acreedor o con la aprobación del juez.

Jorge Joaquín Llambías<sup>(4)</sup> considera que el pago por consig-

---

otorga al acreedor el derecho de exigir su pago, y al deudor, el derecho de exigir a su acreedor que le reciba el pago de lo que debe. Ello en razón a que el deudor tiene, además del deber de pagar, el derecho a hacerlo.

François Laurent (LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVIII, Página 172.) expresaba, comentando el artículo 1257 del Código Napoléon, que "El deudor obligado a pagar, también tiene el derecho de pagar, además, hay un interés. Un viejo proverbio dice: 'Quien debe y paga no debe nada'."

- (2) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 215.
- (3) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo V, Páginas 565 y 567.
- (4) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II-B, Página 266.

nación es un mecanismo -de necesaria intervención judicial- al que puede acceder el deudor o quien está legitimado para sustituirlo, para lograr su liberación.

Por su parte, Antonio de la Vega Vélez<sup>(5)</sup> señala que en la legislación colombiana, el deudor urgido de cumplir sólo tiene un medio de quebrantar en su favor la porfiada renuencia del acreedor: el pago por consignación; el mismo que se hace precisamente contra esa voluntad, y produce, sin embargo, la legítima extinción de la deuda, lo mismo que el pago real efectivo.

En opinión de Wayar<sup>(6)</sup>, el pago por consignación es la liberación coactiva del deudor que funciona cuando éste, deseoso de poner fin al vínculo jurídico que lo somete patrimonialmente a su acreedor, encuentra obstáculos que impiden o imposibilitan la realización de un pago normal o natural.

Para Boffi Boggero<sup>(7)</sup> hay ocasiones en que, sin mediar valla insalvable (caso fortuito, fuerza mayor), el deudor, aun con la mejor disposición de ánimo, se encuentra en dificultades para cumplir lealmente la prestación a que se había obligado. La ley instituye para esos casos el procedimiento del pago por consignación.

Por otra parte, consideramos necesario establecer las diferencias existentes entre el pago por consignación y las formas en que éste puede efectuarse.

Según se ha dicho, la consignación supone la liberación coactiva del deudor cuando la falta de colaboración del acreedor u otros obstáculos, imposibilitan el pago directo y espontáneo. Esta liberación, sin embargo, opera con la ejecución de la prestación, la misma que -en nuestro ordenamiento jurídico- puede llevarse a cabo a través de la entrega del certificado de depósito de dinero o valores que expide el Banco de la Nación, la designación del de-

(5) DE LA VEGA VELEZ, Antonio. Op. cit., Página 269.

(6) WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Páginas 459 y siguientes.

(7) BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit., Tomo IV, Página 143.

positario de los bienes adeudados, o con aquellas formas en las que el Juez decide que debe efectuarse la consignación.

De allí que consideremos inapropiadas aquellas definiciones en las que se delimita la noción del pago por consignación en función del depósito judicial<sup>(8)</sup>.

Ahora bien, dentro de tal orden de ideas, debe precisarse el fundamento en que se basa el pago por consignación.

A nuestro modo de ver, el derecho del deudor a pagar justifica que la ley peruana regule el pago por consignación.

Al respecto, anota Wayar<sup>(9)</sup> que el deudor no es solamente el

(8) En este sentido, Puig Brutau, citado por Wayar (WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Páginas 45 y siguientes.), señala que la consignación consiste en el depósito de la cosa que el deudor debe entregar, de manera que, en lugar de quedar en poder del acreedor, quede en poder de la autoridad judicial y a disposición del titular del derecho de crédito.

Considera Pothier (POTHIER, Robert Joseph. Op. cit., Segunda Parte, Página 137.), a su turno, que la consignación es un depósito que el deudor, autorizado por el Tribunal, hace de la cosa o de la suma que él debe, en manos de un tercero; agrega que la consignación no es propiamente un pago, pues el pago encierra esencialmente la traslación de propiedad de la cosa que se paga. La consignación no transfiere la propiedad de la cosa consignada a la persona del acreedor, por cuanto este último no la puede adquirir más que recibiendo voluntariamente la cosa que le es ofrecida. Pero, a pesar de esto, cuando ella es válida, equivale al pago.

En similar opinión, anota Beltrán de Heredia -que elabora su concepto a la luz de los preceptos del Código Civil Español-, citado por Wayar (WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Páginas 45 y siguientes.), que la consignación puede ser considerada como "el depósito de la cosa debida, con las formalidades que la propia ley establece, después de haber ofrecido su entrega o directamente cuando este ofrecimiento no es posible por darse algunos de los supuestos que obstaculizan la oferta."

(9) WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Páginas 46 y siguientes.

sujeto obligado, sino que también tiene derechos, destacándose entre ellos el de obtener su liberación aun contra la voluntad del acreedor; al punto que, por aplicación de esas premisas, se ha declarado en los Tribunales Argentinos: "Es principio elemental que el instituto del pago por consignación tiene por objeto liberar al deudor de la obligación que contrajera en su hora, pese a que su acreedor se niega arbitrariamente a recibir el pago de su crédito."

En opinión de Ospina Fernández<sup>(10)</sup>, la justificación del pago por consignación es el interés que tiene el deudor en liberarse de sus obligaciones. Es justo -agrega el citado autor- que la ley consagre un procedimiento formal para establecer la mora creditoria y para que el deudor extinga su obligación, evite el devengamiento de los intereses, extinga las garantías reales que gravan sus bienes, evite una acción resolutoria por incumplimiento del contrato que genera su obligación, etcétera.

De igual manera, Demolombe<sup>(11)</sup> señala que al deudor le interesa terminar con su obligación para desgravar sus inmuebles de una hipoteca, detener el curso de los intereses, recuperar el mueble que pignoró, librar la fianza que se comprometió para él, evitar incurrir en una cláusula penal o en una caducidad, apartarse de los riesgos que están a su cargo si fue intimado, o por la oportunidad de un aumento de los valores o de cantidades que él debe entregar, etc.

Sobre el tema expresa Laurent<sup>(12)</sup> que el deudor está interesado en pagar para aumentar su crédito, ya que toda obligación atenta contra el crédito del deudor, pues la afectación directa o indirecta de sus bienes disminuye su solvencia.

Por otra parte, el pago por consignación es uno de los medios extintivos de las obligaciones que no es, siguiendo los crite-

---

(10) OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Op. cit., Páginas 404 y 405.

(11) DEMOLOMBE, C. Op. cit., Tomo XXVIII, Páginas 51 y 52.

(12) LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVIII, Página 172.

rios de clasificación que hemos analizado en páginas anteriores de esta obra<sup>(13)</sup>, de acuerdo con su idoneidad, el ideal, ya que al fin y al cabo se presenta por una situación derivada de la imposibilidad del deudor de pagar directamente al acreedor la prestación debida.

Sin embargo, por sus efectos esta figura es, sin lugar a dudas, un medio extintivo de obligaciones, en estricto.

Según las partes que intervienen, consideramos que la consignación es el medio unilateral de pago por excelencia.

Por la intervención de la voluntad humana, el pago por consignación es uno de carácter voluntario, toda vez que el deudor recurre a la consignación dada su voluntad de pago.

De acuerdo con su normalidad, estimamos que el pago por consignación, desde la óptica del rigor jurídico, puede considerarse un medio normal de extinción de obligaciones, ya que él se encuentra previsto en la Sección Segunda del Libro VI del Código Civil, relativo al Derecho de Obligaciones.

Por la satisfacción del interés patrimonial del acreedor, el pago por consignación es un medio satisfactorio, en tanto posibilita el cumplimiento de la prestación debida.

Ahora bien, para que pueda efectuarse un pago por consignación deben presentarse ciertos requisitos que -a nuestro modo de ver- se infieren de la ley civil peruana. Tales requisitos son tres, a saber:

(1) **Existencia de una obligación.**

Resulta de evidente lógica que una de las exigencias del pago por consignación sea la existencia previa de una obligación.

---

(13) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo IV, Páginas 123 a 142.

Sin embargo, vinculado a este requisito, está el que la deuda se encuentre en estado de cumplimiento, vale decir, que deberá consignarse una deuda líquida y exigible.

De otro lado, en cuanto a la naturaleza de la prestación que se pretende consignar, se ha dicho que ésta sólo puede ser una de dar, por considerarse que no es posible efectuar el depósito de una prestación de hacer o de no hacer.

Al respecto, debemos precisar que si la obligación es de hacer, pero concluye en un dar, podría depositarse aquello que haya que dar, siempre que la prestación se hubiera ejecutado y el deudor quisiera entregar lo hecho.

Sin embargo, en caso de que la obligación fuese una de hacer propiamente dicha, es decir, que no concluyera en un dar, y tratándose de una obligación de no hacer, sin duda alguna, no sería posible el depósito de la deuda. Empero, la ley peruana prevé para estos casos mecanismos alternativos. Esto, en razón de la normatividad de la ley procesal<sup>(14)</sup>.

Por otra parte, se discute si podría recurrir a la consignación el deudor de una obligación natural.

Sobre el particular, Cazeaux y Trigo Represas<sup>(15)</sup> señalan que un sector de la doctrina se manifiesta por la negativa, entendiendo que antes del pago voluntario la obligación natural no implica un vínculo jurídico, razón por la cual mal podría servir de sustento para un acto liberatorio.

Los citados autores sostienen -en posición que compartimos-

---

(14) El inciso 3 del artículo 807 del Código Procesal Civil de 1993, señala que tratándose de prestaciones no susceptibles de depósito, el Juez dispone la manera de efectuar o tener por efectuado el pago según lo que el título de la obligación tenga establecido o, subsidiariamente, lo expuesto por las partes.

(15) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 217.

que la obligación natural sólo está desprovista de "ejecutabilidad", mas no del "deber de cumplir", que es inherente a toda relación obligacional; y si al deudor le queda intacto su "deber de cumplimiento", pese a que no exista acción para exigirselo, va de suyo que tiene que contar necesariamente con los medios legales para hacerlo efectivo, o sea que debe poder pagar por consignación.

De otro lado, debemos señalar que la consignación en las obligaciones de dar bienes inciertos es un tema que ha preocupado desde tiempo atrás a la doctrina. Ejemplo de esta preocupación son las expresiones que Demolombe vierte sobre el tratamiento que recibió la materia en el Código Napoleón<sup>(16)</sup>.

Sin embargo, en nuestra opinión la ley peruana despeja cualquier duda al respecto.

---

(16) Demolombe (DEMOLOMBE, C. Op. cit., Tomo XXVIII, Páginas 124 a 130.) expresa al respecto lo siguiente:

"La deuda tiene por objeto una cosa que sólo está determinada por su especie: medidas de trigo, caballos, barricas de vino, etc., sin ninguna determinación individual.

Este es el caso previsto por el artículo 1246.

El acreedor se rehusa a aceptar la devolución; o por otro motivo, no se presenta.

¿De qué modo debe proceder el deudor para llegar a su liberación por medio de un pago forzado?

¿Se debe seguir el procedimiento indicado por los artículos 1257 y siguientes, es decir el que hemos declarado aplicable a las deudas y que tiene por objeto una cantidad de dinero?

O de lo contrario, ¿se debe seguir el procedimiento indicado por el artículo 1284, relativo a las deudas y que tiene por objeto un cuerpo cierto?

En la doctrina, la cuestión es muy controvertida.

Eminentes autores se inclinan por la primera parte.

Y para demostrar que los artículos 1257 y siguientes son aplicables en todas las deudas, incluso para las cosas indeterminadas, otras que tienen por objeto un cuerpo cierto, se amparan en los textos de la ley y los motivos sobre los que descansan estos textos:

1° Primero, se dice que los textos, en su generalidad, son formales en este sentido.

Las obligaciones con prestaciones por determinarse son tres: las obligaciones de dar bienes inciertos, las obligaciones alternativas y las obligaciones facultativas.

---

En los términos del artículo 1257 del Código de Napoléon, dado que el acreedor se rehusa a aceptar las ofertas reales, el deudor puede consignar la cantidad o cosa ofrecida (...).

Asimismo, en el artículo 842 del Código procesal: 'Todo proceso verbal de ofertas designará al objeto ofrecido, de manera que no se le pueda sustituir por otro; y si se trata de especies, incluirá la enumeración y calidad'.

Del mismo modo, los artículos siguientes, 814 y 816, emplean acumulativamente estas dos expresiones: la cantidad o la cosa ofrecida.

Por tanto, se concluye de los mismos textos de la ley, que el procedimiento de ofertas reales, que es aplicable a las deudas de cantidades o de especies, es igualmente aplicable a las deudas de otro objeto o de otra cosa.

2° ¡Se opone al artículo 1264!

Pero ni el texto ni el motivo del artículo son aplicables a la hipótesis que nos ocupa.

¡El texto! Solamente tiene en consideración la deuda de un cuerpo cierto, es decir el caso que prevé el artículo 1245.

Por otro lado, en nuestra hipótesis, se trata de la deuda de una cosa que sólo está determinada por su especie, es decir del caso totalmente diferente al previsto por el artículo 1246.

Y en cuanto al motivo sobre el que se funda el artículo 1264, en este caso no es menos aplicable que su texto.

¿Por qué esta disposición especial y excepcional del artículo 1264?

¡Es precisamente porque teniendo la deuda a un cuerpo cierto, sea individualmente y determinadamente, como obligación, la necesidad de las ofertas reales no existe; por lo tanto, se sabe efectivamente cuál es la cosa que el deudor quiere pagar, y que en realidad tiene esta cosa en su posesión!

Por otra parte, este motivo es totalmente inaplicable en las deudas de cantidades no determinadas.

¿Tiene realmente el deudor estas cosas? ¿Está en la capacidad de pagarlas?

¡Nada lo comprueba!

Entonces ¿quién lo demuestra? ¿Quién las exhibe? En una palabra, ofrecerlas realmente a su acreedor es el único medio de asegurarse.

Recordemos, respecto a las primeras, que conforme al artículo 1143 del Código Civil la elección corresponde al deudor, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso. Si elige el deudor, el bien incierto

---

3° Los partidarios de esta doctrina protestan cuando se le objeta todavía a la misma que el deudor de cosas indeterminadas haga al acreedor una orden para recoger las cosas, declarando que él está dispuesto a hacer entrega de ellas, y cuando se le objeta que el deudor determine así el objeto de su deuda y que efectivamente se haga aplicable el artículo 1264 en un cuerpo cierto.

Sus partidarios declaran que esta transformación se produciría por el solo acto del deudor, sin la competencia del acreedor. ¡Cómo! La deuda tenía por objeto las cosas determinadas sólo por su especie, de modo que en este estado, el deterioro, la depreciación o la pérdida eran riesgos que corría el deudor.

¡Y el deudor podría volver todos estos riesgos sobre el acreedor por medio de un simple mandato, sin que el acreedor hubiese acordado y ni siquiera visto estas cosas pretendidas, que el deudor - con cierta sinceridad- habría declarado poner a su disposición!

No podría ser de otro modo.

4° Sin embargo, se deberá transportar todas estas cosas al domicilio del acreedor.

Cosas pesadas, voluminosas; 50 caballos; 100 toneles de vino; 200 costales de trigo;

Los transportes para largas distancias, quizá de Cherbourg donde se encuentran, hacia Lyon o Marselle;

¿Quién sabe? ¿Quizás para transportarlas nuevamente a Cherbourg, donde se deben entregar, y donde el empleador mismo las puede necesitar para hacer uso de ellas?

¡Y entonces! ¡Sí se tendrá que transportarlas!

Este es únicamente un asunto de gastos, dice uno de los partidarios más autorizados de este sistema. La mercadería más pesada, los animales más delicados, viajan con mucha frecuencia; pero, por otro lado, el deudor podrá evitar los gastos de transporte comprando los objetos ofrecidos en las cercanías del lugar donde se encuentran las ofertas, en vez de hacerlas transportar desde su domicilio al domicilio del acreedor (...).

Pero por muy serios que puedan parecer estos argumentos no reunieron a la mayoría de pareceres.

Ciertamente la opinión más acreditada es la que en este caso deci-

se convierte en cierto y, por tanto, nada se opone a la consignación.

Si, a su turno, la elección corresponde al acreedor, y este

---

de que se debe aplicar el artículo 1264, mas no los artículos 1257 y siguientes:

1° Se dice que la razón misma es la que impone primero esta solución.

¡Cómo se puede exigir entonces que el deudor haga transportar una cantidad enorme de productos que debe entregar, como por ejemplo: los cien toneles de vino a 100 ó 200 leguas, hasta el domicilio del acreedor que bien puede ser el lugar del pago! ¡Esta norma es entendible para las cosas de fácil transporte; sin embargo, no sabríamos decir si el legislador tuvo la idea de establecer dicha norma para todas las cosas por igual!

2° ¡Además la combinación de los artículos de esta sección atestiguan un pensamiento totalmente contrario!

Es cierto que el artículo 1257 empieza declarando que el deudor debe consignar la cantidad o la cosa ofrecida después de que el acreedor la haya rechazado.

Sin embargo, los artículos siguientes que se relacionan íntimamente a este artículo y que sólo son su desarrollo, demuestran que a pesar de esta fórmula sólo tienen en consideración las deudas por cantidades de dinero.

Es así como el artículo 1258, que norma las ofertas reales, dispone que éstas deben ser de la totalidad de la cantidad y de los atrasos o intereses.

Asimismo, el artículo 1259, que rige la consignación, dispone primero que ésta se debe hacer en el depósito indicado por la ley para las consignaciones; y por otra parte, nunca hubo un depósito indicado por la ley, mas que para las cantidades de dinero.

Así, el artículo añade que la cantidad debida debe ser consignada con los intereses hasta el día del depósito.

Lo que logra demostrar que en los artículos sólo se trata de cantidades de dinero.

3° Por último, el artículo 1264 completa esta demostración.

La disposición de este artículo no se funda solamente sobre este motivo, por el que las ofertas reales no son necesarias para probar que el deudor verdaderamente está en capacidad de liberarse cuando la deuda tiene por objeto un cuerpo cierto.

Al promulgarlo, el legislador estuvo impresionado también por los

omite efectuarla dentro del plazo establecido o el fijado por el juez, ella corresponderá al deudor (artículo 1144 del Código Civil), quien luego de elegir obviamente puede consignar.

Si la elección, en fin, se confía a un tercero y éste no la efectúa, la hará el juez (artículo 1144 del Código Civil), lo que permitiría al deudor, sin duda alguna, consignar.

---

Reglas similares operan en el caso de las obligaciones alter-

inconvenientes considerables, las dificultades y hasta las imposibilidades que se oponían al transporte de cosas debidas al lugar del domicilio del acreedor, un lugar quizá muy alejado.

Por otro lado, estos inconvenientes, estas dificultades, estas imposibilidades son las mismas, ya sea porque la deuda tenga por objeto una cosa cierta o porque tiene por objeto cosas no determinadas.

Entonces el deudor deberá hacer una orden al acreedor en la que tendrá que aceptar la entrega de las cosas que le ofrece, individualizar estas cosas por indicaciones tanto precisas como detalladas, de modo que efectivamente le será posible determinarlas y clasificarlas por especie.

Y desde este momento los riesgos correrán a cargo del acreedor.

El acreedor protesta:

¡Usted no puede determinar y clasificar estas cosas sin mi participación!

¡Y entonces! ¡Présteme pues su ayuda! ¡Responda a mi orden y venga! (...).

¡Pero si usted no responde, si usted no viene, sólo se imputa usted mismo! (...).

¿Cuál de las dos opiniones anteriores es la más jurídica?

Considerando los mismos textos, creemos que se debe responder por la primera, la que decide que los artículos 1257 y siguientes son aplicables en todas las deudas, cualquiera que sea su objeto, cantidades de dinero o cosas no determinadas, y que el artículo 1264 sólo se refiere a que la deuda tiene por objeto un cuerpo cierto.

Para citar sólo uno, parece que el artículo 812 es, en efecto, muy formal:

'Todo proceso verbal de ofertas designará el objeto ofrecido, de manera que no se le pueda substituir por otro; y si se trata de especies, contendrá la enumeración y la calidad'.

nativas. Aquí también la duda sobre la prestación a cumplirse se despeja con la elección, aplicándose, por mandato del artículo 1162 del Código Civil, las normas enunciadas para las obligaciones de dar bienes inciertos previstas por el artículo 1144 del mismo Código. Nada impediría, en consecuencia, la consignación por el deudor.

---

El objeto ofrecido... esta palabra es explícita.

¡Hay que eliminarla! protesta Marcadé (artículo 1257, N° 11).

El procedimiento es un poco incisivo, y es por esta razón que decimos que desde el punto de vista de los artículos de la ley, nos parece difícil no reconocer que la ventaja está en la primera de las dos opiniones que hemos expuesto (...).

Y sin embargo no nos sorprende ver a la mayoría de jurisconsultos unirse a la segunda opinión.

Hay que confesar que los textos en sí no dan una perfecta concordancia, y no es sin razón que los partidarios de la doctrina contraria han notado que la mayoría parecen relacionarse sólo al caso en el que la deuda tiene por objeto una cantidad de dinero.

¿No parecen acreditar esta doctrina también los Tribunales del Gobierno?

Como se expresa Bigot-Préameneu, cuando explica los motivos del artículo 1264:

‘Si la cosa debida no es una cantidad de dinero, dice él, y si es cuerpo cierto, que ...’

Y lo mismo dice Jaubert:

‘... Se necesitaba una disposición particular para los casos en los que la obligación consiste, no en dar una cantidad de dinero, sino en entregar un cuerpo cierto’ (...).

De los que parece -efectivamente- que se puede concluir que el artículo 1264 es aplicable en todos los casos en los que la obligación no consiste en dar una cantidad de dinero.

Efectivamente, es algo en que los jurisconsultos que enseñan esta doctrina, se mantienen muy firmes, puesto que representan las dificultades, los gastos y las demoras que resultarán del transporte de cosas indeterminadas que hacen el objeto de la obligación, sobre todo si estas cosas son pesadas, voluminosas, y si la distancia es considerable entre el lugar donde se entregarán y el lugar del domicilio del acreedor.

Mourlon, uno de los partidarios de esta doctrina, reconoce él mismo que esto es absurdo (...).

Y en las obligaciones facultativas, por último, es decisión del deudor pagar con la prestación principal o con la accesoria, lo que determina la evidente viabilidad de la consignación (artículos 1168 y siguientes del Código Civil).

---

¿Ante tal confesión, nos debemos asombrar por el éxito de la doctrina contraria?

Adicionalmente debemos mencionar que el deudor que se enfrenta a una negativa injustificada de su acreedor a recibir la prestación que desea cumplir, tiene un recurso alternativo frente a dicho acreedor: constituirlo en mora (...).

Un tema que amerita reflexión es el relativo al supuesto en el cual la deuda tenga por objeto un acto o una abstención.”

Ya Demolombe (DEMOLOMBE, C. Op. cit., Tomo XXVIII, Páginas 130 a 132.) expresaba su preocupación al respecto en relación al Código Napoleón:

“Es evidente que los artículos 1257 y siguientes sólo tienen presente a las obligaciones que consisten en dar o entregar una cosa (artículos 1136 y siguientes).

Desde todos los puntos, este procedimiento de las ofertas reales y de la consignación es inaplicable en las obligaciones que consisten en hacer o no hacer (artículos 1142 y siguientes).

(...) Sin embargo, es preciso también que el deudor de estos tipos de obligaciones tenga un medio por el cual pueda obtener su liberación, en contra del acreedor, quien se rehusa a esto. ¿Cuál es este medio?

El legislador no lo determinó expresamente.

Sólo se ocupó de la hipótesis inversa, de la que es más frecuente, en la que el deudor se niega a ejecutar la obligación.

En los términos del artículo 1142:

‘Toda obligación de hacer o de no hacer se resuelve en abono por daños y perjuicios, en caso de incumplimiento por parte del deudor’.

¡Pero aquí llega lo contrario!

¡El deudor quiere cumplir con la obligación, y es el acreedor quien se niega!

La cuestión se debe resolver entonces según los principios generales y las analogías que podremos deducir de la ley sobre los casos previstos por ésta.

En el sentido técnico de la palabra, las ofertas reales, al no ser aplicables, deben ser reemplazadas en todos los casos por un

## (2) *Voluntad de pago por parte del deudor.*

Es claro que el pago por consignación opera sólo si el deudor tiene voluntad de pagar. Dicha voluntad se pone de manifiesto en el comportamiento del deudor: el **solvens**, para obtener su liberación, debe en primer lugar ofrecer el pago directamente al acreedor, pues precisa recordarse que la consignación es sólo un medio excepcional de pago.

---

mandato que el deudor dirigirá al acreedor con el fin del cumplimiento de la obligación que contrajo contra él.

El mandato indicará -en lo posible- el día, la hora y el lugar donde el deudor ofrece cumplirla.

Después de lo cual -indudablemente- no se considerará a la obligación como completada; pues en caso similar así como se ha dicho ya, la intención no podría ser reputada por el acto.

Pero por lo menos el deudor no sufrirá todas las consecuencias del requerimiento; y los gastos de demanda que el acreedor podría hacer, en general deberán ser solventados por él mismo.

(...) ¿Consiste la obligación en hacer algo?

No habrá dificultad si la ejecución de este hecho no exige la asistencia activa del acreedor; el deudor la realizará solo.

Si, por el contrario, la asistencia del acreedor es necesaria, el deudor en el caso de su no comparecencia después del requerimiento, no tendrá más que asignarla en justicia, a fin de hacer que se le sentencie para recibir la ejecución de la obligación, o a fin de obtener, si ha lugar, la anulación del contrato, con el abono por daños y perjuicios en uno y otro caso.

(...) Puesto que la obligación consiste en un no hacer, parece que para ejecutarla el deudor no haya hecho nada, en efecto, más que mantenerse tranquilo.

¡Es cierto!

Sin embargo, puede darse que en este mismo caso el deudor tenga interés en provocar al acreedor para el cumplimiento efectivo de la obligación.

Yo le concedí a usted el derecho de paso por mi fundo, por mi jardín o por mi patio, con el cargo correspondiente a usted, como se da en el derecho común, de hacer los trabajos necesarios para el ejercicio de esta servidumbre, luego de que hayamos determinado juntos el recorrido del camino que usted seguirá.

No me corresponde entonces quedarme a la expectativa y en la in-

Anota Wayar<sup>(17)</sup> que si no hay ofertas reales de pago no podrá el deudor saber si existe o no imposibilidad de efectuar un pago "en manos" del acreedor. Así, sólo en caso que el pago directo al acreedor se torne imposible, el deudor deberá promover demanda y efectuar el depósito judicial de lo adeudado; y con ello habrá dado el segundo paso hacia su liberación.

En este sentido, Laurent<sup>(18)</sup> señala que la consignación debe ser precedida por ofertas reales, pues de lo contrario sería inoperante.

Por lo tanto, la consignación sólo procede cuando el acreedor rehúsa aceptar las ofertas reales. Únicamente si se ofrece el pago al acreedor, la consignación que le sucede libera al deudor. De este modo, si el deudor quiere eximirse de responsabilidad debe empezar por ofrecer el pago de lo que debe.

## (3) *Imposibilidad de efectuar un pago directo.*

Podría ocurrir que el deudor se vea en la imposibilidad de pagar al propio acreedor aquello que le debe, bien por una negativa injustificada de éste último al ofrecimiento del pago, o por diversas circunstancias que impiden la realización de un pago directo. Ante ello, el deudor se encuentra facultado a ofrecer judicialmente el pago a fin de obtener su liberación.

Al respecto, expresa Llambías<sup>(19)</sup> que "Siempre que el deudor o un tercero interesado, enfrenten una dificultad seria que impida

---

certidumbre; pues, en efecto, yo mismo puedo tomar en cuenta las disposiciones para el trazado y la realización de su camino.

Entonces, en este caso, podría también emplear el mismo medio que acabamos de indicar para obtener, o bien la ejecución o bien la resolución del contrato."

(17) WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Páginas 64 a 66.

(18) LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVIII, Página 201.

(19) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II-B, Página 277.

el seguro ejercicio de su '**jus solvendi**', están ellos legitimados para satisfacer el pago mediante un juicio por consignación."

En relación con la negativa injustificada del acreedor o de la persona autorizada a recibir el pago, debemos señalar que es éste el supuesto típico que autoriza al deudor a efectuar un pago por consignación.

Cuando el acreedor rehúsa recibir el pago, interesa saber si sus motivos son o no legítimos, toda vez que sólo un rechazo infundado de la oferta real de pago faculta al deudor a la consignación. Se dice que hay negativa injustificada cuando el acreedor no quiere recibir el pago, a pesar de que éste es íntegro e idéntico en cuanto al objeto, modo, tiempo y lugar en que fue pactado.

Al respecto, Cazeaux y Trigo Represas<sup>(20)</sup> anotan que la negativa del acreedor a recibir el pago es el caso más típico y también más corriente en el diario acontecer.

Evidentemente, el deseo del deudor de liberarse mediante el cumplimiento no podría quedar librado al mero arbitrio del acreedor. De allí que la negativa de este último debe ser ilegítima, injustificada, pues si la oferta no cumpliera con alguno de los requisitos exigidos para la exactitud del pago, en cuanto a las personas, objeto, tiempo y lugar, el rechazo del acreedor sería fundado y la consignación no podría prosperar.

Añaden los referidos autores que se ha considerado como negativa infundada, cualquier proceder del acreedor que implique reclamos o exigencias que estén al margen de lo debido, o que puedan perturbar la correspondiente liberación del deudor.

Ahora bien, las razones por las que el acreedor se niega -en la práctica- a recibir el pago, son de las más diversas.

---

(20) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 221.

Sobre el tema, señala Demolombe<sup>(21)</sup> que los obstáculos que generalmente puede encontrar el deudor cuando quiere ejercer el derecho que tiene de pagar pueden ser el rechazo del acreedor a recibir el pago, por mala voluntad o porque pretende recibir más o algo distinto de lo que le quiere pagar el deudor.

Jorge Joaquín Llambías<sup>(22)</sup>, por su parte, agrega que el pago por consignación supone que el acreedor no quiere recibir el pago, tal vez por considerar que no es completo o apropiado, o bien que él no puede recibir ese pago por ser incapaz, estar ausente o ser incierta su calidad de acreedor.

De otro lado, debemos precisar que en el Derecho de Obligaciones el deudor debe actuar con diligencia al momento de cumplir con la prestación a su cargo, pues conforme lo establece la regla del artículo 1329 del Código Civil, el incumplimiento se atribuye al deudor, salvo que se acredite lo contrario. De este modo, cuando la realidad vital es distinta a la realidad jurídica, el deudor deberá probar que el cumplimiento no se efectuó -por ejemplo- ante la negativa del acreedor a recibir el pago.

Al respecto precisa Wayar<sup>(23)</sup> que la doctrina sostiene que la negativa del acreedor se puede probar por cualquiera de los medios permitidos por las leyes procesales, incluso presunciones. Empero, en su opinión, ésta es una verdad a medias, pues en este caso la actividad probatoria estará encaminada a la demostración de un hecho negativo: la omisión del acreedor en recibir la prestación.

Ante ello, recuerda Wayar<sup>(24)</sup> que Couture ha construido las llamadas pruebas **leviores** para los casos **difficilioris probationis**, en los cuales los jueces deben atemperar el rigorismo del Derecho, a fin de que no se hagan ilusorios los inte-

---

(21) DEMOLOMBE, C. Op. cit., Tomo XXVIII, Páginas 51 y 52.

(22) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II-B, Página 266.

(23) WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Página 72.

(24) WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Página 74.

reses legítimos. Los hechos negativos -señala- son objeto de prueba tanto como los expresados en forma afirmativa; lo contrario significaría entregar a la voluntad de las partes y no de la ley, la distribución de este aspecto de la actividad procesal.

Por nuestra parte, consideramos que el deudor tiene a su disposición una prueba que queda a salvo de dichas dificultades: demostrar que formuló ofertas reales de pago.

De otro lado, coincidimos con Wayar<sup>(25)</sup> cuando señala que la conducta del **accipiens** que da lugar a la configuración de esta causal se traduce, la mayoría de las veces, en el rechazo liso y llano de las ofertas o, simplemente, en la abstención u omisión de recibir la prestación. Sin embargo, estas conductas no son las únicas que pueden constituir supuestos que autorizan al deudor a consignar.

En doctrina se considera que existen otras circunstancias que obstan el ejercicio del **jus solvendi** que asiste al deudor y que lo autorizan al pago por consignación. Estas son las siguientes:

- *Negativa del acreedor a otorgar recibo.*

Prueba del pago -por excelencia- es el recibo. De allí que no se pueda obligar al deudor a pagar directamente a su acreedor cuando éste se niegue a extender un documento suscrito en el que reconoce expresamente haber recibido del deudor la prestación pendiente de pago.

Es obvio que el recibo deberá contener, además, todos los requisitos de identidad e integridad que son propios del pago, ya que de lo contrario, aquél no correspondería a la prestación que el deudor está ofreciendo pagar.

Así, cuando el acreedor se niega a otorgar el correspondien-

---

(25) WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Páginas 83 y siguientes.

te recibo, el deudor queda autorizado a suspender el pago, pero sólo si el recibo es medio indispensable para que el deudor acredite que lo efectuó. Ello a fin de evitar la condena del deudor a la incertidumbre que futuras eventualidades podrían generar en relación con la probanza del pago.

Debe recordarse que el deudor que carece de recibo, no obstante haber pagado, puede acreditar tal pago utilizando cualquiera de los medios probatorios que contempla el Código Procesal Civil de 1993. Sin embargo, para evitar que el deudor deba recurrir a la instancia judicial destinada a demostrar el pago, ante la negativa del acreedor a otorgar recibo, el deudor se encuentra amparado por lo dispuesto en el artículo 1230 del Código Civil<sup>(26)</sup>.

Por otra parte, existen determinadas obligaciones en las cuales, si bien el deudor tiene expedito su derecho para exigir el otorgamiento del recibo por el acreedor, no considere que este hecho sea absolutamente indispensable, debido a que la ejecución misma de la obligación demuestra que ella se ha producido.

Un ejemplo que ilustraría lo señalado sería aquel en el cual una empresa constructora se hubiera obligado a edificar un inmueble dentro de un plazo determinado. Si el deudor ejecutara -dentro de dicho plazo- la prestación debida, no requeriría de ningún recibo para acreditar el cumplimiento de su obligación, pues el mismo resultaría evidente, salvo que existieran reparos, por parte del acreedor, sobre la idoneidad de la edificación.

Adicionalmente, en aquellas obligaciones en las que el recibo consiste en la entrega del título valor, ante la pérdida de éste se entiende que el deudor se halla autorizado para consignar.

Al respecto, Wayar<sup>(27)</sup> considera que mediando pérdida, extravió o desposesión del título, que por el principio de necesidad

---

(26) **Artículo 1230.**- "El deudor puede retener el pago mientras no le sea otorgado el recibo correspondiente (...)."

(27) WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Página 105.

debe ser presentado y entregado al momento del pago a la persona que concurre a efectuarlo, el deudor está facultado a consignar judicialmente la prestación debida.

Cazeaux y Trigo Represas<sup>(28)</sup>, a su turno, señalan que sucede corrientemente que los derechos del acreedor están -en buena medida- vinculados al título que sirve de instrumento y prueba de ello es el "título al portador".

Por eso es lógico que el deudor pueda consignar, si el acreedor no le presenta y restituye el título del crédito, pues si el día de mañana apareciera otro tenedor del título, podría verse obligado a pagar nuevamente.

De otro lado, debe señalarse que el pago por consignación constituye en este caso un mecanismo puesto por la ley en auxilio del deudor que desee liberarse, mas no una garantía de su liberación, pues el poseedor de un título valor abstracto podría ejercer los derechos inherentes al mismo, y dirigirse contra el deudor a fin de cobrar la deuda respectiva. De donde, si el deudor no pudiese probar que el título que se pretende cobrar es el mismo que fue cancelado, o si el tenedor adujera la legitimidad de su tenencia, y el deudor no pudiera probar lo contrario, podría verse obligado a pagar de nuevo.

Por lo demás, si bien el tema tratado suscita polémica, consideramos que el supuesto de pérdida del título, entendido éste en su sentido más amplio, también faculta al deudor a consignar.

- *Rechazo a las reservas que se formulen al tiempo del pago.*

Algunos autores sostienen que el deudor puede abstenerse de pagar directamente al acreedor y recurrir a la vía judicial para efectuar un pago por consignación, cuando el **accipiens** se nie-

(28) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 224.

que injustificadamente a aceptar la reserva expresa que formula el **solvens**.

En efecto, el deudor que, al tiempo de efectuar el pago, tiene fundadas razones para temer un pago sin causa o indebido, podría formular reserva de repetir lo mal pagado, sin que el acreedor pueda oponerse legítimamente a ello, pues dicha reserva no altera la eficacia jurídica del pago.

A decir de Busso<sup>(29)</sup>, en los pagos ordinarios es factible que el deudor a quien se intima un pago, al hacerse efectivo éste formule reservas, dejando a salvo su derecho a repetir lo que paga, o reservando el reconocimiento o ratificación de la deuda que ocasiona el pago. Ello porque la reserva descarta la intención pura y simple de pagar, para abrir paso a una intención calificada o subordinada al cumplimiento de determinadas condiciones.

Podría ocurrir, sin embargo, que las reservas al pago sean formuladas por el **accipiens**. En caso de que el acreedor -por ejemplo- deje constancia en el recibo de que la suma pagada corresponde a una deuda de cantidad mayor, el deudor podría acudir a la consignación, absteniéndose de efectuar un pago directo.

Sobre el particular, expresa Busso<sup>(30)</sup> que si el acreedor accede a dar recibo, pero incluye reservas, debe considerarse si esas reservas enervan o no el efecto liberatorio del pago, pues si sólo pretenden aclarar el sentido y alcance del recibo, no podrán ser objetadas, ya que, aun aceptando el deudor el recibo en esas condiciones, sus derechos no se ven perjudicados.

Cazeaux y Trigo Represas<sup>(31)</sup> señalan que, muy particularmente, la negativa a dar un recibo liso y llano, o la pretensión de dar por otra deuda distinta a la que correspondía, o con agrega-

(29) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo V, Página 576.

(30) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo V, Página 586.

(31) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 221.

dos improcedentes, son todas circunstancias que han sido consideradas suficientes como para posibilitar la vía judicial de la consignación en pago.

- *Negativa del deudor a la remisión de la deuda.*

Cuando el acreedor desea liberar a su deudor, a través de la remisión de la deuda, y éste no la acepta, se entiende que el **solvens** -dada su voluntad de pago- puede acudir a la consignación. El acreedor no está en aptitud de exigir al deudor que deje de pagar.

La remisión, llamada también condonación o perdón de la deuda -de la cual nos ocuparemos más adelante-, es uno de los medios extintivos de las obligaciones regulados por el Código Civil. Por eso, baste con señalar que la condonación es un acto bilateral, siendo insuficiente que el deudor o el acreedor deseen el perdón de la deuda para que ello se produzca.

Así, cuando el acreedor se niega a recibir el pago por considerar que ha condonado la deuda, el deudor puede iniciar un proceso consignatorio a fin de extinguir su obligación.

Cabe aclarar, desde luego, que serán escasos los supuestos en los que un deudor se niegue a aceptar la condonación de la deuda, ya que por lo general ésta beneficia directamente al deudor que desea obtener su liberación.

- *Incapacidad del acreedor para recibir el pago.*

Otra de las circunstancias que habilita al deudor a intentar una liberación coactiva mediante el pago por consignación, es la incapacidad del acreedor para recibir el pago, cuando -evidentemente- éste último no tuviere representante legal.

Recuérdese que uno de los principios rectores del pago es que los incapaces no pueden efectuar ni recibir pagos válidamen-

te. De allí que, ante la incapacidad del acreedor, el deudor deba ofrecer el pago al representante legal del acreedor incapaz o, en su defecto, recurrir a la vía judicial para efectuar un pago por consignación<sup>(32)</sup>.

En este sentido, Cazeaux y Trigo Represas<sup>(33)</sup> sostienen que la incapacidad debe existir al tiempo del cumplimiento, pues si el acreedor incapaz al nacer la obligación se torna capaz a su vencimiento, sería plenamente válido el pago y no la consignación. Además, la posibilidad de consignar sólo juega ante incapaces carentes de representantes legales, pues de lo contrario el pago debe efectuarse a éstos últimos; siendo distinto el caso en que el deudor estuviese concursado o quebrado, por cuanto entonces el pago debe hacerse al representante legal de la "masa", que sustituye a aquél en el apoderamiento y disposición de los bienes.

Dentro de tal orden de ideas, precisa anotarse que la incapacidad del acreedor como causal para que proceda la consignación, deberá ser una puramente material, esto es, no debe tratarse de una incapacidad no judicialmente declarada, de modo que el incapaz carezca de representante legal<sup>(34)</sup>.

- *Ausencia del acreedor.*

En numerosos supuestos el pago no puede efectuarse ante la ausencia del acreedor.

---

(32) El artículo 1227 del Código Civil Peruano establece que: "El pago hecho a incapaces sin asentimiento de sus representantes legales, no extingue la obligación. Si se prueba que el pago fue útil para el incapaz, se extingue la obligación en la parte pagada."

(33) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 222.

(34) No obstante lo señalado, cuando el representante legal del incapaz (judicialmente declarado como tal) se encontrara ausente o bien no se tuviera certeza de quién es, consideramos que el deudor podría recurrir a la consignación.

Nos referimos a la simple ausencia, la misma que se presenta cuando el acreedor no acude al lugar del pago.

Se ha dicho que esta causal habilita al deudor a consignar, cuando el acreedor, además de estar ausente del lugar de pago, no deja persona autorizada para recibirlo. Lógicamente, si el acreedor no está presente en el lugar de pago, pero allí está una persona autorizada por él para recibirlo, el deudor no podría pretender recurrir a la consignación argumentando la ausencia del acreedor.

Por otra parte, en nuestro ordenamiento jurídico el principio general que rige en materia del lugar de pago es el previsto por el artículo 1238 del Código Civil, según el cual el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, salvo pacto en contrario o que ello resulte de la ley, las circunstancias del caso o la naturaleza de la obligación.

De este modo, por regla general, el pago deberá efectuarse en el domicilio del deudor. La excepción consistirá en que el pago se realice en el domicilio del acreedor o en un lugar distinto a los mencionados.

Si el pago se debe verificar en el domicilio del deudor en un plazo establecido por las partes, y el acreedor o su representante no acudieran a recibirlo, dudamos que este solo hecho sea suficiente para facultar al deudor a la consignación. Consideramos que el deudor deberá realizar -a pesar de no establecerse tal requisito en ningún texto legal- actos destinados a lograr que su acreedor o la persona autorizada a recibir el pago se presenten a cobrar.

Ante la negativa del acreedor, o en la eventualidad de que el deudor no obtenga éxito en esa empresa, el deudor estará autorizado a consignar.

Ahora bien, en caso de que el pago deba efectuarse en el domicilio del acreedor o en un lugar distinto, resulta evidente que el deudor deberá presentarse en ese lugar y, de no lograr realizar

el pago, también deberá agotar los medios necesarios para ubicar al acreedor y verificarlo directamente.

Para este supuesto, consideramos que debería exigirse legalmente al deudor la realización de aquellos actos que permitan efectuar un pago directo, a fin de evitar el proceso judicial de consignación.

De otro lado, algunos autores sostienen que la ausencia del acreedor autoriza al deudor a la consignación, cuando éste ignore el paradero del acreedor al momento del pago.

Al respecto, los profesores argentinos Cazeaux y Trigo Represas<sup>(35)</sup> señalan que procede la consignación ante la simple ausencia del acreedor, cuando éste no se encuentra presente en el lugar donde debía efectuarse el pago, desconociéndose su actual paradero; no rige, en cambio, en las hipótesis de "ausencia declarada", en cuyo supuesto se nombra un "curador" con facultades para percibir los créditos del ausente; ni tampoco cuando se trata de ausencia con presunción de fallecimiento, caso éste en que se abre la sucesión del acreedor, y el deudor pasará a serlo de sus sucesores, deduciéndose de estos supuestos de acreedor ausente y de domicilio ignorado, que no resulta ya necesaria la previa oferta de prestación por el deudor, que de hecho resulta imposible.

En este orden de ideas, en caso de que el acreedor fuese declarado ausente, la consignación no sería -en rigor- improcedente, pues el deudor podría presentarse en el proceso de declaración de ausencia y depositar lo que debe si el transcurso del tiempo le generase consecuencias negativas.

Por otra parte, la ausencia judicialmente declarada se encuentra regulada por los artículos 49 a 60 del Código Civil Peruano de 1984, en cuyo caso el deudor que desease pagar al ausen-

---

(35) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 222.

te deberá ofrecer el pago al poseedor temporal de los bienes del ausente o al administrador judicial de los mismos. Esto en virtud del artículo 65 del Código Civil, en el que se señalan los derechos y obligaciones de quien ha obtenido la posesión temporal de los bienes del ausente.

- *Incertidumbre en el derecho del acreedor.*

Ante la concurrencia de acreedores o la existencia de un proceso en el que se discute el derecho a la acreencia, no cabe duda de que el deudor está autorizado para la consignación.

En efecto, el deudor se encuentra legitimado a consignar cuando la titularidad del derecho de crédito es judicialmente discutida o cuando aquélla no pueda acreditarse de manera fehaciente, toda vez que si el deudor pagase mal, podría verse obligado a pagar de nuevo.

Sin embargo, bastará que el **solvens** dude del derecho del acreedor para que pueda liberarse a través de la consignación.

Al respecto, señala Llambías<sup>(36)</sup> que: “El hecho capital que abre la vía del juicio por consignación es la duda razonable sobre la titularidad del crédito. El deudor tiene motivos serios para no saber quién es el verdadero acreedor. Y como quien paga mal puede verse precisado a pagar nuevamente, para evitar ese riesgo, él puede hacer un pago por consignación para que sea el Juez el que defina quién es el titular del crédito y tiene derecho para percibir el pago consignado.”

De otro lado, anota Wayar<sup>(37)</sup> que las dudas deben ser serias y razonables para entender que existe incertidumbre, pues no cualquier duda autoriza al deudor a consignar.

(36) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit. Tomo II-B, Página 272.

(37) WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Página 97.

A entender del citado autor, dudas razonables son aquellas que se fundan en circunstancias objetivas capaces de suscitar inseguridad sobre la titularidad del crédito. Dudas serias son aquellas fundadas en motivos reales y de entidad suficiente como para poner en peligro la eficacia extintiva del pago.

En opinión de Llambías<sup>(38)</sup>, lo que importa es la motivación de la duda; podría haber un solo pretendiente al cobro, pero quedar persuadido el deudor, en vista de las circunstancias, de que el acreedor pueda ser otra persona, que tal vez él conoce. Y a la inversa, la sola concurrencia de varias personas al cobro no es un motivo suficiente para consignar, si el deudor no tiene duda alguna sobre quién es el verdadero acreedor. Lo que importa es el estado de duda fundada que pueda embargar el ánimo del deudor. La actitud de los demás sólo es un factor que puede o no influir en la conciencia del deudor.

De igual manera, Cazeaux y Trigo Represas<sup>(39)</sup> sostienen que el **factum** que abre en este supuesto la vía de la consignación, es la existencia de una duda razonable sobre la titularidad del crédito. La razón estriba en que, como quien paga mal puede verse obligado a pagar dos veces, para evitar este riesgo, el deudor puede valerse del pago por consignación; pero la razonabilidad de este hecho queda diferida al órgano judicial competente.

Precisa Wayar<sup>(40)</sup> que el derecho del acreedor debe ser simplemente “dudoso” y no necesariamente “litigioso”, vale decir, que no se requiere de un pleito entre los pretendidos acreedores; basta que sean varios los que invoquen frente al deudor el mismo derecho para que éste quede habilitado al procedimiento de consignación.

Añade el citado profesor argentino que la oposición de parte

(38) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II-B, Página 273.

(39) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Páginas 222 y 223.

(40) WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Página 98.

de alguno de los pretendidos acreedores -si bien no es requisito indispensable- demuestra de sobra la incertidumbre sobre la titularidad de aquel derecho, y el deudor tiene camino abierto a la consignación. De igual manera, se entiende que hay incertidumbre cuando una sociedad se encuentra en liquidación. En este caso, se abre la vía consignoratoria que autoriza al deudor a consignar lo que debe a nombre de la sociedad.

- *Desconocimiento de la persona del acreedor.*

Será extraño que el deudor no conozca quién es su acreedor. Sin embargo, podría ocurrir que ante el fallecimiento del acreedor originario, el deudor no tenga la certeza o no conozca, simplemente, quién o quiénes son los herederos de su acreedor. En este caso, para que el deudor se libere de su obligación y de cualquier responsabilidad proveniente de una eventual mora en el cumplimiento, procedería la consignación.

Sobre el particular, Ernesto Clemente Wayar<sup>(41)</sup> anota que cuando el deudor desconoce quién es el acreedor, puede recurrir a la consignación. Advierte Wayar que no se trata de la inexistencia del acreedor, pues en tal supuesto se desintegraría el vínculo por falta de sujeto activo; el acreedor existe, pero el deudor no sabe quién reviste esa calidad.

Precisa el citado profesor que en el supuesto de que el deudor desconozca quiénes son los herederos de su acreedor, aquél está facultado para solicitar la apertura del proceso sucesorio, con carácter previo a la demanda por consignación, o bien en forma simultánea. Si, en cambio, el acreedor no hubiere fallecido, la demanda debe ser dirigida a persona desconocida, citándose la por medio de edictos, en los cuales se deberá individualizar -con la mayor precisión- el crédito que se pretende pagar, a fin de facilitar la tarea de localización del acreedor. Agrega el referido autor que si no se presenta el acreedor, o no se logra su individualización,

(41) WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Páginas 99 y siguientes.

debe acudir al procedimiento previsto para los ausentes, por lo cual habría que nombrar a un curador que lo represente, y es a éste a quien debe efectuarse el pago.

- *Tratándose de un crédito embargado.*

Otra de las circunstancias que autorizan al deudor a la consignación es la presencia de un embargo que grave el crédito al momento del pago.

Nos explicamos.

Cuando un tercero embarga el crédito que tiene el acreedor ante su deudor, se imposibilita la realización de un pago directo entre el deudor -que pretende liberarse- y el acreedor. Ello en razón de que el embargo sobre la deuda afecta el poder de crédito del acreedor<sup>(42)</sup>.

En lo referente al derecho del embargante de pedir el depósito judicial de lo adeudado, considera Wayar<sup>(43)</sup> que no puede negarse este derecho a los terceros embargantes, pero siempre que la obligación fuere exigible respecto del deudor, ya que de lo contrario, si bien es admisible el embargo, no se puede obligar al deudor a pagar antes de que el vínculo se torne exigible. En tal caso, sólo se puede apercibir al deudor a que, una vez llegado el tiempo de pago, efectúe el pertinente depósito.

Por otra parte, coincidimos con Busso<sup>(44)</sup> cuando señala que

(42) Recuerda Wayar (WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Páginas 100 y 101.) que conforme enseña una calificada doctrina procesal, el embargo es una medida cautelar que "afectando un bien o bienes determinados de un presunto deudor, para asegurar la eventual ejecución futura, individualiza aquéllos y limita las facultades de disposición y de goce de éste, **inter** se obtiene la pertinente sentencia de condena o desestima la demanda principal."

(43) WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Páginas 100 y siguientes.

(44) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo V, Página 580.

el deudor de un crédito que hubiera sido embargado -aun por orden de un Juez de otra jurisdicción-, debe consignar ante el Juez del lugar de pago, poniendo a disposición del Juez embargante lo que hubiere consignado.

- *Tratándose de una deuda pignorada.*

Expresa Wayar<sup>(45)</sup>, en opinión que compartimos, que si el acreedor hubiera dado su crédito en prenda a sus propios acreedores, el deudor debe abstenerse de pagar a su acreedor, y si desea liberarse debe recurrir a la consignación, ya que en caso contrario el pago no sería válido. En tal eventualidad la nulidad aprovecharía a los acreedores en cuyo favor se hubiera constituido la prenda; y a éstos el deudor estaría obligado a pagarles de nuevo.

- *Redención de hipotecas.*

Cuando el deudor del precio de un inmueble que ha adquirido con un gravamen hipotecario en favor de un tercero, quisiera extinguir la hipoteca respectiva, podría recurrir a la consignación para levantar ese gravamen y sanear su situación jurídica, siempre que el acreedor hipotecario se oponga a dicho pago.

Así, el adquirente de un bien hipotecado -que asumió la obligación de cancelar dicho gravamen- puede retener el importe suficiente para el pago de esa garantía y ofrecerlo al acreedor hipotecario. Ante la negativa de éste último, queda el tercero adquirente autorizado a la consignación.

A decir de Wayar<sup>(46)</sup>, habiéndose admitido que el tercero adquirente de un bien hipotecado puede retener el importe de la hipoteca y depositarlo judicialmente en favor del acreedor, liberan-

---

(45) WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Página 104.

(46) WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Página 107.

do así al bien adquirido del gravamen, se plantea la cuestión de saber si el tercero adquirente debe depositar el monto nominal o actualizado de la deuda. En este caso señala Wayar que debe estarse a lo que dispongan las cláusulas del respectivo contrato hipotecario. Pero si nada se dice en ese instrumento, se debe depositar la suma nominalmente pactada, y sólo proceder a la actualización si así lo resuelve el Juez a pedido de parte y conforme a las circunstancias de la causa.

Por lo demás, en cuanto a la facultad del deudor para recurrir a la vía consignatoria, precisamos agregar que existen una diversidad de supuestos que autorizan a la consignación. Verbigracia, aquellos en los que el deudor no puede hacer un pago válido.

Dentro de tal orden de ideas, y luego de haber expuesto los requisitos de la consignación como forma de pago, nos toca ahora tratar acerca de las características de esta figura jurídica.

En nuestra opinión dichas características son las siguientes:

(a) ***Es una forma excepcional de pago.***

Usualmente, el deudor paga a su acreedor de manera directa, ya que éste suele aguardar la satisfacción de su crédito al tiempo de su vencimiento.

Empero, cuando por diversas circunstancias el deudor se halle imposibilitado de pagar directamente a su acreedor, en forma excepcional podrá liberarse mediante la consignación.

A entender de los profesores argentinos Cazeaux y Trigo Represas<sup>(47)</sup>, la consignación es un remedio excepcional, ya que lo corriente es que el pago se realice con la sola actuación de las partes -**solvens** y **accipiens**- privadamente. De

---

(47) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Páginas 215 y 216.

esta manera el procedimiento del pago por consignación se torna viable únicamente, cuando el deudor aparece coartado en el ejercicio de su derecho a pagar, por la existencia de un obstáculo efectivo al cumplimiento directo y eficaz. De ahí que la mera posibilidad de que el acreedor pueda hacer difícil el cumplimiento no habilita al deudor para pagar mediante consignación.

A decir de Boffi Boggero<sup>(48)</sup>, normalmente el pago se realiza entre las partes de manera privada, pero cuando se dan ciertos supuestos, el deudor tiene que apelar -por excepción- a este medio de cumplimiento.

En la misma línea de pensamiento, Wayar<sup>(49)</sup> señala que la consignación es un remedio de carácter excepcional. Por regla general, el cumplimiento de las obligaciones y la disolución de los vínculos que ellas importan deben verificarse normalmente.

(b) ***Es una facultad del deudor.***

La consignación es un pago impuesto al acreedor. Sin embargo, esto no significa que el deudor, ante las dificultades que impiden un pago directo, deba necesariamente recurrir a la consignación. El deudor -queremos resaltarlo- puede o no consignar a fin de liberarse de su obligación.

Anota Busso<sup>(50)</sup> que la consignación es un medio de liberación que el deudor puede utilizar. Es, en consecuencia, un acto facultativo.

En términos de Wayar<sup>(51)</sup>, el deudor no está obligado a efectuar

---

(48) BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit., Tomo IV, Páginas 143 a 145.

(49) WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Página 52.

(50) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo V, Página 566.

(51) WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Página 51.

tuar la consignación judicial cuando el acreedor se niegue a recibir el pago o existan obstáculos que imposibiliten el pago directo. Se trata sólo de una facultad que, como tal, puede dejar de emplear.

(c) ***Deben estar presentes los principios de identidad e integridad en el pago.***

Según se ha dicho, la consignación es una modalidad especial del pago. Y, como se sabe, en todo pago deben estar presentes los principios de identidad (debe cumplirse exactamente la prestación que se adeuda) y de integridad (debe pagarse en las cantidades pactadas). Estos principios, por obvias razones, también deben regir en el pago por consignación.

En tal orden de ideas, si el deudor ofreciese al acreedor efectuar un pago que no revistiera las características anotadas, éste podría -con todo derecho- oponerse al mismo, y si el deudor recurriera a consignarlo, tendría, asimismo, el derecho de impugnar la consignación, con las consecuencias que analizaremos en su momento.

En opinión de Wayar<sup>(52)</sup> la consignación debe respetar los principios generales que gobiernan el pago. Esta figura no tendrá fuerza liberatoria, si no concurren en cuanto a las personas, objeto, modo y tiempo, todos los requisitos sin los cuales el pago no puede ser válido.

(d) ***Se trata de un proceso judicial.***

El pago por consignación reviste como una de sus características más notorias, la de consistir -necesariamente- en un proceso judicial.

---

(52) WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Páginas 51 y 52.

Es evidente que si el deudor agota todos los medios extrajudiciales a su alcance para efectuar el pago, y, aun así, desea pagar, sólo tendrá por delante la vía judicial, a través de un proceso de consignación.

A decir de Wayar<sup>(53)</sup>, el pago por consignación se traduce, por naturaleza, en un procedimiento judicial. Puesto que se trata del ejercicio coactivo de un derecho (el que tiene el deudor para obtener su liberación), sólo será legítimo en tanto se dé intervención al órgano jurisdiccional competente. El deudor carece de facultades para imponer -privadamente y por la fuerza- el pago a su acreedor. Más aún, la actuación del deudor debe ajustarse a lo dispuesto en las leyes procesales, en cuanto a formas, términos, pruebas, etc.

Añade el referido autor que el juicio de consignación es contencioso, por considerar que el depósito de las sumas debidas, sin que el acreedor tome participación en el juicio, es insuficiente para configurar un verdadero pago. Es decir, resulta necesario que se respete el principio de contradicción, emplazándose al acreedor a contestar la demanda, y, si no lo hace, el juicio seguirá su curso y se aplicarán las reglas sobre rebeldía.

Al respecto, debemos señalar que disentimos de la opinión de Wayar en el sentido de que la consignación necesariamente conlleva a un proceso contencioso. De acuerdo con la ley procesal peruana, el ofrecimiento de pago y la consignación se tramitan en proceso no contencioso<sup>(54)</sup>.

No obstante lo señalado, cuando exista un proceso contencioso en el cual se discute la relación jurídica que originó o

---

(53) WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Página 50.

(54) El inciso 7 del artículo 749 del Código Procesal Civil señala: "Se tramitan en proceso no contencioso los siguientes asuntos:

(...)

7. Ofrecimiento de pago y consignación.

(...)."

que está conexas a la prestación que se pretende cumplir, la consignación deberá realizarse en dicho proceso, siguiendo el trámite que corresponda. Esto, en razón a lo dispuesto por el artículo 802 del Código Procesal Civil.

Requiere precisarse, adicionalmente, que la consignación es un acto complejo.

En efecto, el pago por consignación es, necesariamente, un acto jurídico, pero además es un acto procesal, pues requiere de la intervención del Poder Judicial para que pueda efectuarse.

A entender de Busso<sup>(55)</sup> la consignación también constituye un instituto complejo. Simultáneamente concierne al derecho de fondo, ya que es un modo de extinguir obligaciones, y al procesal, por cuanto su realización implica diversas actuaciones que consideradas en su conjunto constituyen un procedimiento.

Asimismo, compartimos la posición de Busso cuando sostiene que la complejidad del pago por consignación se extiende a las relaciones que entabla el consignante con la entidad consignataria, que en el caso peruano sería el Banco de la Nación, cuando se consignen prestaciones dinerarias, o con un tercero, en caso de que se consignen prestaciones susceptibles de depósito.

Acerca del aspecto procesal del pago por consignación, debemos recordar que el Código de Procedimientos Civiles Peruano de 1912 -reemplazado por el Código Procesal Civil, vigente desde el 28 de julio de 1993- no contemplaba normas expresas sobre los aspectos adjetivos o procesales referentes al pago por consignación.

En tal orden de ideas, durante la vigencia del Código de

---

(55) BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo V, Página 565.

Procedimientos Civiles de 1912, se presentaban los llamados "juicios de impugnación de la consignación".

Con el Código Procesal anterior, si existía un proceso en trámite sobre la legitimidad o no del derecho de las partes, el juez reservaba resolver la consignación hasta luego de conocer el resultado del juicio respectivo (que, por citar un caso frecuente, podía consistir en un desahucio por ocupación precaria en el que quien ocupaba un inmueble alegaba la condición jurídica de arrendatario).

Sin embargo, cuando no existía un proceso paralelo, y se consignaba, el juez, ante la impugnación de la consignación, estaba obligado a abrir juicio para que las partes pudieran acreditar la legitimidad de sus derechos, actuando las pruebas respectivas. Y así lo hacía y en juicio ordinario, porque no estaba previsto un procedimiento especial para estos casos. Se aplicaba, en consecuencia, el artículo 296 del antiguo Código de Procedimientos Civiles, cuyo texto era el siguiente: "Se ventilan en Juicio Ordinario las cuestiones litigiosas que no tienen tramitación especial señaladas en este Código, y cuyo valor exceda del monto de treinta sueldos mínimos vitales señalado para la Industria y Comercio para la Provincia de Lima, vigentes a la fecha de iniciación del Año Judicial en que se interpone la demanda; o es inapreciable en dinero."

- **Actual normatividad procesal sobre el pago por consignación.**

Debemos advertir al lector, por la estrecha relación que tiene el plano teórico o sustantivo del pago por consignación con su aspecto adjetivo, que el Código Procesal Civil de 1993 trata a profundidad el tema. Sin perjuicio de referirnos a lo largo de nuestro análisis del pago por consignación a los diversos preceptos del Código Procesal, a continuación transcribimos el texto de los artículos pertinentes de dicho Código:

## CODIGO PROCESAL CIVIL

### LIBRO PRIMERO

### JUSTICIA CIVIL

### SECCION SEXTA

### PROCESOS NO CONTENCIOSOS

### SUB-CAPITULO 7°

### OFRECIMIENTO DE PAGO Y CONSIGNACION

**Artículo 802.-** "Procedencia.- En los casos que establece el Código Civil, quien pretenda cumplir una prestación, puede solicitar su ofrecimiento judicial y, en su caso, que se le autorice a consignarlo con propósito de pago.

Quando hay un proceso contencioso en que se discute la relación material que originó o que esté conectada a la obligación debida, el ofrecimiento y eventual consignación, deben realizarse en dicho proceso, siguiéndose el trámite que corresponde al mismo."

**Artículo 803.-** "Requisitos y anexos del ofrecimiento judicial.- Además de lo dispuesto en el artículo 751, en lo que corresponda, el solicitante deberá precisar con el mayor detalle posible la naturaleza y cuantía de la obligación, anexando los medios probatorios que acrediten:

1. Que la obligación le es exigible; y
2. Que en el pago que pretenda realizar concurren los requisitos establecidos en el Código Civil."

**Artículo 804.-** "Forma del ofrecimiento judicial de pago.- El ofrecimiento debe consistir en cumplir la prestación en la audiencia."

**Artículo 805.-** “Falta de contradicción y audiencia.- Si el acreedor no contradice el ofrecimiento dentro de los cinco días del emplazamiento, en la audiencia el Juez declara la validez del ofrecimiento y recibirá el pago, teniendo presente lo dispuesto en el artículo 807.

En caso de inconcurrencia del emplazado, se procederá en la forma establecida en el párrafo anterior.

Si el solicitante no concurre a la audiencia, o si concurriendo no realiza el pago en la forma ofrecida, el Juez declarará inválido el ofrecimiento y le impondrá una multa no menor de una ni mayor de tres Unidades de Referencia Procesal. Esta decisión es inimpugnable.

Si el emplazado acepta el ofrecimiento, el Juez ordenará que la prestación le sea entregada de manera directa e inmediata.”

**Artículo 806.-** “Caso excepcional.- Si por la naturaleza de la prestación, el pago no puede efectuarse en el acto de la audiencia, el Juez dispondrá en la misma, atendiendo al título de la obligación o, en su defecto, a la propuesta de las partes, la oportunidad y manera de hacerlo. El cumplimiento, del que se levantará acta, se llevará a cabo en presencia del Secretario de Juzgado o del propio Juez, si éste lo estima necesario.”

**Artículo 807.-** “Consignación.- Para la consignación de la prestación se procede de la siguiente manera:

1. El pago de dinero o entrega de valores, se realiza mediante la entrega del certificado de depósito expedido por el Banco de la Nación. El dinero consignado devenga interés legal.

2. Tratándose de otros bienes, en el acto de la audiencia el Juez decide la manera, lugar y forma de su depósito, considerando lo que el título de la obligación tenga establecido o, subsidiariamente, lo expuesto por las partes.

3. Tratándose de prestaciones no susceptibles de depósito, el Juez dispone la manera de efectuar o tener por efectuado el pago según lo que el título de la obligación tenga establecido o, subsidiariamente, lo expuesto por las partes.”

**Artículo 808.-** “Venta.- En cualquier estado del proceso, a solicitud del deudor, bajo su responsabilidad y con citación del acreedor, el Juez puede autorizarlo, en decisión motivada e inimpugnable, que proceda a la venta inmediata del objeto de la prestación cuando ésta sea susceptible de deterioro o perecimiento. La decisión que rechaza la solicitud es apelable con efecto suspensivo.

Efectuada la venta se consigna el importe del precio deducidos los gastos realizados.”

**Artículo 809.-** “Contradicción y audiencia.- Tramitada la contradicción y su absolución, si la hay, el Juez autoriza la consignación sin pronunciarse sobre sus efectos y declarará concluido el proceso sin resolver la contradicción, quedando a salvo el derecho de las partes para que lo hagan valer en el proceso contencioso que corresponda.

Iniciado el proceso contencioso, cuando se trate de prestaciones de cumplimiento periódico, los ofrecimientos y consignaciones siguientes se realizarán en dicho proceso.”

**Artículo 810.-** “Contradicción parcial.- Si el acreedor formula contradicción parcial al ofrecimiento de pago, éste surte efectos en aquella parte no afectada por la contradicción.

En estos casos son de aplicación, en lo pertinente, los artículos 753, 754, 755, 756 y 757.

Es improcedente la negativa del deudor a la aceptación parcial del acreedor.”

**Artículo 811.-** “Ofrecimiento extrajudicial.- Si el acreedor a quien se ha hecho ofrecimiento extrajudicial de pago se ha nega-

do a admitirlo, el deudor puede consignar judicialmente la prestación debida. Para este efecto, el silencio importa manifestación de voluntad negativa.

El solicitante debe cumplir con los requisitos del artículo 803, acompañando los medios de prueba del ofrecimiento y negativa.

En el auto admisorio, el Juez emplaza al acreedor para que en la audiencia exprese o no su aceptación al pago, bajo apercibimiento de disponer su consignación. Son de aplicación supletoria las demás disposiciones de este Sub-Capítulo.”

**Artículo 812.-** “Consignaciones periódicas o sucesivas.- Trátándose de prestaciones periódicas o sucesivas originadas en una misma relación material, las inmediatamente posteriores a la presentación de la solicitud se realizarán en el mismo proceso, sin necesidad de audiencias posteriores y se sujetarán a lo que el Juez haya decidido en la audiencia realizada. El solicitante deberá expresar en la solicitud la periodicidad de su obligación.”

**Artículo 813.-** “Improcedencia en las consignaciones periódicas o sucesivas.- Si el acreedor manifiesta posteriormente su asentimiento a recibir el pago en forma directa, no procede la realización de las consignaciones periódicas o sucesivas posteriores.”

**Artículo 814.-** “Consignación judicial sin efecto de pago.- Excepcionalmente, tanto el deudor como el acreedor pueden solicitar que el objeto de la prestación quede en depósito judicial en poder del deudor o persona distinta, en cuyo caso se aplican, en cuanto fueran pertinentes, las reglas del contrato de secuestro.

Estas solicitudes proceden incluso cuando haya contradicción del acreedor.”

**Artículo 815.-** “Costas y costos.- Si no hubo contradicción, las costas y costos serán de cargo del acreedor.

Cuando en el proceso contencioso posterior se declara, di-

recta o indirectamente, que la contradicción fue infundada, el demandado tiene derecho a la devolución con intereses de lo que pagó por costas y costos en el proceso no contencioso anterior.”

**Artículo 816.-** “Retiro de la consignación.- Salvo el caso de aceptación del ofrecimiento, para el retiro de la consignación se observan las siguientes reglas:

1. La solicitud se formula por escrito, con firma legalizada por el Secretario de Juzgado, acompañándose copia simple del documento de identidad del solicitante, que se conservará en el expediente.

2. Recibida la solicitud, el Juez confiere traslado a la otra parte mediante notificación por cédula y, con contestación o sin ella, dentro de tercer día expide auto autorizando o denegando la solicitud.

3. De acceder a la petición, dispone la entrega del bien consignado o, en su caso, del certificado de depósito que endosará en favor de la persona legitimada. En el expediente se conserva copia del certificado de depósito en cuyo reverso firmará el solicitante al momento de recibirlo.

4. La entidad o persona depositaria que haga la entrega de lo consignado, está en la obligación de verificar la identidad del solicitante y de exigir que firme recibo en el que conste su identificación y fecha de entrega.”

- ***El pago por consignación en lo relativo al Código de los Niños y Adolescentes.***

El relación con el Código de los Niños y Adolescentes, debemos señalar que, singularmente, el Capítulo III del Libro Primero se refiere a la Defensoría del Niño y del Adolescente<sup>(56)</sup>.

(56) El Capítulo al que hacemos referencia es el comprendido entre los artículos 45 a 50, del texto siguiente:

Precisa aquí destacar que la Fundación sueca Rädde Barnen (que en su idioma original significa "Ayudemos a los Niños"), adoptó la iniciativa para que las disposiciones referidas a esta materia no quedaran como "letra muerta", y organizó, a través de un convenio celebrado con el Ministerio de Justicia, la denominada Defensoría Municipal del Niño y del Adolescente (DEMUNA), en virtud del cual se solicitó la colaboración de los diferentes Concejos Distritales de Lima Metropolitana para llevar adelante este Proyecto.

Según la información de que disponemos, como parte de los servicios que brindan las Defensorías Municipales de los Niños y Adolescentes se efectúan las denominadas "consignaciones de alimentos". Dichas consignaciones se realizan en razón a lo prescrito por el literal c) del artículo 48 del referido Código.

---

**CODIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES**  
**LIBRO PRIMERO**  
**DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES**  
**CAPITULO III**  
**DE LA DEFENSORIA DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE**

**Artículo 45.-** "Definición Defensoría.- La Defensoría del Niño y el Adolescente es un servicio del Sistema de Atención Integral que funciona en los gobiernos locales y en las instituciones públicas y privadas cuya finalidad es resguardar los derechos que la legislación les reconoce."

**Artículo 46.-** "Instancia administrativa.- Esta Defensoría actuará en las instancias administrativas y en las instituciones públicas y privadas de atención a los niños y adolescentes."

**Artículo 47.-** "Integrantes.- La Defensoría estará integrada por profesionales de diversas disciplinas, con el apoyo de profesionales y egresados de las universidades públicas y privadas y de los colegios profesionales."

**Artículo 48.-** "Funciones específicas.- Sus funciones son:

- a) Conocer la situación de los niños y adolescentes que se encuentran en instituciones públicas o privadas.
- b) Intervenir cuando se encuentren en conflicto sus derechos para hacer prevalecer su interés superior.
- c) Promover el fortalecimiento de los lazos familiares, para lo cual podrá efectuar conciliaciones entre cónyuges, padres y familia-

Conforme a la misma información, la ayuda que -en general- se ha brindado a través de este servicio (que cubre ya más de treinta Municipios) ha sido enteramente positiva. Pero lo que deseamos rescatar es el tema referido a las denominadas "consignaciones de alimentos", que se efectúan en razón a lo previsto por la norma citada en el parágrafo anterior.

Este es, sin duda, uno de los mecanismos alternativos que contempla el precepto a fin de facilitar a las partes en conflicto (mas no en litigio) una solución armoniosa para sus problemas.

En las relaciones familiares ocurre, muy a menudo, que las pasiones ennegrecen a los cónyuges, concubinos o, en general, a cualquier pareja en conflicto con hijos fruto de esa unión, hasta llevarlos a niveles insospechados de violencia o intolerancia. Para ello es que justamente se ha creado este mecanismo alternativo a la vía judicial.

En múltiples ocasiones, en las diversas Defensorías Municipi-

---

res, fijando normas de comportamiento, alimentos y colocación familiar provisional, siempre que no existan procesos judiciales sobre estas materias.

- d) Promover el reconocimiento voluntario de filiaciones.
- e) Orientar programas de atención en beneficio de los niños y adolescentes que trabajan.
- f) Brindar orientación multidisciplinaria a la familia para prevenir situaciones críticas.
- g) Impulsar las acciones administrativas de los niños y adolescentes institucionalizados.
- h) Presentar denuncias ante las autoridades competentes por faltas y delitos en agravio de los niños y adolescentes e intervenir en su defensa."

**Artículo 49.-** "Organización e inscripción.- Las instituciones públicas y privadas de atención a los niños y adolescentes organizarán la Defensoría de acuerdo a los servicios que presten y solicitarán la inscripción de sus defensores en el Ente Rector."

**Artículo 50.-** "Régimen laboral.- Los defensores estarán sujetos al régimen laboral público o privado, de acuerdo al que esté en vigencia en la institución en la que prestan servicios."

pales del Niño y del Adolescente, se efectúan conciliaciones entre las parejas, relativas a las pensiones alimenticias para los hijos comunes.

Pero como frecuentemente los rencores o rencillas entre las ex-parejas (independientemente de cual sea su situación legal) continúan, el obligado acude a efectuar los pagos respectivos en esas dependencias, las mismas que otorgan el recibo correspondiente, con la indicación del destinatario a quien se entregará la suma de dinero. Luego, cuando la persona acreedora de alimentos concurre a recibir la suma depositada, ella le es entregada con la constancia de recepción correspondiente.

El referido procedimiento, sin duda, facilita la fluidez con que las pensiones alimentarias deben llegar a su destino.

Sin embargo, el mecanismo previsto carece, en la práctica, de coerción legal. Cuando el obligado a prestar alimentos conviene a ello por escrito, y luego incumple, sólo puede ejecutarse dicha obligación por las vías correspondientes previstas por el Código Procesal Civil.

En este sentido, tenemos conocimiento de que en 1994 se elaboró un Anteproyecto de Ley destinado a dar fuerza ejecutiva a este tipo de convenios, el mismo que lamentablemente no se ha cristalizado en norma legal.

#### - **PERSONAS CON DERECHO A EFECTUAR EL PAGO POR CONSIGNACION.**

Consideramos que, al ser el pago por consignación uno forzoso o compulsivo, al cual se ve obligado a recurrir el deudor o un tercero en determinadas circunstancias, debe regirse, en cuanto a las personas habilitadas para efectuarlo, por los principios del pago en general, vale decir, por lo previsto por el artículo 1222 del Código Civil, del texto siguiente:

**Artículo 1222.-** "Puede hacer el pago cualquier persona,

tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, sea con el asentimiento del deudor o sin él, salvo que el pacto o su naturaleza lo impidan.

Quien paga sin asentimiento del deudor, sólo puede exigir la restitución de aquello en que le hubiese sido útil el pago."

Para tal fin remitimos al lector a los comentarios que efectuamos con ocasión del análisis de esta norma<sup>(57)</sup>.

Sobre el tema, expresa Guillermo Ospina Fernández<sup>(58)</sup> que el pago de una obligación puede hacerse no solamente por el deudor, sino también por cualquier persona, esté o no interesada en el cumplimiento de la obligación, y aun contra la voluntad del deudor o del acreedor. En consecuencia, cualquier persona está legitimada para efectuar el pago por consignación, pero, claro está, si se dan los requisitos especiales para la validez del pago.

Respecto a los requisitos que debe tener la persona del deudor consignante, Cazeaux y Trigo Represas<sup>(59)</sup> consideran que se admite -en principio- que pueden consignar todas las personas que tengan algún interés jurídico en el cumplimiento de la obligación. Asimismo se acepta que un tercero pueda también consignar cuando no le fuere aceptado el pago de una deuda. Pero, sin embargo, la consignación hecha por un tercero debe serlo en el carácter de tal y sin pretender investir la calidad de deudor, ya que de lo contrario se le posibilitaría por la vía de la consignación, el aprovechamiento de un **status** jurídico que no le correspondía y que el acreedor habría podido rechazar con todo derecho, oponiéndose al pago directo.

Precisan Cazeaux y Trigo Represas que la mayoría de la

(57) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit. Primera Parte, Tomo IV, Páginas 248 a 291.

(58) OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Op. cit., Página 405.

(59) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Páginas 218 y 219.

doctrina argentina, enrolada en la tesis de que el pago es un acto jurídico, exige además que el consignante sea persona capaz, para poner al demandado a resguardo de cualquier eventual acción de nulidad o repetición. Ellos, en cambio, han considerado que el pago es por su naturaleza un hecho jurídico, y que por lo tanto es igualmente válido, pese a lo dispuesto en la ley, aunque el deudor sea incapaz. Pero esto no obsta a que coincidan con la mayoría de la doctrina, aunque por otros motivos, en la necesidad de que el consignante sea una persona capaz. Esto es así, por cuanto el llamado pago por consignación no es propiamente un "pago" **stricto sensu**, sino un procedimiento coactivo para el logro del interés del deudor en liberarse, el que se realiza a través de un trámite judicial, de un juicio. Y, siendo ello así, estiman que es claro que el pago por consignación requiere la realización de "actos procesales", que son actos jurídicos, pues como bien se ha señalado "cuando los hechos aparecen dominados por una voluntad jurídica idónea para crear, modificar o extinguir derechos procesales, se denominan actos procesales. Así, la presentación de la demanda, la notificación al demandado... son actos (jurídicos) procesales". Siendo los actos procesales actos jurídicos, se explica -según Cazeaux y Trigo Represas-, que se requiera la capacidad del consignante, capacidad procesal que coincide con la capacidad de hecho o de obrar que establece el Código Civil. Y por todo ello, con acierto, apunta Falzea, también recordado por Busso, que el incapaz no puede invocar su sola incapacidad para repetir lo pagado, pero el consignante incapaz podría invocar su incapacidad para retirar la suma depositada, lo cual, en el Derecho Argentino, está autorizado **in genere** por el artículo 761 de su Código Civil, salvo que el acreedor hubiera aceptado el depósito, perfeccionando así el pago. Si el consignante fuese un tercero, su capacidad resulta tanto más indispensable, atento que más que un pago, lo que el mismo realiza constituye una liberalidad.

En lo concerniente al sujeto pasivo, Cazeaux y Trigo Represas sostienen que la consignación debe efectuarse a nombre del acreedor a quien se procura imponer forzosamente la recepción del pago, siendo -en cambio- ineficaz una demanda por consignación seguida contra un tercero que no tenga calidad alguna para recibir el pago; y si se hubiese designado un **adjectus solutionis**

**gratia**, demás está decir que sería procedente la consignación intentada contra el mismo.

Por nuestra parte, y en lo referente a la capacidad relacionada con el tema del pago por consignación, debemos manifestar que somos de la opinión de que quien consigna deberá necesariamente tener capacidad de ejercicio, pues en caso contrario estaríamos frente a un pago inválido.

No obstante ello, precisamos aclarar que lo expresado nada tiene que ver con la circunstancia de que quien consigna sea o no el deudor de la obligación, pues como dijimos en su oportunidad, quien paga puede ser un tercero, y en la mayoría de estos supuestos el acreedor no podrá oponerse al pago, salvo en los casos en que tal oposición sea procedente.

Por lo demás, hacemos plenamente de aplicación al tema las consideraciones aducidas cuando tratamos acerca de la capacidad del acreedor para efectuar el pago -artículos 1222 y 1223 del Código Civil<sup>(60)</sup>.

Y, en lo que respecta al beneficiario de la consignación, consideramos que a esta materia también le son aplicables nuestros comentarios sobre la normatividad legal de los artículos 1224, 1227 y 1228 del Código Civil<sup>(61)</sup>.

#### - **MOMENTO EN QUE DEBE EFECTUARSE LA CONSIGNACION.**

En lo referente al momento en que debe efectuarse la con-

---

(60) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo IV, Páginas 243 a 317.

(61) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo IV, Páginas 319 a 344; 393 a 405; y 407 a 417, respectivamente.

signación, señalamos con Demolombe<sup>(62)</sup> que no habiendo determinado la ley ningún plazo entre las ofertas y la consignación, ésta -que es facultativa para el deudor- puede realizarla él mismo cuando lo juzgue conveniente: sea inmediatamente o después de las ofertas, o en un plazo más o menos largo, según su parecer. Pero anota que, dado que las ofertas reales sólo son liberadoras en tanto que están seguidas de una consignación, es de interés del deudor probar que sus ofertas reales son sinceras y que quiere estar libre para depositar lo antes posible.

Respecto al tiempo en que debe realizarse la consignación, Cazeaux y Trigo Represas<sup>(63)</sup> señalan que el pago por consignación debe ser hecho en tiempo propio, es decir, no ser ni prematuro (anticipado) ni tardío.

La consignación es prematura si se efectúa antes del vencimiento del plazo que, como es sabido, se presume establecido en interés de ambas partes. Así, en la Argentina se ha declarado extemporánea, por anticipada, la consignación efectuada en el mismo día que vencía la obligación, toda vez que el acreedor habría podido recibir el pago hasta las veinticuatro (24) horas de esa fecha, lo cual, a nuestro parecer, constituye una exageración.

A su vez se considera, en general, que es extemporánea la consignación realizada por un deudor incurso en mora. Pero esto es así, solamente, si lo que se pretende abonar es la obligación originaria, mas no si a la prestación debida se le suma el complemento de la reparación del daño moratorio, en cuyo supuesto el deudor puede pagar válidamente y hacer cesar su estado de mora, pudiendo, en consecuencia -por igual razón-, liberarse mediante consignación en caso de rechazo injustificado del pago por el acreedor.

Los profesores citados sostienen<sup>(64)</sup> que la reforma del artícu-

(62) DEMOLOMBE, C. Op. cit., Tomo XXVIII, Página 81.

(63) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 220.

(64) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Página 220.

lo 509 del Código Civil Argentino, introducida por el Decreto Ley N° 17.711/68, al sancionar la mora automática en las obligaciones con plazo expreso, ha puesto punto final a un debate que dividía a la jurisprudencia argentina, respecto de la validez de una consignación efectuada después de vencido el término fijado para el cumplimiento de la obligación, pero antes de haber sido constituido en mora el deudor mediante el pertinente requerimiento de pago. En la actualidad, agregan, vencido el plazo, la mora se opera automáticamente, lo cual excluye la posibilidad de tal planteamiento respecto de las obligaciones con plazo expreso. Añaden que, fuera de lo expuesto, la consignación también es tardía en los casos de plazo "esencial" o "perentorio", en los cuales, después de pasado el término previsto, el cumplimiento de la prestación carece ya de utilidad e interés para el acreedor, supuestos en los que el deudor ha perdido ya su derecho de pagar, sea por haber incurrido en caducidades o por haber operado la resolución en razón del no cumplimiento en el tiempo propio.

#### - EFECTOS PRACTICOS DEL PAGO POR CONSIGNACION.

Si queremos referirnos a los efectos prácticos de la consignación, éstos podrían reducirse a cuatro:

##### (a) **Coloca al acreedor bajo una compulsión legal.**

Sin duda la consignación tiene por efecto colocar al acreedor bajo una compulsión legal: acepta o no acepta la consignación realizada.

Los términos "compulsión legal" deben ser entendidos en el sentido de que el acreedor, luego de efectuada la consignación, se encuentra en una posición compulsiva, ya que el deudor ha recurrido a este medio extremo justamente para que dicho acreedor acepte o se oponga a la consignación efectuada. El acreedor no tiene otra alternativa.

(b) ***Detiene el devengamiento de los intereses.***

Sobre el tema, señalamos que de acuerdo con el parecer mayoritario de la doctrina, el pago por consignación suspende el curso de los intereses de carácter compensatorio que venían devengándose.

En lo que respecta a los intereses moratorios, debemos ser cuidadosos al abordar el tema, ya que tal como lo expresáramos al tratar sobre el pago de intereses, el deudor se encontrará obligado a dicho pago en el único y exclusivo supuesto de que haya incurrido en mora. En consecuencia, no es posible hablar del pago de intereses moratorios en la hipótesis de mora del acreedor, ni en el caso de un deudor no moroso.

Ahora bien, como el caso más frecuente en el pago por consignación es que el acreedor rehúse recibir el pago, de ser constituido en mora por el deudor se configuraría un supuesto de mora creditoria, en el que -según hemos señalado- no se generaría la obligación del deudor de pagar intereses moratorios.

(c) ***Coloca los riesgos de pérdida del bien depositado a cargo del acreedor.***

Sobre el tema de los riesgos del depósito, Héctor Lafaille<sup>(65)</sup> anota que el deudor queda exento desde un principio en cuanto a las responsabilidades que de tal consignación se derivan, las cuales pasan, por lo común, al establecimiento público encargado de la custodia.

Pero considera que los fondos o valores de que se trata continúan en el patrimonio del actor, quien puede, por lo tanto, disponer de ellos. Así, mientras el acreedor no hubiese

---

(65) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo IV, Volumen I, Páginas 351 y 352.

aceptado la consignación, o no hubiese recaído declaración judicial teniéndola por válida, podrá el deudor retirar la cantidad consignada. No obstante, entran en juego las reglas procesales relativas a la constitución del pleito, de manera que si el obligado resuelve recabar la devolución del depósito, no podrá eludir las consecuencias en cuanto a las costas y las demás que origina el desistimiento.

Agrega que en cualquiera de estas situaciones, la obligación renacerá con todos sus accesorios. Y precisa que no es jurídicamente exacto que el crédito y la deuda "renazcan", a pesar de lo anotado, pues para ello sería menester que se hubiesen extinguido, y es cabalmente lo que no se produce en el caso. La verdad es que, juzgándose la consignación como no producida, aquéllos subsisten en su plenitud, con todos sus accesorios y garantías, reales o personales.

Dictado el fallo, la situación es clara: si no se admite la demanda, el depósito queda a disposición del actor, el cual no extingue su deuda, pero continúa como dueño de los valores ofrecidos; si ocurre lo contrario, pertenece al acreedor, quien debe darse por satisfecho, sufriendo las consecuencias que la ley establece.

En lo personal, podemos señalar que el tema de la Teoría del Riesgo ya ha sido tratado por nosotros cuando estudiamos el artículo 1138 del Código Civil Peruano<sup>(66)</sup>.

Sin embargo, el Código Civil de 1984 no solamente regula el tema de la Teoría del Riesgo en relación con las obligaciones de dar bienes ciertos, sino que también lo hace cuando trata acerca del Contrato con Prestaciones Recíprocas (Título VI, de la Sección Primera, Contratos en General, Libro VII, Fuentes de las Obligaciones, artículos 1426 a 1433), en los numerales 1431, 1432 y 1433.

---

(66) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo II, Páginas 27 a 65.

Los artículos a los que hemos hecho referencia prescriben lo siguiente:

**Artículo 1431.-** “En los contratos con prestaciones recíprocas, si la prestación a cargo de una de las partes deviene imposible sin culpa de los contratantes, el contrato queda resuelto de pleno derecho. En este caso, el deudor liberado pierde el derecho a la contraprestación y debe restituir lo que ha recibido.

Empero, las partes pueden convenir en que el riesgo esté a cargo del acreedor.”

**Artículo 1432.-** “Si la prestación resulta imposible por culpa del deudor, el contrato queda resuelto de pleno derecho y éste no puede exigir la contraprestación y está sujeto a la indemnización de daños y perjuicios.

Cuando la imposibilidad sea imputable al acreedor, el contrato queda resuelto de pleno derecho. Sin embargo, dicho acreedor deberá satisfacer la contraprestación, correspondiéndole los derechos y acciones que hubieren quedado relativos a la prestación.”

**Artículo 1433.-** “Las reglas de los artículos 1431 y 1432 son aplicables cuando el incumplimiento de la prestación se hace parcialmente imposible, a menos que el acreedor manifieste al deudor su conformidad para el cumplimiento parcial, en cuyo caso debe efectuarse una reducción proporcional en la contraprestación debida.

El contrato se resuelve cuando no sea posible la reducción.”

Pero, por otra parte, en concordancia con lo dispuesto en los numerales citados y por el mencionado artículo 1138, el Código Civil Peruano también trata sobre el tema de la Transferencia del Riesgo en el Capítulo Sexto del Título I, Compra-venta, Sección Segunda, Contratos Nominados, del propio

Libro VII de Fuentes de las Obligaciones, en los numerales 1567, 1568, 1569 y 1570, del texto siguiente:

**Artículo 1567.-** “El riesgo de pérdida de bienes ciertos, no imputable a los contratantes, pasa al comprador en el momento de su entrega.”

**Artículo 1568.-** “En el caso del artículo 1567 el riesgo de pérdida pasa al comprador antes de la entrega de los bienes si, encontrándose a su disposición, no los recibe en el momento señalado en el contrato para la entrega.”

**Artículo 1569.-** “En el caso de compraventa de bienes por peso, número o medida, se aplicará el artículo 1568 si, encontrándose los bienes a su disposición, el comprador no concurre en el momento señalado en el contrato o determinado por el vendedor para pesarlos, contarlos o medirlos, siempre que se encuentren a su disposición.”

**Artículo 1570.-** “Si a pedido del comprador, el vendedor expide el bien a lugar distinto a aquél en que debía ser entregado, el riesgo de pérdida pasa al comprador a partir del momento de su expedición.”

Sobre el tema de la Teoría del Riesgo, debemos agregar que se relaciona -como es obvio- con el de la Transferencia del Riesgo, pues este último está referido a la forma en la que se transfieren los riesgos. Resulta evidente, por tanto, que precisã conocerse cómo opera la Teoría del Riesgo, para luego determinar cuándo y cómo se transfieren los riesgos.

En materia de pago por consignación ocurre algo muy especial, porque los riesgos se transfieren a partir del momento en que el acreedor es constituido en mora. Ello bastará para que opere la transferencia del riesgo, sin que el deudor requiera consignar lo debido. Pensamos pues que existe un doble procedimiento con un mismo objetivo, el que se logra-

ría -alternativamente- con cualquiera de las dos formas enunciadas.

Es claro, sobre la base de lo expuesto, que si el deudor procediese a efectuar la consignación de lo debido, se liberaría de los riesgos del caso, los mismos que pasarían al acreedor. Aquí dejaría de ser de aplicación el principio "**periculum est debitoris**" y entraría en juego el principio "**periculum est creditoris**".

Naturalmente, todos estos supuestos parten de la premisa de que el bien a entregar se pierda sin culpa de las partes (acreedor o deudor), pues si se perdiese por culpa del acreedor, éste no tendría derecho de exigir la prestación debida, pero estaría obligado a pagar el íntegro de su contraprestación; y si el bien se perdiera por culpa del deudor, éste no tendría derecho a recibir la contraprestación, si la hubiere, y además confrontaría el eventual pago de una indemnización de daños y perjuicios.

(d) **Extinción de la mora debitoria.**

Si con posterioridad a ser constituido en mora, el **solvens** formula a su acreedor un ofrecimiento real de pago, cabe preguntarse si tal oferta es suficiente para extinguir la mora debitoria<sup>(67)</sup>.

El tema -sin lugar a dudas- se presta a discusión.

Un sector de la doctrina participa de la tesis negativa, afir-

(67) Anota Wayar (WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Página 67.) que la mora del deudor es la "situación anormal de retraso en el cumplimiento por la que atraviesa una relación de obligación exigible, cuando por una causa imputable, el deudor no satisface oportunamente la expectativa del acreedor, o éste rehúsa las ofertas reales que se formulan, y que subsiste mientras la ejecución de la específica prestación, aunque tardía, sea posible y útil."

mando que las ofertas de pago no tienen la virtualidad de purgar la mora del deudor.

Por nuestra parte, consideramos que el pago por consignación podría poner fin a la situación de mora del deudor. Sin embargo, precisamos que una situación como la descrita sería de naturaleza excepcional, ya que usualmente, si el deudor ha ofrecido el pago (presupuesto indispensable para que luego pueda consignar), éste no se encontraría en mora.

No obstante ello, si un deudor, después de constituido en mora, decide cumplir, y con tal fin se dirige al acreedor ofreciendo el pago -en el entendido de que este ofrecimiento reúna las características de identidad e integridad y además considere el monto de los intereses y otros gastos-, tal ofrecimiento podría purgar la mora debitoria.

Nos explicamos.

Cierta doctrina y alguna jurisprudencia sostiene -con razón- que el deudor constituido en mora queda privado del derecho a realizar ofertas y obtener su liberación coactiva. Lo contrario significaría reconocer al deudor el derecho de pagar tardíamente.

Sin embargo, podría ocurrir que la prestación adeudada aún sea posible y que además resulte de utilidad para el acreedor.

A nuestro entender, la persona con capacidad para determinar si la prestación todavía le resulta útil o no, será el acreedor de la obligación.

De allí que deba dejarse a salvo el derecho del acreedor de aceptar o rechazar el ofrecimiento tardío del pago, por el deudor moroso. Consecuentemente, si desde la fecha de constitución en mora hasta el momento en el cual el deudor manifiesta su voluntad de pago, la prestación, lejos de ser necesaria, resulta inútil o perjudicial para el acreedor, éste

podrá válidamente negarse a aceptar el pago, siendo improcedente, por tanto, la consignación.

Por su parte, Wayar<sup>(68)</sup> considera que la mora es una situación esencialmente dinámica, ya que tiende a cesar o extinguirse. Así, entre los medios por los cuales la mora del deudor termina, se cuenta la consignación; pues, en efecto, si el pago directo no puede tener lugar por alguna de las causales previstas por la ley, le cabe al deudor, como es sabido, la posibilidad de consignar judicialmente la integridad de la prestación que adeuda. Si la consignación no es impugnada por el acreedor o es declarada válida por sentencia firme, producirá los efectos del verdadero pago, aniquilando de ese modo, por derivación lógica, los efectos de la mora en que pudo incurrir el deudor. Wayar destaca que la consignación sólo será válida o admisible cuando comprenda no sólo la prestación originaria, sino también las accesorias derivadas de la mora.

Por otra parte, se ha dicho que otro de los efectos del pago por consignación es constituir en mora al acreedor.

Dentro del régimen legal peruano, el acreedor incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la prestación que se adeuda.

Es claro que siendo uno de los requisitos para que opere el pago por consignación, la negativa del acreedor a recibirlo, pueda entenderse que la consignación constituye uno de los supuestos de la mora creditoria.

En este sentido, anota Wayar<sup>(69)</sup> que del inmenso número de obligaciones que diariamente genera la vida de relación, sólo

(68) WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Página 67.

(69) WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Páginas 69 y 70.

un número reducido de ellas son resueltas en los estrados judiciales; y es porque el cumplimiento de las obligaciones se verifica casi siempre con normalidad. No es común que el deudor encuentre obstáculos para efectuar un pago voluntario y espontáneo. Al contrario, sí es común que el acreedor espere confiado el cumplimiento y se vea frustrado por su deudor. Este fenómeno da lugar al estudio de la teoría del incumplimiento y de la mora debitoria; en tanto el otro fenómeno -menos común- por el cual el deudor se ve imposibilitado o frustrado en su pretensión de pagar y de liberarse, da lugar al estudio del pago por consignación y al examen de la mora creditoria.

#### - **Análisis del nuevo texto del artículo 1251.**

Antes de finalizar el análisis del precepto bajo comentario, debemos precisar que el nuevo Código Procesal Civil, vigente desde el 28 de julio de 1993, ha modificado todos los artículos relativos al pago por consignación que recogía el Código Civil de 1984. Dicho Código corresponde al Texto Unico Ordenado que publicó el Diario Oficial "El Peruano" el 22 de abril de 1993, y que fue aprobado por R.M. N° 010-93-JUS, Decreto Legislativo N° 767, Decreto Legislativo N° 768, Decreto Ley N° 25869 y Decreto Ley N° 25940.

En tal sentido, el texto del artículo 1251 ha quedado con la siguiente redacción:

**Artículo 1251.-** *"El deudor queda libre de su obligación si consigna la prestación debida y concurren los siguientes requisitos:*

1. *Que el deudor haya ofrecido al acreedor el pago de la prestación debida, o la hubiera puesto a su disposición de la manera pactada en el título de la obligación.*
2. *Que, respecto del acreedor, concurren los supuestos del artículo 1338 o injustificadamente se haya negado a recibir el*

*pago. Se entiende que hay negativa tácita en los casos de respuestas evasivas, de inconcurrencia al lugar pactado en el día y hora señalados para el cumplimiento, cuando se rehúse a entregar recibo o conductas análogas."*

En nuestra opinión el Código Procesal Civil no debió modificar, salvo en lo que resultara indispensable o incompatible con su propio texto, las disposiciones del Código Civil de 1984.

Nuestra apreciación tiene como fundamento el hecho de que el nuevo Código ha trastocado injustificadamente el sentido original de los preceptos del Código sustantivo, a los ocho años y meses de vigencia, sin que sus preceptos hubieran sido objeto de un estudio a profundidad -ni tampoco de manera superficial- por la doctrina. La jurisprudencia de los tribunales de justicia de la República tampoco era adversa al texto original de los artículos del Código Civil de 1984 referidos al pago por consignación.

En otras palabras, no existía razón alguna para variar, mediante una ley de procedimientos, el tema sustantivo del pago por consignación.

Somos -y lo manifestamos desde el inicio de esta obra<sup>(70)</sup> - contrarios a reformas inconsultas, improvisadas y sucesivas de nuestra legislación civil, pues lo único que acarrearán, usualmente, son problemas en la aplicación e interpretación de sus preceptos, al quebrar la armonía que inspira a todo cuerpo legal.

La reforma legislativa -sobre todo en materia civil-, más que un ejercicio académico debe constituir un trabajo serio y concienzudo, que garantice idoneidad y estabilidad jurídica. Las improvisaciones de laboratorio son las más de las veces funestas.

Pero, producida la reforma, nos corresponde comentarla.

---

(70) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo I, Páginas 69 y 70.

El texto original del artículo 1251 del Código Civil era, sin vacilación alguna, mucho más técnico que el derivado de la reforma introducida por el Código Procesal Civil de 1993.

Esto, por varias razones.

- (a) En primer lugar, el precepto primigenio no efectuaba una enumeración taxativa de los requisitos para que procediera la consignación. Ello daba lugar a que el tema tuviese la amplitud necesaria de interpretación doctrinaria y jurisprudencial.
- (b) Por otra parte, no nos parece adecuado haber introducido en el inciso 2 del numeral que comentamos el tema de la constitución en mora del acreedor, pues ambos conceptos, éste y el del pago por consignación, son de naturaleza diversa, no obstante tener puntos de referencia y aplicación práctica comunes.
- (c) En el propio inciso 2 del artículo 1251, cuando se efectúa una enumeración de los diversos supuestos en los cuales se entiende que hay negativa injustificada del acreedor a recibir el pago por parte del deudor, el Código Procesal Civil ha errado al efectuar tal enumeración, porque ella es incompleta, ya que faltan múltiples hipótesis que, para efectos de la interpretación del inciso 2, tendrían que incorporarse en la denominación final de "conductas análogas".
- (d) Existe flagrante contradicción entre el texto del nuevo artículo 1251 y el artículo 1254 acerca del momento en el cual el deudor se libera.

El artículo 1251 señala que tal situación se produce con la consignación, mientras que el artículo 1254 establece que el deudor se libera cuando la oposición del acreedor es desestimada por resolución con autoridad de cosa juzgada, o cuando el deudor no se opone al ofrecimiento, en ambos casos con efecto retroactivo a la fecha de dicho ofrecimiento.

– **Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1251.**

**Artículo 1251.**- “Si el acreedor a quien se hace el ofrecimiento de pago se niega a admitirlo, el deudor queda libre de responsabilidad si consigna la prestación debida. Es necesario, en este caso, que el ofrecimiento se haya efectuado concurriendo las circunstancias requeridas para hacer válidamente el pago.”

Procede también la consignación en los casos en que el deudor no puede hacer un pago válido.”

– **Fundamento.**

Consideramos mucho más idóneo el texto original del artículo 1251, que aquel que lo sustituyó en virtud del Código Procesal Civil de 1993. Ello, por las imperfecciones y deficiencias anotadas al analizar la norma.

– **Jurisprudencia peruana del artículo 1251.**

Están vinculadas al artículo 1251 del Código Civil, las siguientes Ejecutorias Supremas:

- I.- “El deudor puede consignar el pago de todo o de parte de la deuda, si se resiste el acreedor a recibirla: queda desde entonces extinguida la obligación, en todo o en parte, según la cantidad consignada.” Ejecutoria del 30 de abril de 1901, Calle, “Vistas Fiscales”, Tomo III, Página 21. (Artículos 1258 del Código Civil de 1936 y 1251 del Código Civil de 1984).
- II.- “Para que produzca efecto la consignación, o sea para extinguir la obligación, ella debe comprender el capital y los intereses adeudados.” Anales Judiciales, 1905, Página 315. (Artículos 1259 del Código Civil de 1936 y 1252 del Código Civil de 1984).

III.- “Toda consignación, para que produzca efectos legales, debe hacerse judicialmente, tanto porque la ley se refiere expresamente al juez como la autoridad ante quien debe practicarse, como porque es la única manera de que se haga con citación.” Ejecutoria del 4 de septiembre de 1926. Anales Judiciales, Página 55. (Artículos 1259 del Código Civil de 1936 y 1252 del Código Civil de 1984).

IV.- “La consignación sólo produce efectos legales desde que se cita al acreedor.” Ejecutoria del 23 de marzo de 1927. Anales Judiciales, Página 10. (Artículos 1259 del Código Civil de 1936 y 1252 del Código Civil de 1984).

V.- “La consignación de parte de la deuda, hecha por un tercero, no surte efecto contra el acreedor, si no se ha formalizado como lo preceptúa la ley.” Ejecutoria del 28 de noviembre de 1934. Revista de los Tribunales, Página 387. (Artículos 1259 del Código Civil de 1936 y 1252 del Código Civil de 1984).

VI.- “Es improcedente la acción ejecutiva de arrendamientos cuando el ejecutado ha consignado oportunamente los mismos. No puede resolverse en la sentencia la cuestión del pago de los arrendamientos devengados no comprendidos en el auto de pago.” Ejecutoria del 16 de junio de 1948. Revista de Jurisprudencia Peruana, Números 62 y 63, 1949, Página 202. (Artículos 1260 del Código Civil de 1936 y 1253 del Código Civil de 1984).

VII.- “En la demanda de desahucio por falta de pago, interpuesta al amparo del artículo 1529, inciso 5, del Código Civil, carecen de valor legal las consignaciones hechas ante el Juez de Paz y que por su cuantía debieron hacerse ante Juez de Primera Instancia.” Ejecutoria del 21 de julio de 1950. “El Peruano”, Número 7750, 2 de marzo de 1967. (Artículos 1258 del Código Civil de 1936 y 1251 del Código Civil de 1984).

VIII.- “Para que la consignación de los alquileres produzca los

efectos del pago, debe hacerse a favor del propietario con quien se celebró el contrato de arrendamiento y no de terceras personas, porque de otro modo procede la acción de desahucio." Ejecutoria del 29 de noviembre de 1950. "El Peruano", Número 3058, Cuarto Trimestre de 1950. (Artículos 1259 del Código Civil de 1936 y 1252 del Código Civil de 1984).

- IX.- "No es suficiente la interposición de la demanda para constituir en mora al obligado al pago de la merced conductiva, sino la citación con la misma.

Consignado el monto de la merced conductiva adeudada antes de la citación con la demanda, la acción de desahucio es infundada." Ejecutoria del 27 de abril de 1951. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 87, 1951, Página 402. (Artículos 1259 del Código Civil de 1936 y 1252 y 1333 del Código Civil de 1984).

- X.- "Si se tiene en cuenta la indivisibilidad de la hipoteca y que la escritura pública en que se ha constituido contiene dos obligaciones a cargo de la misma persona, no es lícito que el deudor pretenda cancelar parcialmente dichas obligaciones, sin el consentimiento del acreedor.

Para que la consignación en pago surta efectos liberatorios deberá depositarse el dinero en la Caja de Depósitos y Consignaciones, de acuerdo con la ley.

El pago es indivisible y sólo habrá de entenderse que se ha pagado cuando se ha cumplido en su totalidad la prestación en que la obligación consiste (artículo 1234 del Código Civil).

Para que el propietario deudor entre nuevamente en posesión de un bien dado en anticresis no debe utilizar la vía ejecutiva, sino la acción reivindicatoria, o la de desahucio por ocupación precaria." Ejecutoria del 20 de junio de 1951. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 92, 1951, Página

1025. (Artículos 1234 y 1259 del Código Civil de 1936 y 1220 y 1252 del Código Civil de 1984).

- XI.- "La consignación no tiene otro efecto jurídico que el de impedir la mora del consignante. En el incidente de consignación no procede discutir el monto de lo que debe pagar el deudor, ni cuestiones referentes al contrato que motiva la consignación." Revista de Jurisprudencia Peruana, 1960, Página 183. (Artículos 1258 del Código Civil de 1936 y 1251 del Código Civil de 1984).

- XII.- "La consignación judicial de la merced conductiva sólo tiene como efecto el de impedir la mora del arrendatario, no pudiendo discutirse en ese procedimiento el mejor derecho a percibirla." Ejecutoria del 10 de octubre de 1961. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 218, 1962, Página 332. (Artículos 1254 y 1258 del Código Civil de 1936 y 1251 y 1333 del Código Civil de 1984).

- XIII.- "El emplazamiento de nuevos demandados importa variación sustancial de la demanda.

La consignación de la renta antes de que todos los obligados estén notificados con la demanda, hace desaparecer la mora alegada como fundamento de la acción incoada." Ejecutoria del 11 de noviembre de 1963. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 238, 1963, Página 1501. (Artículos 1258 del Código Civil de 1936 y 1251 del Código Civil de 1984).

- XIV.- "Tiene plena validez jurídica una consignación por alquileres, aun cuando el Secretario verificó la notificación en diferente domicilio al señalado en autos." Ejecutoria del 31 de julio de 1964. "El Peruano", Número 7277, 14 de agosto de 1965. (Artículos 1259 del Código Civil de 1936 y 1252 del Código Civil de 1984).

- XV.- "El contrato de arrendamiento en el que se estipula el aumento progresivo de la renta tiene validez y no puede

invocarse contra él el hecho de haberse continuado girando recibos por la primitiva renta, si se alega haberse cobrado la mayor renta con otro recibo.

Las consignaciones diminutas no tienen efectos cancelatorios." Ejecutoria del 13 de octubre de 1966. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 277, 1967, Página 201. (Artículos 1234 y 1258 del Código Civil de 1936 y 1220 y 1251 del Código Civil de 1984).

XVI.- "Las consignaciones diminutas no pueden dar a entender efectuado el pago ni surtir los efectos del mismo, aun en el caso que no hubiesen sido impugnadas." Ejecutoria del 2 de marzo de 1973. "El Peruano", Número 9623, 8 de mayo de 1973. (Artículos 1258 del Código Civil de 1936 y 1251 del Código Civil de 1984).

XVII.- "La impugnación a la consignación de pagos que se efectúan en períodos sucesivos, como en el contrato de locación-conducción, debe tramitarse como incidente." Ejecutoria del 7 de agosto de 1973. Normas Legales, Número 69, 1973, Página 479. (Artículos 1258 del Código Civil de 1936 y 1251 del Código Civil de 1984).

XVIII.- "La consignación menor de la adeudada por el inquilino por concepto de merced conductiva, no evita el estado de mora. Efectuada la consignación por dos meses de renta, no procede imputarla al pago de una mensualidad que importa mayor cantidad." Revista de Jurisprudencia Peruana, 1978, Páginas 390 y 975. (Artículos 1258 del Código Civil de 1936 y 1251 del Código Civil de 1984).

XIX.- "La impugnación deducida contra una consignación no se tramita en la vía sumaria. Para ello se requiere de una demanda en forma." Ejecutoria del 10 de abril de 1978. Normas Legales, Número 93, 1978, Página 462. (Artículos 1258 y 1260 del Código Civil de 1936, 1251 y 1253 del Código Civil de 1984 y 1254 del Código Procesal Civil).

XX.- "Las consignaciones hechas a persona distinta al acreedor, no surten sus efectos, lo que no se salva con la indicación posterior de que dichas consignaciones se entiendan con el acreedor." Ejecutoria del 7 de septiembre de 1979. Normas Legales, Número 98, 1979, Página 342. (Artículos 1238 y 1259 del Código Civil de 1936 y 1224 y 1252 del Código Civil de 1984).

XXI.- "Es infundada la demanda cuando el demandante que tuvo conocimiento del precio de venta, no lo consignó, ni tampoco el importe de los gastos notariales, conforme lo disponen los incisos segundo y sexto del artículo 977 del Código de Procedimientos Civiles." Ejecutoria del 10 de junio de 1985. "El Peruano", Número 1400, 14 de octubre de 1985. (Artículos 1259 del Código Civil de 1936 y 1252 del Código Civil de 1984).

XXII.- "El pago en consignación tiene eficacia desde que se notifica al consignatorio y no desde la fecha de la interposición de la demanda incidental de pago en consignación, por cuanto como dice el artículo 1252 del Código Civil la consignación debe efectuarse con citación del acreedor." Ejecutoria del 21 de marzo de 1990. "El Peruano", Número 15972, 6 de marzo de 1991. (Artículos 1259 del Código Civil de 1936 y 1252 del Código Civil de 1984).

#### - **Concordancias nacionales.**

Mora del acreedor, artículo 1338 del Código Civil / Consignación del bien arrendado, artículo 1706 del Código Civil / Consignación del bien dado en comodato, artículo 1747 del Código Civil / Consignación del bien depositado, artículo 1833 del Código Civil / Ejecución anticipada, artículo 566 del Código Procesal Civil / Ofrecimiento de pago y consignación, artículos 802 y siguientes del Código Procesal Civil / Limitación de responsabilidad en la transformación, artículo 350 de la Ley General de Sociedades / División del haber social, artículo 378 de la Ley General de Sociedades / Reparto del haber social existente, artículo 382 de la Ley General de Sociedades.

#### - OFRECIMIENTO JUDICIAL Y EXTRAJUDICIAL.

A su entrada en vigencia, en 1984, el texto del artículo 1252 del Código Civil era el siguiente:

**Artículo 1252.-** *“La consignación debe efectuarse con citación del acreedor, en la persona que la ley o el juez designen, extendiéndose acta de todas las circunstancias del depósito.*

*Los depósitos de dinero y valores se hacen en el Banco de la Nación. El dinero consignado devenga la tasa del interés legal.”*

#### - Fuentes nacionales del artículo 1252.

Dentro de la legislación colonial, y en lo referente a los requisitos para la eficacia de la consignación, podemos hacer mención de la *Ley de las Siete Partidas*, Ley 8, Título XIV, Partida Quinta: **“Deue poner aquellos marauedis señalados en fieltad de algund ome bueno, o en la Sacristania de alguna Iglesia.”**

El artículo 1252 del Código Civil Peruano de 1984 no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*.

El *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*, regulaba el tema en el numeral 853:

“Para la validez de la consignación se necesita: 1° que haya sido precedida de una notificación al acreedor, con el señalamiento del día, hora y lugar donde la cosa va a depositarse. 2° que el deudor al poner la cosa en el depósito designado para la consignación, se enajene de ella juntamente con los intereses corridos hasta el día del depósito. 3° que se haya formado una sumaria dirigida por el juez competente, de la naturaleza de las especies ofrecidas, de la repulsa del acreedor, de su no comparecencia, y en fin del depósito. 4° que en el caso de no comparecer el acreedor, se le notifique venga a sacar la cosa ofrecida.”; en tanto que el *Código Civil de 1852*, lo hacía en el artículo 2232: “Para que el deudor tenga derecho de consignar el pago, es necesario que el ofrecimiento se haya hecho, concurriendo todas las condiciones que, en cuanto a las personas, cosa, lugar, tiempo y modo, se requieren para hacer válidamente el pago.- La consignación debe verificarse con citación del acreedor, en la persona que el juez designe, extendiéndose una acta de todas las circunstancias del depósito.”; y el *Proyecto de Código Civil de 1890*, en el artículo 2917: “La consignación debe verificarse con citación del acreedor conocido que se encuentra en el lugar del pago o en la persona que el juez designe y extendiéndose acta de todas las circunstancias del depósito. Si el acreedor no es conocido, o está ausente, se debe citar a sus representantes legales; y si éstos se hallan también ausentes, o son desconocidos, se notifica al acreedor por medio de carteles, y donde haya periódicos por medio de los que designe el Juez, y mediante el tiempo que él mismo señale.”

Por su parte, el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, trataba la materia en su artículo 226: “Para que el deudor tenga derecho de consignar el pago, en el primer caso del artículo anterior, es necesario que el ofrecimiento se haya hecho, concurriendo todas las condiciones que, en cuanto a las personas, cosa, lugar, tiempo y modo se requieren para hacer válidamente el pago.- La consignación debe verificarse en todo caso con citación del acreedor, en la persona que el juez designe, extendiéndose un acta de todas las circunstancias del depósito.- Los depósitos judiciales en dinero y valores mobiliarios, se harán en la Caja de Depósitos y Consignaciones, y a falta de ésta, en la de los representantes designados

por la misma Caja, de acuerdo con la ley que organiza esta institución.”; en tanto que el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, lo hacía en el artículo 216: “Para que el deudor tenga derecho de consignar el pago, en el primer caso del artículo anterior, es necesario que el ofrecimiento se haya hecho concurriendo todas las condiciones que, en cuanto a las personas, cosa, lugar, tiempo y modo se requieren para hacer válidamente el pago.- La consignación debe verificarse en todo caso con citación del acreedor, en la persona que el juez designe, extendiéndose un acta de todas las circunstancias del depósito.- Los depósitos judiciales en dinero y valores mobiliarios, se harán en la Caja de Depósitos y Consignaciones, y a falta de ésta, en la de los representantes designados por la misma Caja, de acuerdo con la ley que organiza esta institución.”; y en el artículo 304: “El interés legal del dinero, para los casos en que no haya convenio expreso, es el de seis por ciento al año.”; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, en los numerales 1250: “La consignación debe verificarse con citación del acreedor, en la persona que el juez designe, extendiéndose acta de todas las circunstancias del depósito.- Los depósitos judiciales de dinero y valores, se harán en la Caja de Depósitos y Consignaciones.”; y 1314: “El interés legal del dinero para los casos en que no haya convenio expreso es el de seis por ciento al año.”; y el *Código Civil de 1936*, en los artículos 1259: “La consignación debe verificarse con citación del acreedor, en la persona que el juez designe, extendiéndose acta de todas las circunstancias del depósito.- Los depósitos judiciales de dinero y valores, se harán en la Caja de Depósitos y Consignaciones.”; y 1325: “El interés legal del dinero para los casos en que no haya convenio expreso es el de cinco por ciento al año.”. El texto de este último precepto fue posteriormente modificado por la Ley N° 23413, habiendo quedado, hasta la derogatoria del Código, el 14 de noviembre de 1984, con la redacción siguiente: “El interés legal del dinero para los casos en que no haya convenio expreso será fijado periódicamente por el Banco Central de Reserva del Perú.- Las consignaciones judiciales y administrativas que se efectúen en el Banco de la Nación devengarán el mismo interés legal a favor de quien las retira.”

Durante el proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, contemplaba el tema en su artículo 109: "La consignación deberá verificarse con citación del acreedor, en la persona que el juez designe, extendiéndose acta de todas las circunstancias del depósito.- Los depósitos judiciales de dinero y valores, se harán en el Banco de la Nación."; en tanto que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hacía en el numeral 109: "La consignación deberá verificarse con citación del acreedor, en la persona que el juez designe, extendiéndose acta de todas las circunstancias del depósito.- Los depósitos judiciales de dinero y valores, se harán en el Banco de la Nación."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, en el artículo 1272: "La consignación deberá verificarse con citación del acreedor, en la persona que el juez designe, extendiéndose acta de todas las circunstancias del depósito.- Los depósitos judiciales de dinero y valores, se harán en el Banco de la Nación."; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, en el artículo 1219: "La consignación debe efectuarse con citación del acreedor, en la persona que la ley o el juez designen, extendiéndose acta de todas las circunstancias del depósito.- Los depósitos de dinero y valores se hacen en el Banco de la Nación. El dinero consignado devenga la tasa del interés legal."

– **Fuentes y concordancias extranjeras.**

Coinciden con el artículo 1252 del Código Civil Peruano de 1984, entre otros, los Códigos Civiles Costarricense de 1888 (artículo 797, primera parte), Paraguay de 1987 (artículo 584, en sus literales b), c) y d) -similar al segundo párrafo del artículo 1252 Peruano-), Español (artículo 1176, segundo párrafo -similar al segundo párrafo del artículo 1252 Peruano-), Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 333, incisos III, IV y V -similar al segundo párrafo del artículo 1252 Peruano-), Brasileño (artículo 973, incisos III, IV y V -similar al segundo párrafo del artículo 1252 Peruano-), Código Civil Guatemalteco (numerales 2, 3, 4 y 8, concordantes con el segundo párrafo del artículo 1252 Perua-

no) y Argentino (artículo 757: La consignación puede tener lugar: 5º Cuando la deuda fuese embargada o retenida en poder del deudor, y éste quisiera exonerarse del depósito; 7º Cuando el deudor del precio de inmuebles adquiridos por él, quisiera redimir las hipotecas con que se hallasen gravados).

El Código Civil Mexicano (artículo 2099) establece que si el acreedor fuere conocido, pero dudosos sus derechos, podrá el deudor depositar la cosa debida con citación del interesado, a fin de que se justifiquen sus derechos por los medios legales. Por su parte, el Proyecto de Código Civil Colombiano (artículos 579 y 580) dispone que la consignación debe estar precedida de oferta de la prestación. Para que la oferta sea válida se requiere: 1º que se haga al acreedor o a su representante; y a falta de uno u otro al curador que le hubiere nombrado el juez; 2º que comprenda la totalidad de la prestación, junto con sus intereses, frutos y accesorios; 3º que el término se encuentre vencido o cumplida la condición de la que dependía el nacimiento de la obligación; y 4º que se haga por escrito ante el juez competente y se corra traslado del mismo al acreedor o su representante. Decretada la consignación en la forma prescrita por el Código de Procedimiento Civil, se extingue la obligación junto con sus seguridades personales y reales; y para que el pago por consignación sea válido se requiere: 1º que se consigne en un banco del lugar donde debe cumplirse la obligación debida; 2º que la consignación se haga antes que el acreedor haya presentado demanda judicial; y 3º que dé aviso al acreedor por correo certificado dentro de los cinco días siguientes a la consignación. El Código Francés (artículo 1258) prescribe que para que sean válidos los ofrecimientos reales hace falta: 1º que sean hechos al acreedor que tenga capacidad para recibirlos, o al que tenga poder para recibir por él; 2º que sean hechos por persona capaz de pagar; 3º que sean de la totalidad de la suma exigible, de las rentas o intereses debidos, de los gastos liquidados y de una suma por los gastos no liquidados, salvo completarla; 4º que haya vencido el término si está estipulado a favor del acreedor; 5º que se haya cumplido la condición con la cual se contrajo la deuda; 6º que los ofrecimientos se hagan en el lugar donde se convino el pago; y que, si no hay convención especial sobre el lugar del pago, se hagan o a la persona del acreedor o

en su domicilio, o en el domicilio elegido para el cumplimiento de la convención; y 7° que los ofrecimientos se hagan por un funcionario ministerial que tenga carácter para esta clase de actos. Y el Código Civil Hondureño de 1906 (artículos 1455 y 1456) establece que para que la consignación de la cosa debida libere al obligado, deberá ser previamente anunciada a las personas interesadas en el cumplimiento de la obligación. La consignación será ineficaz si no se ajusta estrictamente a las disposiciones que regulan el pago; y agrega que la consignación se hará depositando las cosas debidas a disposición de la autoridad judicial, ante quien se acreditará el ofrecimiento, en su caso, y el anuncio de la consignación, en los demás. Hecha la consignación, deberá notificarse también a los interesados.

A su turno, el Código Etíope, en su artículo 1780, señala que el derecho a la consignación alcanza igualmente al deudor cuando el acreedor es incierto o desconocido, o cuando la prestación debida no puede ser ofrecida al acreedor.

Por su parte, el Código Suizo (artículo 96) prevé que el deudor está autorizado a consignar o a separarse del contrato, como en el caso de la mora del acreedor, si la prestación debida no puede ser ofrecida ni a éste último ni a su representante por una causa personal del acreedor o si hay incertidumbre sobre su persona, sin culpa del deudor.

El Código de la República de China de 1930 (artículo 327) dispone que la consignación debe efectuarse en el lugar del pago; en su defecto, el Tribunal señalará el lugar de la consignación o de un depositario; agrega que quien consigna debe avisar al acreedor; y que si lo hace tardíamente y le ocasiona un perjuicio, el deudor se halla obligado a indemnizarlo, salvo que pruebe la imposibilidad de haberle avisado.

De otro lado, debe mencionarse que el Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 193) prescribe que no es necesario para la validez de la consignación, que ésta sea autorizada por el Juez, siendo suficiente: 1) Que provenga de una suma significativa para el acreedor, indicándose el día,

la hora y el lugar donde será depositada.- 2) Que el deudor deposite lo ofrecido en un depósito autorizado por ley para recibir las consignaciones con los intereses hasta el día del depósito.- 3) Que haya existido proceso oral acerca de la naturaleza de las especies ofrecidas y del rechazo que el acreedor hizo de la entrega, de su comparecencia o del depósito.- 4) Que en caso de comparecencia del acreedor, el proceso verbal de depósito le haya significado el retiro de la cosa depositada.

En este mismo sentido legislan el Código Venezolano de 1942 (artículo 1308) y el Código Venezolano de 1880 (artículo 1208), al establecer que para la validez del depósito no es necesario que sea autorizado por el juez; basta para ello: 1° Que lo haya precedido un requerimiento hecho al acreedor, que contenga la indicación del día, hora y lugar en que la cosa ofrecida se depositará.- 2° Que el deudor se haya desprendido de la posesión de la cosa ofrecida, consignándola, con los intereses corridos hasta el día del depósito, en el lugar indicado por la ley para recibir tales depósitos.- 3° Que se levante un acta, por el juez, en la cual se indique la especie de las cosas ofrecidas, la no aceptación por parte del acreedor o su no comparecencia, y en fin, el depósito.- 4° Que cuando el acreedor no haya comparecido, se le notifique el acto del depósito, con la intimación de tomar la cosa depositada.

Por otra parte, tanto el Código Venezolano de 1942 (artículo 1307), como el Código Venezolano de 1880 (artículo 1207), el Código Chileno (artículo 1600) y el Código Ecuatoriano (artículo 1643), disponen que para que el ofrecimiento real sea válido, es necesario: 1° Que se haga al acreedor que es capaz de exigir, o a aquél que tenga facultad de recibir por él.- 2° Que se haga por persona capaz de pagar.- 3° Que comprenda la suma íntegra u otra cosa debida, los frutos y los intereses debidos, los gastos líquidos y una cantidad para los gastos ilíquidos, con la reserva por cualquier suplemento.- 4° Que el plazo esté vencido si se ha estipulado en favor del acreedor.- 5° Que se haya cumplido la condición bajo la cual se haya contraído la deuda.- 6° Que el ofrecimiento se haga en el lugar convenido para el pago, y cuando no haya convención especial respecto del lugar del pago, que se

haga a la persona del acreedor, o en su domicilio, o en el escogido para la ejecución del contrato.- 7º Que el ofrecimiento se haga por ministerio del juez.

El Código Civil Uruguayo (artículo 1483) señala que no se requiere para la validez de la consignación que haya sido autorizada por juez competente; basta: 1º Que haya sido precedida de intimación hecha al acreedor con especificación del día, hora y lugar en que se consignará o depositará el dinero.- 2º Que el deudor se haya desprendido de la suma oblada, entregando en el lugar señalado por la ley para recibir las consignaciones con los intereses hasta el día de la oblación legítima. En caso de no haber lugar señalado para recibir las consignaciones, se hará en poder de un vecino de probidad y arraigo, designado por el juez de paz en el domicilio del acreedor.- 3º Que se haya levantado un acta ante el juez de paz respectivo, de la naturaleza de las especies obladas, de la negativa del acreedor a recibirlas o de su no comparecencia y el fin de la consignación o depósito.- 4º Que en caso de no comparecencia del acreedor, se le haga saber el acta, intimándole que se haga cargo de la suma consignada.- El juez de paz dará un testimonio de lo actuado al deudor, si lo pidiere.

El Código Chileno (artículo 1601) establece que si el acreedor o su representante se niega a recibir la cosa ofrecida, el deudor podrá consignarla en la cuenta bancaria del tribunal competente o en la Tesorería Comunal, o en un banco o una Oficina de la Caja Nacional de Ahorros, de la Caja de Crédito Agrario, feria, martillo o almacén general de depósito del lugar en que deba hacerse el pago, según sea la naturaleza de la cosa ofrecida; señala además que también podrá efectuarse la consignación en poder de un depositario nombrado por el juez competente; y que no será necesario decreto judicial previo para efectuar la oferta ni para hacer la consignación. Este mismo artículo dispone que en el pago por consignación no se admitirá gestión ni recurso judicial alguno del acreedor, tendiente a obstaculizar la oferta o la consignación. Por consiguiente, no se dará curso a ninguna oposición o solicitud del acreedor; y cuando se trate del pago periódico de sumas de dinero provenientes de una misma obligación, las cosas siguientes a las que se haya consignado se depositarán en la

cuenta bancaria del tribunal, sin necesidad de nuevas ofertas. Será juez competente para los efectos de este artículo el de letras de mayor cuantía del lugar en que deba efectuarse el pago.

Según el Código Alemán (artículo 374), la consignación ha de realizarse en el establecimiento de consignación del lugar de la prestación y si el deudor consigna en otro establecimiento, ha de indemnizar al acreedor el daño sufrido por tal motivo. El deudor debe notificar inmediatamente la consignación al acreedor y, en caso de omisión, está obligado a indemnización de daños, pudiendo omitirse la notificación si es irrealizable. Este Código Civil agrega (artículo 375) que si la cosa consignada ha sido enviada por correo al establecimiento de consignación, la consignación se retrotrae al tiempo de la entrega de la cosa al correo.

Por su parte, el Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia de 1922 (artículo 114) prescribía que si el acreedor se hallaba ausente, si se negaba a aceptar el pago o en cualquier otro caso de demora por su parte, y asimismo si era incapaz, no existiendo representante suyo con plenos poderes que estuviese dispuesto a aceptar el pago, el deudor podía consignar su deuda en la oficina notarial, y ésta haría la notificación del caso al acreedor en persona o por edicto (16 de enero de 1928).

#### - *Análisis.*

El artículo 1252 del Código Civil Peruano de 1984, en su texto original antes transcrito, se encargaba de establecer la forma como debía verificarse la consignación. En tal sentido, señalaba que ésta debía efectuarse:

#### (a) *Con citación del acreedor.*

Uno de los elementos fundamentales en materia de consignación es la citación del acreedor. Tal emplazamiento hace posible el ejercicio de las facultades que la Ley Procesal Peruana otorga al acreedor, a saber: la aceptación total o par-

cial de la consignación, el retiro de la consignación, solicitar su nombramiento como depositario de los bienes consignados, formular oposición a dicho pago, entre otras.

Por lo demás, la consignación supone la existencia de una relación jurídica patrimonial entre el consignante y el consignatario. Por ello, aun cuando no se sepa a ciencia cierta si el acreedor tiene o no tal calidad o si la prestación es la debida o no, debe notificarse al supuesto acreedor.

(b) ***En la persona que la ley o el juez designen.***

El texto original del artículo 1252 del Código Civil señalaba que cuando se tratase de depósitos de dinero o valores, la consignación debía efectuarse en el Banco de la Nación.

Cabe señalar, además, que el precepto bajo comentario disponía que el dinero o valores consignados en el Banco de la Nación devengarían el interés legal.

Por otra parte, el juez debía intervenir para designar la persona a quien debía entregarse lo consignado, cuando la prestación adeudada no consistiese en sumas de dinero o valores. En este supuesto, el juez nombraba a un depositario que custodiase los bienes consignados.

(c) ***Extendiéndose acta de todas las circunstancias del depósito.***

Dada la importancia del depósito, de no tratarse de dinero o valores, debía extenderse acta de todas las circunstancias en que se hubiera realizado dicho depósito, a fin de resguardar -de la mejor manera posible- tanto los intereses del supuesto deudor depositante, como los intereses del supuesto acreedor.

Es necesario señalar que el texto original del artículo que estamos comentando imponía al Banco de la Nación, en el caso de la consignación de sumas de dinero, la obligación

de pagar intereses legales. El precepto era de innegable justicia, pues dicha institución bancaria estaba en aptitud de utilizar el dinero depositado. Mientras se discutía la procedencia o no de la consignación, podía transcurrir un lapso en el que ninguna de las partes hiciera uso de esos bienes (justamente por encontrarse en litigio).

Como se verá más adelante, el nuevo texto del artículo 1252 ha eliminado esta obligación, pero ella subsiste en virtud del artículo 807, inciso 1, del Código Procesal Civil de 1993<sup>(1)</sup>.

- ***Análisis del nuevo texto del artículo 1252.***

Como antes lo expresáramos, el texto original del artículo 1252 del Código Civil Peruano de 1984 ha sido modificado por el Código Procesal Civil de 1993, habiendo quedado con la siguiente redacción:

**Artículo 1252.-** *“El ofrecimiento puede ser judicial o extrajudicial.*

*Es judicial en los casos que así se hubiera pactado y además: cuando no estuviera establecida contractual o legalmente la forma de hacer el pago, cuando por causa que no le sea imputable el deudor estuviera impedido de cumplir la prestación de la manera prevista, cuando el acreedor no realiza los actos de colaboración necesarios para que el deudor pueda cumplir la que le compete, cuando el acreedor no sea conocido o fuese incierto, cuando se ignore su domicilio, cuando se encuentre ausente o fuera incapaz sin tener representante o curador designado, cuan-*

(1) El inciso 1 del artículo 807 del Código Procesal Civil regula la forma en que debe efectuarse la consignación de una prestación consistente en la entrega de valores o sumas de dinero. En este caso, el ofrecimiento consistirá en la entrega del certificado de depósito expedido por el Banco de la Nación. Cabe señalar, además, que conforme dispone la referida norma, el dinero consignado devengará el interés legal.

do el crédito fuera litigioso o lo reclamaran varios acreedores y en situaciones análogas que impidan al deudor ofrecer o efectuar directamente un pago válido.

*El ofrecimiento extrajudicial debe efectuarse de la manera que estuviera pactada la obligación y, en su defecto, mediante carta notarial cursada al acreedor con una anticipación no menor de cinco días anteriores a la fecha de cumplimiento debido, si estuviera determinado. Si no lo estuviera, la anticipación debe ser de diez días anteriores a la fecha de cumplimiento que el deudor señale.”*

Debe aclararse, en primer lugar, que el nuevo texto del artículo 1252 del Código Civil Peruano modifica sustancialmente el tenor original de la norma.

En tal orden de ideas, el esquema planteado por el precepto es el siguiente:

– **Clases de ofrecimiento.**

Se efectúa una distinción entre dos clases de ofrecimiento, el mismo que puede ser judicial o extrajudicial.

– **Ofrecimiento judicial.**

A través del segundo párrafo del nuevo texto del artículo bajo comentario se establece que este tipo de ofrecimiento de pago procede en determinados casos, los mismos que la norma se encarga de enumerar:

(a) **Cuando así se hubiera pactado entre acreedor y deudor.**

Consideramos que es este un supuesto exótico.

Ni en nuestra práctica profesional, ni en la realidad de los hechos, se encuentran obligaciones en cuyos títulos o cau-

sas fuentes, acreedor y deudor hayan pactado que el ofrecimiento deba hacerse a través de la vía judicial.

Esta situación no se da, sencillamente, por varias razones.

El pactar un ofrecimiento judicial obligatorio no tendría sentido alguno, puesto que entorpecería la manera en que el deudor debe cumplir la obligación. De no encontrarnos en ninguno de los otros supuestos o hipótesis del artículo bajo comentario, y estar el deudor en aptitud y capacidad para efectuar el ofrecimiento de pago a su acreedor, resulta inconcebible que la ley establezca como posibilidad -y más aún que las partes recurran a ella- el hecho de que el deudor deba acudir al juez para, por su intermedio, ofrecer al acreedor la prestación debida.

Creemos que la ley ha previsto una hipótesis de laboratorio, muy ajena a supuestos imaginables, por lo menos entre personas capaces.

Por ello consideramos que este primer supuesto de ofrecimiento judicial resulta absurdo y que nunca debió ser incorporado como nueva norma del Código Civil.

(b) **Cuando no estuviera establecida contractual o legalmente la forma de hacer el pago.**

Ante todo debemos tratar de precisar qué ha querido dar a entender el Código Civil -en su modificatoria- como “forma de hacer el pago”.

Creemos que, cuando el precepto alude a la “forma de hacer el pago”, se está refiriendo a la manera o modo en que el mismo debe ser efectuado.

Sobre este particular nos corresponde expresar algunas consideraciones.

Como sabemos, las obligaciones, según su naturaleza, pue-

den ser de dar, hacer o no hacer. Es claro, por tanto, que cada una de ellas deberá ejecutarse dando, haciendo o no haciendo.

Tampoco deja duda de que al momento de contraerse la obligación debe haberse señalado el contenido de la prestación a ejecutar, razón por la cual será precisamente esa prestación la que tendrá que ser cumplida. Ahora bien, al establecerse en qué consiste la prestación no habrá necesidad de precisiones adicionales acerca de la manera en que ésta deba ejecutarse, ya que ello resultará obvio.

Dentro de tal orden de ideas consideramos que el segundo supuesto de ofrecimiento judicial previsto por el nuevo texto del artículo 1252 del Código Civil Peruano, no sólo resulta innecesario, sino que constituye una previsión que atenta contra la técnica jurídica.

Si la manera de ejecutar la prestación, en efecto, no hubiese sido establecida de modo que se pueda deducir del título de la obligación, estaríamos ante una prestación absolutamente indeterminada, esto es, no susceptible de determinarse, lo que acarrearía la nulidad del acto jurídico.

Por ello creemos que esta segunda hipótesis de ofrecimiento extrajudicial tampoco debió ser incluida en el nuevo texto del artículo 1252 del Código Civil.

- (c) ***Cuando por causa que no sea imputable al deudor, éste estuviera impedido de cumplir la prestación prevista.***

Este tercer supuesto de ofrecimiento judicial de pago tendría sentido sólo en caso de que la causa no imputable al deudor -que impide el pago- sea temporal.

De lo contrario, no será posible hablar de ofrecimiento alguno, ya que la imposibilidad de la prestación genera efectos totalmente distintos.

De este modo, si la causa no imputable que impide al deudor efectuar el pago es pasajera, el deudor estará imposibilitado de cumplir en el momento oportuno, y deberá comunicarlo a su acreedor. Este acreedor no podrá constituir en mora al deudor por faltar uno de sus requisitos constitutivos: la culpa.

En tal supuesto, el acreedor podrá optar por esperar que cese la causa no imputable pasajera y que el deudor cumpla con él -en caso de que el cumplimiento tardío todavía le sea de interés o utilidad-, o por dejar sin efecto la obligación, liberándose del cumplimiento de su contraprestación, si la hubiere.

Ahora bien, si la causa no imputable que impide al deudor efectuar un cumplimiento oportuno es definitiva, es decir, irreversible, la prestación se habrá extinguido y no habrá nada que cumplir.

Sobre la base de estas consideraciones, estimamos inapropiado cualquier ofrecimiento judicial de pago, ya que no se puede ofrecer cumplir algo que no se tiene la certeza de que se vaya a poder realizar en el futuro.

Por las razones señaladas, consideramos que el tercer supuesto de ofrecimiento judicial contemplado por el nuevo texto del artículo 1252, bajo comentario, al constituir una **contradictio in adjectus**, no debió incluirse en la norma.

- (d) ***Cuando el acreedor no realiza los actos de colaboración necesarios para que el deudor pueda cumplir la prestación que le compete.***

Al analizar este supuesto debemos proceder con la mayor cautela. Lo que en él se establece es que procederá la consignación judicial "cuando el acreedor no realiza los actos de colaboración necesarios para que el deudor pueda cumplir la prestación que le compete".

Pero podríamos formular al respecto el siguiente razonamiento:

Si para que el deudor cumpla resulta indispensable que el acreedor realice uno o más actos previos (como podría ser el caso del personaje famoso que tiene que posar personalmente para que lo retrate un pintor), sin la realización por parte del acreedor de esos actos, el deudor estaría imposibilitado de cumplir.

Consecuentemente, si para cumplir resulta necesario que el acreedor preste su colaboración, entonces no podría haber cumplimiento ni ofrecimiento judicial para pagar.

¿Acaso podríamos imaginar al pintor de nuestro ejemplo ofrecer judicialmente cumplir con la entrega de un cuadro que no ha podido y que tampoco podrá pintar si su acreedor no posa (colabora) para tal efecto?

¿Cuáles serían las consecuencias de un ofrecimiento judicial de esta naturaleza?

¿Acaso serían otras adicionales a aquéllas que pueden dar lugar a la constitución en mora del acreedor -situación para la cual no es, evidentemente, necesario recurrir a la vía judicial-?

Las interrogantes planteadas no tienen respuestas coherentes. Por eso esta cuarta previsión de ofrecimiento judicial de la consignación también resulta absurda.

(e) ***Cuando el acreedor no sea conocido o fuese incierto.***

Este supuesto contemplado por el artículo bajo comentario, como uno de los relativos al ofrecimiento judicial, si bien es cierto que constituye uno de carácter excepcional, a diferencia de los comentados precedentemente, resulta -a nuestro modo de ver- un precepto razonable en la ley civil peruana.

Por lo general, el deudor conoce quién es su acreedor. Esto, por la sencilla razón de que el nombre de tal persona o parte constará en el título constitutivo de la relación obligacional.

Se ha sostenido desde el principio de este trabajo que uno de los elementos de la obligación está constituido por los sujetos; y, dentro de tal orden de ideas, no hay obligación sin -por lo menos- un deudor y un acreedor.

Ahora bien, como sabemos, por lo general al tiempo de constituirse la obligación el acreedor debe estar determinado o, por lo menos, ser determinable, según lo expresado en el referido título constitutivo.

Está claro que en la casi totalidad de los casos, el deudor de una obligación, al momento en que tenga que pagarla, conocerá perfectamente quién es el acreedor al que deba efectuar el pago.

Pero podrían presentarse situaciones de excepción en las cuales, si bien al momento en que se constituyó la relación obligatoria el acreedor haya sido conocido o susceptible de serlo, al tiempo en que se deba efectuar el pago la claridad de la situación no sea necesariamente la misma, debido a las más diversas razones.

El supuesto que imaginamos como más probable es aquel en el cual al momento de haberse constituido la obligación el acreedor haya estado determinado, pero que en el intervalo hubiera fallecido, y el deudor, al momento en que deba pagar, desconozca quiénes son los sucesores de su antiguo acreedor.

Dentro del mismo orden de ideas, podría ocurrir que el mencionado deudor conozca quiénes son los sucesores del acreedor, mas no en qué porcentaje participa cada uno de ellos en la sucesión, razón por la cuál no sabría con exactitud cómo verificar el pago.

También podría ocurrir que el acreedor, al tiempo de su fallecimiento, no deje herederos, vale decir, que al final sus bienes pasen a propiedad del Estado. En este caso el deudor podría efectuar un ofrecimiento judicial, por su derecho a liberarse de la obligación.

Aunque los casos anotados son los que con mayor probabilidad configurarían el supuesto del artículo 1252, bajo comentario, podrían imaginarse otros supuestos de acreedor desconocido o incierto.

(f) **Cuando se ignore el domicilio del acreedor.**

Recordemos que el Código Civil Peruano de 1984 regula el tema del domicilio en sus artículos 33 a 41, en el Título IV del Libro I del Derecho de las Personas.

Así, en la primera de las normas citadas (artículo 33) establece que “El domicilio se constituye por la residencia habitual de la persona en un lugar.”

El artículo 34 prescribe que “Se puede designar domicilio especial para la ejecución de actos jurídicos. Esta designación sólo implica sometimiento a la competencia territorial correspondiente, salvo pacto distinto.” El artículo siguiente señala que “A la persona que vive alternativamente o tiene ocupaciones habituales en varios lugares se le considera domiciliada en cualquiera de ellos.”

El artículo 36 dispone lo siguiente: “El domicilio conyugal es aquel en el cual los cónyuges viven de consuno o, en su defecto, el último que compartieron.”; en tanto que el artículo 37 señala que: “Los incapaces tienen por domicilio el de sus representantes legales.”; el artículo 38: “Los funcionarios públicos están domiciliados en el lugar donde ejercen sus funciones, sin perjuicio, en su caso, de lo dispuesto en el artículo 33.- El domicilio de las personas que residen temporalmente en el extranjero, en ejercicio de funciones del Estado o por otras causas, es el último que hayan tenido en el terri-

torio nacional.”; el artículo 39: “El cambio de domicilio se realiza por el traslado de la residencia habitual a otro lugar.”; el artículo 40: “El cambio de domicilio no puede oponerse a los acreedores si no ha sido puesto en su conocimiento mediante comunicación indubitable.”; y el artículo 41: “A la persona que no tiene residencia habitual se le considera domiciliada en el lugar donde se encuentre.”

Pero más allá de transcribir el contenido de las normas que sobre domicilio contempla el Código Civil Peruano, en relación con el supuesto de ofrecimiento judicial de pago debemos señalar que en la mayoría de los casos el deudor no ignorará el domicilio del acreedor, ya que usualmente será el acreedor el más interesado en que el deudor sepa dónde pagarle. Sin embargo, es posible que el deudor realmente desconozca el domicilio del acreedor.

Para tales supuestos también debemos tener en cuenta las normas que el Código Civil Peruano prevé en relación al lugar del pago<sup>(2)</sup>.

Por regla general, el pago debe ser efectuado en el domicilio del deudor, salvo estipulación en contrario. Vale decir, el acreedor debe dirigirse al domicilio del deudor para cobrarle. En este caso -obviamente- no podríamos hablar de la necesidad de que el deudor conozca el domicilio del acreedor,

(2) Nuestro Código Civil, lo recordamos, trata el tema en sus artículos 1238 y 1239, del texto siguiente:

**Artículo 1238.-** “El pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, salvo estipulación en contrario, o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso.

Designados varios lugares para el pago, el acreedor puede elegir cualquiera de ellos. Esta regla se aplica respecto al deudor, cuando el pago deba efectuarse en el domicilio del acreedor.”

**Artículo 1239.-** “Si el deudor cambia de domicilio, habiendo sido designado éste como lugar para el pago, el acreedor puede exigirlo en el primer domicilio o en el nuevo.”

puesto que incluso si lo desconociese, esta situación no tendría relevancia alguna.

El problema surge cuando por pacto o por ley se ha establecido que la obligación deberá ser pagada en el domicilio del acreedor. Este será el supuesto en el cual el conocimiento que el deudor pueda o no tener acerca del domicilio del acreedor adquirirá importancia.

Aquí también sería de aplicación analógica lo dispuesto por el artículo 1239 del Código Civil, en el sentido de que si el acreedor cambia de domicilio, habiendo sido designado éste como lugar para el pago, el deudor podrá ejecutarlo en el primer domicilio o en el nuevo.

Ahora bien, el supuesto del modificado texto del artículo 1252, bajo comentario, se refiere al desconocimiento por parte del deudor del domicilio del acreedor.

Esto equivale a decir que si el acreedor cambia de domicilio, y el deudor -que debe pagar en el domicilio del acreedor-, sólo tiene conocimiento del domicilio primigenio, dicho deudor podrá pagar en cualquiera de los dos domicilios, pero por razones obvias sólo podría hacerlo en el original. Sin embargo, la situación prevista resultaría en la práctica imposible, pues ¿cómo podría pagarse en un lugar donde no se encuentra el acreedor, por más que la ley así lo establezca?<sup>(3)</sup>.

No obstante ello, debemos mencionar que no sería indispensable que el deudor efectuara el ofrecimiento judicial, pues bastaría con que cursara una carta notarial al primitivo domicilio del acreedor, y constara bajo fe de dicho funcionario que no ha sido recibida por no habitar allí la persona del acreedor. Este supuesto constituiría uno de mora creditoria, el mismo que analizaremos en su oportunidad.

(3) Para estos efectos, remitimos al lector a los comentarios que efectuamos en el Tratado al analizar el artículo 1239 del Código Civil.

(g) **Quando el acreedor se encuentre ausente.**

En nuestro Derecho, el término ausencia, regulado por el Código Civil Peruano, está previsto en el Título VI, que comprende los Capítulos I, de Desaparición, y II, de Ausencia, en estricto.

Ahora bien, la pregunta que nos corresponde formular en lo que respecta a este tema es si el nuevo texto del artículo 1252, al hacer referencia a "cuando el acreedor se encuentre ausente", está haciendo alusión a la ausencia judicialmente declarada, en estricto, o lo está haciendo en sentido amplio, es decir, refiriéndose a ella, pero además al supuesto de desaparición de la persona -judicialmente declarada- y también a la simple ausencia, es decir, a aquella que se produce por la no presencia del acreedor en su domicilio.

Dar respuesta a esta interrogante no es fácil, pero consideramos, sin embargo, que la modificatoria al artículo 1252 ha querido comprender las situaciones descritas, en la medida en que a todas ellas resulta de aplicación la norma.

Pero no obstante lo expresado, precisa aclararse que si el deudor que debe pagar, quiere hacerlo y encuentra que su acreedor se ha ausentado del domicilio señalado en el título de la obligación, podrá constituirlo fácilmente en mora y no recurrir a un proceso de ofrecimiento judicial de pago.

(h) **Quando el acreedor fuera incapaz sin tener representante o curador designado.**

El tema de la capacidad e incapacidad de ejercicio es regulado por el Código Civil Peruano de 1984 en el Título V del Libro I, Derecho de las Personas, artículos 42 a 46<sup>(4)</sup>.

(4) El texto de los referidos artículos es el siguiente:

**TITULO V**  
**Capacidad e incapacidad de ejercicio**  
**Artículo 42.-** "Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos

Queda claro que el punto central de la incapacidad en relación con el pago de las obligaciones está dado por lo dispuesto en el artículo 45, el mismo que establece que “Los representantes legales de los incapaces ejercen los derechos civiles de éstos, según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela.” Así, si un incapaz -absoluto o relativo- careciera de representante legal, y el deudor tuviera que pagarle, no podría hacerlo, por la sencilla razón de que dicha persona no tendría capacidad de ejercicio, y el pago deberá efectuarse, necesariamente, a su representante legal (padres, tutores o curadores, según fuere el caso).

---

civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43 y 44.”

**Artículo 43.-** “Son absolutamente incapaces:

1. Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.
2. Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.
3. Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable.”

**Artículo 44.-** “Son relativamente incapaces:

1. Los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho años de edad.
2. Los retardados mentales.
3. Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.
4. Los pródigos.
5. Los que incurrn en mala gestión.
6. Los ebrios habituales.
7. Los toxicómanos.
8. Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.”

Los artículos 43 y 44 han sido aclarados por el numeral 13 del Código de los Niños y Adolescentes (Decreto Ley N° 23102, promulgado el día 24 de diciembre de 1992 y publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el día 29 de diciembre de 1992), del texto siguiente:

**Artículo 13.-** “De Asociación.- El niño y adolescente tienen libertad de asociarse con fines lícitos y derecho a reunirse pacíficamente. Sólo los adolescentes pueden constituir personas jurídicas de carácter asociativo. Los niños podrán adherirse a dichas asociaciones.

Conviene recordar, además, que el Código Civil Peruano prescribe, en su artículo 1227, que “El pago hecho a incapaces sin asentimiento de sus representantes legales, no extingue la obligación. Si se prueba que el pago fue útil para el incapaz, se extingue la obligación en la parte pagada.”

En tal sentido, es sumamente improbable que alguien pague en estas circunstancias, pues podría verse obligado a pagar nuevamente, siguiendo el aforismo latino de que “Quien paga mal paga dos veces”.

Dentro de tal orden de ideas, procederá el ofrecimiento judicial de pago cuando el incapaz a quien se tiene que pagar carece de representante legal.

Aunque no era indispensable establecer el principio legalmente, consideramos que de todos los supuestos de ofrecimiento judicial analizados hasta el momento, éste reviste mayor idoneidad o pertinencia.

---

Las personas jurídicas de carácter asociativo integradas por niños y adolescentes, no podrán tener fines de lucro.

La capacidad civil de los adolescentes que integran estas personas jurídicas, sólo les permite la realización de actos vinculados estrictamente a los fines de las mismas, siempre que no importen disposición patrimonial.”

**Artículo 45.-** “Los representantes legales de los incapaces ejercen los derechos civiles de éstos, según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela.”

**Artículo 46.-** “La incapacidad de las personas mayores de dieciséis años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio.

Tratándose de mujeres mayores de catorce años cesa también por matrimonio.

La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de éste.”

- (i) **Cuando el crédito fuera litigioso o lo reclamaran diversos acreedores.**

Puede darse el caso de que un crédito sea litigioso o lo reclamen diversos acreedores.

En esta situación, el deudor obligado a pagar se verá -realmente- ante un serio problema, pues no sabrá a quién hacerlo en la práctica, ya que más allá de aquél a quien él considere como el verdadero acreedor, la persona a la que pague no necesariamente será quien al final de cuentas resulte victoriosa en el problema o litigio existente en relación al crédito en cuestión.

Ahora bien, si de ofrecimiento judicial se trata, el mismo deberá efectuarse a todos aquellos comprendidos en la disputa o litigio sobre el crédito, de manera tal que el deudor se libere y no tenga ulteriores problemas.

- (j) **Cuando se presenten situaciones análogas a las enumeradas anteriormente, que impidan al deudor ofrecer o efectuar directamente un pago válido.**

Sin lugar a dudas podrían presentarse situaciones análogas a las descritas anteriormente por el párrafo segundo del artículo 1252 del Código Civil Peruano. A ellas alude la parte final del segundo párrafo del numeral comentado. No obstante, dada la exhaustiva enumeración del precepto, parece difícil encontrar supuestos adicionales.

- **Ofrecimiento extrajudicial.**

En el tercer párrafo del artículo 1252 se señala que el ofrecimiento extrajudicial deberá efectuarse en la forma siguiente:

- (a) **De la manera que estuviera pactada la obligación.**

Hemos señalado anteriormente que, cuando el Código Civil

hace referencia a la "manera", alude a la forma o modo en que el deudor debe cumplir con la obligación frente a su acreedor.

Dentro de tal orden de ideas, resulta obvio que si el deudor desea cumplir con la obligación asumida, deberá hacerlo de la manera prevista de acuerdo con el título de aquélla, con su naturaleza, con las circunstancias del caso o con la ley. También resulta evidente que si el deudor ofreciese cumplir en forma que no se ajustara a lo establecido en el título o acto constitutivo de la obligación o, en su caso, a las demás circunstancias enunciadas, el acreedor tendría derecho a oponerse, de acuerdo con el principio de identidad en el pago, ya que se estaría tratando de pagar con algo distinto al objeto de la obligación, o de un modo diferente.

- (b) **En defecto de la manera que estuviera pactada la obligación, el ofrecimiento extrajudicial deberá hacerse mediante carta notarial cursada al acreedor con una anticipación no menor de cinco días anteriores a la fecha de cumplimiento debido, si estuviera determinado.**

En relación con este segundo supuesto contemplado por el tercer párrafo del nuevo texto del artículo 1252, debemos mencionar que no lo consideramos acertado por exigir formalidades innecesarias en las claras hipótesis que hemos desarrollado en el punto (a) que antecede.

Queremos expresar, por lo demás, que el ofrecimiento de pago no tiene, en rigor, por qué efectuarse mediante formalidad alguna, ya que lo más común será que el deudor ofrezca verbalmente al acreedor la realización del pago. Esto sería lo normal, lo natural, lo lógico, aquello que hace todo deudor con intención de cumplir respecto de su acreedor. La no exigencia de formalidades se debe a que debemos presumir que la relación existente entre ambas partes es de buena fe y que no existe razón alguna para recurrir a la vía notarial para efectuar el ofrecimiento.

En tal sentido, el ofrecimiento extrajudicial no tendría por qué efectuarse -en principio- a través de carta notarial. Sin embargo, debemos señalar que el recurrir al envío de una carta notarial debe constituir la última vía de la que dispone el deudor antes de acudir a la consignación judicial, como prueba de que su acreedor se ha negado a recibir el pago, a pesar de haber mediado un ofrecimiento fehaciente.

Pero este es, en buena cuenta, un último recurso extrajudicial, lo que no significa que deba ser un medio normal de ofrecer el pago.

Por lo demás, la anticipación de cinco días establecida por el precepto bajo comentario supone que el deudor intuye la negativa del acreedor, ya que no será usual que el deudor ofrezca pagar antes de la fecha en que corresponda hacerlo y, en tal caso, el acreedor tendrá todo el derecho para negarse a recibir un pago anticipado, salvo que esté previsto lo contrario.

En ese sentido, sería absurdo interpelar a alguien previamente al vencimiento de la obligación, pues equivaldría a pretender constituirlo en mora antes de que legalmente pueda estarlo.

Es evidente que no resulta lógico exigir un ofrecimiento de pago anticipado, ya que esta situación estaría contraviniendo lo dispuesto por el Código Civil en lo referente al plazo suspensivo, regulado en el artículo 178 del Código Civil, en donde se dice que, cuando el plazo es suspensivo, el acto no surte efecto mientras se encuentre pendiente. Esta norma podríamos concordarla con el numeral 1240, el mismo que señala que las obligaciones deben cumplirse en el tiempo pactado y, a falta de plazo, son exigibles inmediatamente después de contraídas.

- (c) ***En el mismo supuesto anterior, pero en caso de que la fecha del cumplimiento no estuviera determinada, el ofrecimiento extrajudicial deberá hacerse mediante carta***

***notarial cursada al acreedor con una anticipación no menor de diez días anteriores a la fecha de cumplimiento que el deudor señale.***

En lo referente a este supuesto debemos recordar lo previsto por el artículo 182 del Código Civil, en el sentido de que "Si el acto no señala plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, el juez fija su duración.- También fija el juez la duración del plazo cuya determinación haya quedado a voluntad del deudor o un tercero y éstos no lo señalaren.- El procedimiento es el de menor cuantía."

Dentro de tal orden de ideas, lo dispuesto por el tercer párrafo del artículo 1252 del Código Civil, bajo comentario, en el sentido de que cuando no se ha determinado el plazo, el deudor lo señala, colisiona con la normatividad referente al plazo, que acabamos de citar.

Por otro lado, si en la obligación se hubiera pactado el plazo pero no la forma del ofrecimiento, o viceversa, este ofrecimiento debe realizarse como señala el artículo, contraviniendo el principio de la autonomía de la voluntad y la presunción de que las normas legales son de carácter dispositivo o, dicho de otro modo, de interés privado.

Por las razones mencionadas, el último extremo del tercer párrafo del nuevo texto del artículo 1252 del Código Civil no guarda coherencia con el resto de normas que al respecto contiene dicho cuerpo legal, y, por lo tanto, deviene en contradictorio.

- ***Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1252.***

**Artículo 1252.- "La consignación debe efectuarse con citación del acreedor, en la persona que la ley o el juez designen, extendiéndose acta de todas las circunstancias del depósito.**

Los depósitos de dinero y valores se hacen en el Banco de la Nación. El dinero consignado devenga la tasa de interés legal.”

– **Fundamento.**

Consideramos -y ello se deduce de nuestro análisis de la norma- totalmente inconveniente y en muchos extremos absurdo el nuevo texto del artículo 1252 del Código Civil Peruano, acogido por el Código Procesal Civil.

Dentro de tal orden de ideas, proponemos derogar el texto modificatorio y volver al original de 1984, que hemos consignado anteriormente.

– **Concordancias nacionales.**

Ofrecimiento de pago y consignación, artículos 802 y siguientes del Código Procesal Civil.

– **TRAMITE DEL OFRECIMIENTO Y DE LA OPOSICION.**

A su entrada en vigencia, en 1984, el texto del artículo 1253 del Código Civil, era el siguiente:

**Artículo 1253.-** “*La consignación de dinero o de otros bienes que no es impugnada por el acreedor, dentro de los diez días siguientes a la fecha de su citación, surte los efectos del pago retroactivamente al día del ofrecimiento.*”

– **Fuentes nacionales del artículo 1253** <sup>(1)</sup>.

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.*

El *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*, trataba la materia en su artículo 851: “Cuando el acreedor rehúsa recibir su paga, el deudor puede ha-

(1) **Advertencia preliminar.**

Las fuentes nacionales del artículo 1253 que consignamos a continuación son las referidas a su texto original, habida cuenta de que el texto modificatorio del mismo -introducido por el Código Procesal Civil de 1993- no registra antecedente alguno.

Hecha esta salvedad, a continuación pasamos a citar las mencionadas fuentes.

cerle ofertas de dinero contante, y en rehusándose las, el acreedor consignará la suma o cosa ofrecida en poder de la persona que el juez designe. Las ofertas seguidas de la consignación dejan libre al deudor y hacen veces de paga cuando son hechas legítimamente, y la cosa consignada así corre de cuenta y riesgo del acreedor.”; en tanto que el *Código Civil de 1852*, no legislaba sobre el tema.

Por su parte, el *Proyecto de Código Civil de 1890* regulaba el punto en su artículo 2918: “La consignación que no es impugnada por el acreedor, surte todos los efectos del pago propiamente dicho; y la que lo sea, por no reunir las condiciones del artículo 2916, surte aquellos efectos desde que queda ejecutoriada en vía sumaria la sentencia que declara legal la consignación, salvo que en ella se exprese que el depósito extinguió la obligación desde que fue hecho.”; en tanto que el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, lo hacía en el numeral 227: “La consignación que no fuere impugnada por el acreedor, surte todos los efectos del verdadero pago. Si fuere impugnada, por no reunir las condiciones debidas, surte los efectos del pago, desde el día de la **litis contestatio**, cuando la oposición del acreedor fuese desestimada por sentencia definitiva.”; el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, en el artículo 217: “La consignación que no fuere impugnada por el acreedor, surte todos los efectos del verdadero pago. Si fuere impugnada por no reunir las condiciones debidas, surte los efectos del pago desde el día en que tuvo lugar cuando la oposición del acreedor fuese desestimada por sentencia definitiva.”; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, en el artículo 1251: “La consignación que no fuere impugnada por el acreedor surte los efectos del pago desde el día en que tuvo lugar, cuando la oposición del acreedor sea desestimada.”; y el *Código Civil de 1936*, en el numeral 1260: “La consignación que no fuere impugnada por el acreedor surte los efectos del pago. Si fue impugnada, surtirá los efectos del pago desde el día en que tuvo lugar, cuando la oposición del acreedor sea desestimada.”

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Al-

*ternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, abordaba el tema en el artículo 110: “La consignación que no fuese impugnada por el acreedor surte los efectos del pago. Si fue impugnada, surtirá los efectos del pago desde el día en el que tuvo lugar, cuando la oposición del acreedor sea desestimada por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.”; en tanto que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hacía en el artículo 110: “La consignación que no fuese impugnada por el acreedor dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha en que ella se verifique o, en los casos de depósito de dinero y valores, dentro de los diez días siguientes a su notificación, surte los efectos del pago retroactivamente al día del ofrecimiento.”; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, en el artículo 1273: “La consignación que no fuese impugnada por el acreedor dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha en que ella se verifique o, en los casos de depósito de dinero y valores, dentro de los diez días siguientes a su notificación, surte los efectos del pago retroactivamente al día del ofrecimiento.”; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, en el artículo 1220: “La consignación de dinero o de otros bienes que no es impugnada por el acreedor, dentro de los diez días siguientes a la fecha de su citación, surte los efectos del pago retroactivamente al día del ofrecimiento.”

#### – Fuentes y concordancias extranjeras.

El Código Civil Etíope, en su artículo 1744, señala que si existe duda sobre la persona a quien debe hacerse el pago, el deudor puede liberarse por la consignación del monto de lo debido. Quien paga a uno de los supuestos acreedores con conocimiento del litigio, paga por su cuenta y riesgo. Si durante la tramitación del proceso la acreencia es exigible, cualquiera de los supuestos acreedores puede compeler al deudor para que se consigne lo debido.

- **Análisis.**

El artículo 1253 del Código Civil Peruano, en su texto original, precisaba el momento a partir del cual surtía efectos la consignación no impugnada por el acreedor.

En este sentido, el precepto bajo comentario prescribía que de no impugnarse la consignación, ésta generada efectos retroactivamente al día del ofrecimiento.

Dicha norma revestía -a nuestro modo de ver- plena lógica, ya que se determinaba con certidumbre la fecha desde que la consignación producía pago. Asimismo, debemos señalar que el tema regulado por esta regla ha sido trasladado -luego de la reforma efectuada por el Código Procesal Civil de 1993- al artículo 1254 del Código Civil<sup>(2)</sup>.

Enseña Salvat<sup>(3)</sup> que en caso de que la consignación no hubiese sido impugnada, la ley argentina se limita a establecer que ella surte todos los efectos del verdadero pago, sin precisar el momento desde cuando esos efectos se producen. Ante el silencio de la ley y de acuerdo con los principios generales, considera Salvat que debe admitirse que esos efectos se producen desde el día del depósito, pues la ley, en efecto, supone que el deudor ha ofrecido el pago al acreedor y que éste lo ha rehusado, siendo lógico, por consiguiente, que si después acepta la consignación,

---

(2) **Artículo 1254.-** "El pago se reputa válido con efecto retroactivo a la fecha de ofrecimiento, cuando:

1. El acreedor no se opone al ofrecimiento judicial dentro de los cinco días siguientes de su emplazamiento;
2. La oposición del acreedor al pago por cualquiera de las formas de ofrecimiento, es desestimada por resolución con autoridad de cosa juzgada.

El ofrecimiento judicial se entiende efectuado el día en que el acreedor es válidamente emplazado. El extrajudicial se entiende efectuado el día que es puesto en conocimiento."

(3) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo II, Páginas 385 y siguientes.

ésta produzca sus efectos desde el día en que el depósito se verificó.

Según el citado profesor, en defecto de aceptación o impugnación expresa, la consignación se reputa aceptada, sea que el acreedor haya guardado silencio, sea que haya hecho manifestaciones evasivas, como por ejemplo, si hubiese contestado la demanda de consignación, diciendo que no la aceptaba ni la impugnaba. La ley, con toda razón, exige manifestaciones categóricas, no una simple manifestación equívoca. En tal orden de ideas, el acreedor, por otra parte, una vez aceptada la consignación sin reserva alguna, no tiene después derecho a volver sobre su aceptación e impugnarla.

Lo manifestado por Salvat es claro, ya que oponerse a la consignación no implica ni guardar silencio, ni tampoco tener respuestas evasivas al respecto. Importa señalar de manera expresa que el acreedor no está de acuerdo con la consignación efectuada. Significa que este acreedor tenga que manifestar su negativa a dicha consignación, a fin de evitar que surta los efectos del pago y pueda hacer valer en los tribunales de justicia todos aquellos elementos que acrediten la inexistencia de la relación obligacional que el deudor pretende pagar. Todo ello en razón de que el acreedor debe expresar categóricamente si acepta o no la consignación.

En opinión de Salvat, el acreedor notificado de la demanda de consignación está obligado a manifestar expresamente si la acepta o la rechaza, haciendo, en este último caso, las impugnaciones a que se creyera con derecho; o, dicho en términos más breves: está obligado a aceptar o impugnar la consignación. Este resultado se explica fácilmente como una simple aplicación de los principios que rigen en materia de pago: el acreedor está obligado a aceptar el pago ofrecido por el deudor y en caso de negarse a recibirlo, a expresar los motivos en que se funde, pues el deudor tiene el derecho de liberarse de la obligación.

Resulta claro, complementando lo señalado por Salvat, que si el acreedor se opone a la consignación efectuada por el deudor,

dor, debe expresar las razones que lo conducen a formular su oposición, ya que de lo contrario estaríamos frente a una oposición sin expresión de causa, vale decir, ante una oposición eventualmente caprichosa, es decir, sin fundamento alguno. En tal virtud, quien se opone debe expresar los motivos que lo llevan a oponerse. De lo contrario, dicha oposición debería -inexorablemente- ser declarada infundada.

En adición a lo expresado, agrega Salvat que la consignación puede ser aceptada con reservas. Sobre este tema, sin embargo, la jurisprudencia argentina no es uniforme, pues existen fallos según los cuales la aceptación no puede ser sometida a condiciones, protestas o reservas y sólo corresponde optarse por la aceptación o el rechazo.

Respecto a esta materia se precisan algunos comentarios.

En la problemática contractual, cuando se habla del consentimiento, se tiene claro que la aceptación de la oferta debe ser sin reservas, sin agregados o sin modificaciones, ya que una situación de esta naturaleza llevaría a estar frente a una negativa de la oferta, que podría considerarse como una contraoferta y no una aceptación. La aceptación tiene que ser pura, simple o llana, vale decir, sin reparos. Lo contrario podríamos entenderlo como una negativa a la misma o, simplemente, como una no aceptación a la oferta formulada.

Con el pago por consignación ocurre algo similar, puesto que en este caso el pago es una oferta; de allí que incluso estamos utilizando los términos "ofrecimiento de pago". Esta aceptación al ofrecimiento de pago -en principio- tiene que ser efectuada sin reservas, pues de lo contrario la consignación no surtiría los efectos que de suyo le corresponden.

No obstante lo señalado, debemos anotar que si las objeciones o reservas están relacionadas con el asunto de fondo, vale decir, con la validez misma de la consignación, resulta evidente que ellas constituirán una oposición a la consignación efectuada. Pero si estas objeciones están referidas a cuestiones tangen-

ciales, adjetivas o incidentales, como si previamente ha tratado de cobrar o no al deudor, esta circunstancia, si bien constituirá una observación, objeción o reparo, no conllevará -en estricto- una oposición a la consignación efectuada, ya que la misma en realidad no está dirigida sobre el fondo del asunto. Cuando el acreedor no impugna el pago por consignación, admite que éste se efectuó conforme a ley, y -más aún- que dicho pago responde a una obligación preexistente entre el deudor y el acreedor a cuyo favor se consignó.

Sin embargo -lo admitimos-, podrían presentarse una infinidad de supuestos que no constituyan hipótesis en las cuales la claridad sea el común denominador para señalar si estamos frente a una aceptación con reservas que implique aceptación o negativa al pago efectuado por consignación. Será precisamente en estos casos que los jueces deberán discernir, con ponderado criterio equitativo, si en la realidad de los hechos se ha formulado o no oposición a la consignación efectuada, con todos los efectos que ello acarrea.

Por otra parte, precisa señalarse que si el acreedor no impugna la consignación, ella surtirá todos los efectos de un pago válido y pondrá de manifiesto la existencia de una relación obligacional entre el deudor consignante y el acreedor consignatario, cuya naturaleza dependerá de la causa invocada en el correspondiente recurso de consignación.

Además, señala Salvat<sup>(4)</sup> que para que la consignación tenga fuerza de pago es necesario, lo mismo que respecto al pago propiamente dicho, que haya sido aceptada por el acreedor. Así -agrega Salvat-, en defecto de aceptación es necesario que su validez haya sido declarada por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, declaración que equivale, en tal caso, a la manifestación de voluntad del acreedor. Mientras la consignación no haya sido aceptada, ni declarada judicialmente válida, no hay pago y, por consiguiente, no puede ser invocada por el deudor, ni opuesta

---

(4) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo II, Páginas 385 y siguientes.

como excepción de pago en la ejecución seguida por el acreedor. Con mayor razón -dice Salvat-, la consignación no produce efectos cuando ella no ha sido notificada al acreedor; y tampoco los produce, si hubiese sido rechazada, y el curso de los intereses sigue -en tal caso- a cargo del deudor, siempre bien entendido que hubiese sido constituido en mora en forma legal.

Compartimos los conceptos de Salvat en el sentido de que la consignación surte los efectos del pago cuando el acreedor la acepta, o cuando la autoridad judicial desestima la oposición del acreedor.

Resulta necesario precisar, en fin, que no será frecuente, ante una consignación, que el acreedor la acepte sin oponerse, pues es notorio que por alguna razón el deudor tuvo que recurrir al procedimiento judicial de consignación: sea porque el acreedor no aceptó el ofrecimiento de pago, sea porque no estaba en condiciones de aceptarlo, o por cualquiera de los motivos analizados al tratar sobre el artículo 1252.

– **Análisis del nuevo texto del artículo 1253.**

Como ya lo hemos adelantado, el texto original del artículo 1253 del Código Civil Peruano de 1984 ha sido modificado por el Código Procesal Civil de 1993, habiendo quedado con la siguiente redacción:

**Artículo 1253.-** “El ofrecimiento judicial de pago y la consignación se tramitan como proceso no contencioso de la manera que establece el Código Procesal Civil.

*La oposición al ofrecimiento extrajudicial y, en su caso, a la consignación efectuada, se tramitan en el proceso contencioso que corresponda a la naturaleza de la relación jurídica respectiva.”*

Estimamos preciso, para analizar el nuevo texto del artículo 1253 del Código Civil Peruano, efectuar una distinción preliminar.

La norma acotada distingue el trámite que debe seguir el ofrecimiento judicial y el extrajudicial.

Dentro de tal orden de ideas se establece lo siguiente:

(a) **Si se trata de un ofrecimiento judicial.**

El nuevo texto del artículo 1253 dispone que el ofrecimiento judicial de pago y la consignación se tramitan como proceso no contencioso, de la manera que establece el Código Procesal Civil.

En este sentido debemos recordar que las normas a que se alude, relativas al Código Procesal Civil, son los artículos 802 a 816.

(b) **Si se trata de la oposición a un ofrecimiento extrajudicial.**

Según lo previsto por el segundo párrafo del nuevo texto del artículo 1253 del Código Civil Peruano, la oposición al ofrecimiento extrajudicial y, en su caso, a la consignación efectuada, se tramitan en el proceso contencioso que corresponda a la naturaleza de la relación jurídica respectiva.

Dentro de tal orden de ideas, podemos decir que serían susceptibles de presentarse las siguientes alternativas:

(b.1) *Que estemos ante un proceso de conocimiento.*

Si éste fuera el caso, nos encontraríamos en la necesidad de aplicar las disposiciones contenidas en los artículos 475 y siguientes del Código Procesal Civil.

Al respecto debemos precisar que las disposiciones generales del proceso de conocimiento establecen los parámetros generales dentro de los cuales se rige dicho proceso. Sólo a manera ilustrativa, haremos mención a las normas aludidas.

El artículo 475 dispone que se tramitan en proceso de conocimiento ante los Juzgados Civiles los asuntos contenciosos que:

1. No tengan una vía procedimental propia y, además, cuando por la naturaleza o complejidad de la pretensión, el Juez considere atendible su empleo;
2. La estimación patrimonial del petitorio sea mayor de trescientas Unidades de Referencia Procesal;
3. Sean inapreciables en dinero o haya duda sobre su monto, y siempre que el Juez considere atendible su empleo;
4. El demandante considere que la cuestión debatida sólo fuese de derecho; y
5. Los que la ley señale.

Adicionalmente, el artículo 476 prescribe que el proceso de conocimiento se inicia con la actividad regulada en la Sección Cuarta del Libro correspondiente del Código Procesal Civil, sujetándose a los requisitos que allí se establecen para cada acto.

En el numeral 477 se señala que, en los casos de los incisos 1 y 3 del artículo 475 -antes aludido-, la resolución debidamente motivada que declara aplicable el proceso de conocimiento en sustitución al propuesto, será expedida sin citación al demandado y es inimpugnable.

Por su parte, el artículo 478 dispone que los plazos máximos aplicables al proceso de conocimiento son:

1. Cinco días para interponer tachas u oposiciones a los medios probatorios, contados desde la notificación de la resolución que los tiene por ofrecidos;
2. Cinco días para absolver las tachas u oposiciones;

3. Diez días para absolver el traslado de las excepciones o defensas previas, contados desde la notificación de la demanda o de la reconvencción;
4. Diez días para absolver el traslado de las excepciones o defensas previas;
5. Treinta días para contestar la demanda y reconvenir;
6. Diez días para ofrecer medios probatorios si en la contestación se invocan hechos no expuestos en la demanda o en la reconvencción, conforme al artículo 440 del propio Código Procesal Civil;
7. Treinta días para absolver el traslado de la reconvencción;
8. Diez días para subsanar los defectos advertidos en la relación procesal, conforme al artículo 465 del Código Procesal Civil;
9. Veinte días para la realización de la audiencia conciliatoria, conforme al artículo 468 del Código Procesal Civil;
10. Cincuenta días para la realización de la audiencia de pruebas, conforme al segundo párrafo del artículo 471 del Código Procesal Civil;
11. Diez días, contados desde realizada la audiencia de pruebas, para la actuación de las audiencias especial y complementaria, de ser el caso;
12. Cincuenta días para expedir sentencia, conforme al artículo 211 del Código Procesal Civil; y
13. Diez días para apelar la sentencia, conforme al artículo 373 del Código Procesal Civil.

Por último, conviene anotar que el artículo 479 del referido cuerpo adjetivo establece que para los casos previstos en el

tercer párrafo del artículo 435 del Código Procesal Civil, los plazos serán de sesenta y noventa días, respectivamente.

(b.2) *Que estemos ante un proceso abreviado.*

En este caso serán de aplicación las normas previstas en los artículos 486 y siguientes del Código Procesal Civil.

El artículo 486, antes aludido, establece que se tramitan en proceso abreviado los siguientes asuntos contenciosos:

1. Retracto;
2. Título supletorio, Prescripción adquisitiva y Rectificación de áreas o linderos;
3. Responsabilidad civil de los Jueces;
4. Expropiación;
5. Tercería;
6. Impugnación de acto o resolución administrativa;
7. La pretensión cuyo petitorio tenga una estimación patrimonial mayor de veinte y hasta trescientas Unidades de Referencia Procesal;
8. Los que no tienen una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, por la naturaleza de la pretensión, el Juez considere atendible su empleo; y
9. Los que la ley señale.

Por su parte, el artículo 487 dispone que en el caso del inciso 8 del artículo 486, la resolución que declara aplicable el proceso abreviado, será expedida sin citación al deman-

dado y es inimpugnable; en tanto que el numeral 488 señala que son competentes para dirigir los procesos abreviados los Jueces Civiles y los de Paz Letrados. Estos últimos son competentes cuando la cuantía de la pretensión es mayor de veinte y hasta cincuenta Unidades de Referencia Procesal.

El artículo 489, por su parte, señala que es aplicable al proceso abreviado lo dispuesto en el artículo 476, con las modificaciones establecidas en el respectivo Capítulo; en tanto que el artículo 490 prescribe que es improcedente la reconvencción en los asuntos referidos en los incisos 1, 2, 3, 5 y 6 del artículo 486 del Código Procesal Civil.

El artículo 491, a su turno, anota que los plazos máximos aplicables al proceso abreviado son los siguientes:

1. Tres días para interponer tachas u oposiciones a los medios probatorios, contados desde la notificación de las resoluciones que los tienen por ofrecidos;
2. Tres días para absolver las tachas u oposiciones;
3. Cinco días para interponer excepciones o defensas previas, contados desde la notificación de la demanda o de la reconvencción;
4. Cinco días para absolver el traslado de las excepciones o defensas previas;
5. Diez días para contestar la demanda y reconvenir;
6. Cinco días para ofrecer medios probatorios si en la contestación se invocan hechos no expuestos en la demanda o en la reconvencción, conforme al artículo 440 del Código Procesal Civil;
7. Diez días para absolver el traslado de la reconvencción;
8. Quince días para la realización de la audiencia de sanea-

miento procesal y conciliación referida en el artículo 493 del Código Procesal Civil, contados desde el vencimiento del plazo para contestar la demanda o reconvenir;

9. Veinte días para la realización de la audiencia de pruebas, conforme al segundo párrafo del artículo 471 del Código Procesal Civil;
10. Cinco días para la realización de las audiencias especial y complementaria, de ser el caso;
11. Veinticinco días para expedir sentencia, conforme al artículo 211 del Código Procesal Civil; y
12. Cinco días para apelar la sentencia, conforme al artículo 373 del Código Procesal Civil.

De otro lado, debemos mencionar que el artículo 492 señala, para los casos previstos en el tercer párrafo del artículo 435 del Código Procesal Civil ("El plazo del emplazamiento será fijado por cada procedimiento, pero en ningún caso será mayor de sesenta días si el demandado se halla en el país, ni de noventa si estuviese fuera de él o se trata de persona indeterminada o incierta."), que los plazos serán de treinta y cuarenticinco días, respectivamente; en tanto que el numeral 493 dispone que el saneamiento procesal y la conciliación se realizarán en una sola audiencia de la manera que se indica a continuación:

1. Inicialmente el Juez actuará los medios probatorios que considere necesarios para el saneamiento del proceso, si se hubieran formulado excepciones o defensas previas; y luego procederá a pronunciarse sobre la validez de la relación procesal, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 465 del Código Procesal Civil. Si considera que la relación es inválida pero subsanable, concederá para ello un plazo de cinco días, sin alterar el curso de la audiencia;
2. A continuación, procederá a propiciar la conciliación entre

las partes, salvo que hubiera concedido apelación con efecto suspensivo; y

3. Si la conciliación no se produjera, procederá de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 471.

Por último, el artículo 494 del Código Procesal Civil establece que en el proceso abreviado tendrá efecto suspensivo la apelación de la resolución que declara improcedente la demanda, la que declara la invalidez de la relación procesal con carácter insubsanable, la que declara fundada una excepción o defensa previa y de la sentencia. Las demás apelaciones se concederán sin efecto suspensivo y tendrán la calidad de diferidas, salvo que el Juez decida su trámite inmediato, mediante resolución debidamente motivada.

(b.3) *Que estemos frente a un proceso sumarísimo.*

Este procedimiento es regulado por el Código Procesal Civil en sus artículos 546 y siguientes.

La primera de las normas citadas señala que se tramitan en proceso sumarísimo los siguientes asuntos contenciosos:

1. Alimentos;
2. Separación convencional y divorcio ulterior;
3. Interdicción;
4. Desalojo;
5. Interdictos;
6. Los que no tienen una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, porque debido a la urgencia de tutela jurisdiccional, el Juez considere atendible su empleo;

7. Aquellos cuya estimación patrimonial no sea mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal; y

8. Los demás que la ley señale.

Por su parte, el artículo 547 establece que son competentes para dirigir los procesos sumarísimos indicados en los incisos 2, 3, 5 y 6 del artículo 546 del Código Procesal Civil, exclusivamente los Jueces Civiles. Los Jueces de Paz Letrados conocerán los asuntos referidos en el inciso 1 del artículo 546 del Código Procesal Civil, siempre que exista prueba indubitable del vínculo familiar. En caso contrario son competentes los Jueces Civiles, salvo que se trate de alimentos de menores, en cuyos casos son competentes los Jueces del Niño y del Adolescente. En el caso del inciso 4 del artículo 546 del Código Procesal Civil, cuando la renta mensual es mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal o no exista cuantía, son competentes los Jueces Civiles. Cuando la cuantía sea hasta cinco Unidades de Referencia Procesal, son competentes los Jueces de Paz Letrados. En el caso del inciso 7 del artículo 546 del Código Procesal Civil, cuando la pretensión es hasta diez Unidades de Referencia Procesal es competente el Juez de Paz, y cuando supere ese monto, es el Juez de Paz Letrado.

El artículo 548 del mismo Código prescribe que es aplicable al proceso sumarísimo lo dispuesto en el artículo 476, con las modificaciones previstas en el respectivo Capítulo.

El artículo 549 señala que en el caso del inciso 6 del artículo 546, la resolución que declara aplicable el proceso sumarísimo, será expedida sin citación al demandado, en decisión debidamente motivada e inimpugnable; en tanto que el numeral 550 norma que para los casos previstos en el tercer párrafo del artículo 435 del Código Procesal Civil, los plazos serán de quince y veinticinco días, respectivamente.

El artículo 551 dispone que el Juez, al calificar la demanda,

puede declarar su inadmisibilidad o improcedencia, con arreglo a lo dispuesto por los artículos 426 y 427, respectivamente. Si declara inadmisibile la demanda, concederá al demandante tres días para que subsane la omisión o defecto, bajo apercibimiento de archivar el expediente. Esta resolución es inimpugnable. Si declara improcedente la demanda, ordenará la devolución de los anexos presentados.

El numeral 552 establece que las excepciones y defensas previas se interponen al contestarse la demanda. Sólo se permiten los medios probatorios de actuación inmediata; en tanto que el artículo 553 señala que las tachas u oposiciones sólo se acreditan con medios probatorios de actuación inmediata, que ocurrirá durante la audiencia prevista en el artículo 554 del Código Procesal Civil.

De otro lado, el referido artículo 554 ordena que al admitir la demanda, el Juez conceda al demandado cinco días para que la conteste. Contestada la demanda o transcurrido el plazo para hacerla, el Juez fijará fecha para la audiencia de saneamiento, conciliación, pruebas y sentencia, la que deberá realizarse dentro de los diez días siguientes de contestada la demanda o de transcurrido el plazo para hacerla, bajo responsabilidad. En esta audiencia pueden hacerse representar por apoderado, sin restricción alguna.

El artículo 555 prescribe que al iniciar la audiencia, y de haberse deducido excepciones o defensas previas, el Juez ordenará al demandante que las absuelva, luego de lo cual se actuarán los medios probatorios pertinentes a ellas. Concluida su actuación, si encuentra infundadas las excepciones o defensas previas propuestas, declarará saneado el proceso y propiciará la conciliación proponiendo su fórmula. De producirse ésta, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 470. A falta de conciliación, el Juez, con la intervención de las partes, fijará los puntos controvertidos y determinará los que van a ser materia de prueba. A continuación, rechazará los medios probatorios que considere inadmisibles o improcedentes y dispondrá la actuación de los referidos a las

cuestiones probatorias que se susciten, resolviéndolas de inmediato. Actuados los medios probatorios referentes a la cuestión de fondo, el Juez concederá la palabra a los Abogados que así lo soliciten. Luego, expedirá sentencia. Excepcionalmente, puede reservar su decisión por un plazo que no excederá de diez días contados desde la conclusión de la audiencia.

El artículo 556 dispone que la resolución citada en el último párrafo del artículo 551 del Código Procesal Civil, la que declara fundada una excepción o defensa previa y la sentencia son apelables con efecto suspensivo, dentro de tercer día de notificadas. Las demás son sólo apelables durante la audiencia, sin efecto suspensivo y con la calidad de diferidas, siendo de aplicación el artículo 369 en lo que respecta a su trámite.

Por otro lado, el artículo 557 expresa que la audiencia única se regula supletoriamente por lo dispuesto en el Código Procesal Civil para las audiencias conciliatoria y de prueba; en tanto que el artículo 558 señala que el trámite de la apelación con efecto suspensivo se sujeta a lo dispuesto en el artículo 376 (relativo al plazo y trámite de la apelación de autos con efecto suspensivo).

Debemos agregar que el artículo 559 del Código Procesal Civil establece que en el proceso sumarísimo no son procedentes:

1. La reconvencción;
2. Los informes sobre hechos;
3. El ofrecimiento de medios probatorios en segunda instancia; y
4. Las disposiciones contenidas en los artículos 428, 429 y 440 del propio Código Procesal Civil.

(b.4) *Que estemos ante un proceso cautelar.*

Resulta obvio que no vamos a mencionar los preceptos que el Código Procesal Civil contiene acerca del proceso cautelar (artículos 608 y siguientes), pues el tema no resulta pertinente respecto al pago por consignación. Simplemente lo uno y lo otro no tienen relación entre sí.

(b.5) *Que se trate de un proceso de ejecución.*

El Código Procesal Civil regula el proceso de ejecución en sus artículos 688 y siguientes.

La primera de las normas citadas señala que sólo se puede promover ejecución en virtud de:

1. Título ejecutivo; y
2. Título de ejecución.

El artículo 689, por su parte, señala que se aplica el proceso de ejecución cuando la obligación contenida en el título es cierta, expresa y exigible. Cuando la obligación es de dar suma de dinero, debe ser, además, líquida o liquidable mediante operación aritmética.

De otro lado, el artículo 690 establece que está legitimado para promover ejecución quien en el título ejecutivo o de ejecución tiene reconocido un derecho en su favor, contra aquel que en el mismo tiene la calidad de obligado. Cuando la obligación pueda afectar derecho de tercero, se debe notificar a éste con el mandato ejecutivo o de ejecución. La intervención del tercero se sujetará a lo dispuesto en el artículo 101.

Por su parte, el artículo 691 prescribe que el plazo para interponer apelación contra la sentencia es de cinco días, contados desde notificada ésta. En todos los casos en que en el

Título respectivo se conceda apelación con efecto suspensivo, es de aplicación el trámite previsto en el artículo 376, trámite que también se aplica a la apelación de la resolución final. Si la apelación es concedida sin efecto suspensivo, tendrá la calidad de diferida, siendo de aplicación el artículo 369 en lo relativo a su trámite.

Por último, debemos mencionar que el numeral 692 dispone que cuando se haya constituido prenda, hipoteca o anticresis en favor del ejecutante en garantía de su crédito, no podrá cautelarse éste con otros bienes del deudor, salvo que el valor de los bienes gravados no cubra el importe de lo adeudado por capital, intereses, costas y costos, o por otros motivos debidamente acreditados por el ejecutante y admitidos por el Juez en decisión inimpugnable.

En relación con el contenido del nuevo texto del artículo 1253, bajo comentario, y luego de haber efectuado un somero repaso acerca de la normatividad procesal que le resulta aplicable, podemos señalar que dicha norma distingue correctamente el ofrecimiento judicial y la consignación. Ambos se tramitan en un proceso no contencioso.

Sin embargo, de acuerdo con el Sub-Capítulo 7, Ofrecimiento de Pago y Consignación, de la Sección Sexta, Procesos No Contenciosos, del Código Procesal Civil, advertimos ciertos aspectos que deseamos anotar, como son los siguientes:

- (1) No habría diferencia alguna, en cuanto a proceso se refiere, para la oposición al ofrecimiento judicial o al extrajudicial.
- (2) El ofrecimiento judicial posterior al extrajudicial podría ser rechazado, ya que conforme al artículo 1252 del Código Civil Peruano, el judicial sólo procede cuando no se puede llevar a cabo uno extrajudicial.
- (3) El ofrecimiento extrajudicial depende de la diligencia del Notario que lo tenga a su cargo, pues debe hacerse cinco días antes del vencimiento -ni antes ni después-. Tal ofrecimiento

es válido desde que el acreedor es emplazado, es decir, que tiene que recibirlo en el mismo plazo.

– **Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1253.**

**Artículo 1253.-** “La consignación de dinero o de otros bienes que no es impugnada por el acreedor, dentro de los diez días siguientes a la fecha de su citación, surte los efectos del pago retroactivamente al día del ofrecimiento.”

– **Fundamento.**

Proponemos volver al texto original del Código Civil Peruano de 1984, en relación con el artículo 1253, con el mismo criterio que inspira nuestras propuestas de eventual modificación legislativa a las normas vigentes sobre el tema del pago por consignación, por considerar que las modificaciones introducidas por el Código Procesal Civil son totalmente inapropiadas.

– **Jurisprudencia peruana del artículo 1253.**

En relación al artículo 1253 del Código Civil, modificado por el nuevo Código Procesal Civil, tenemos las siguientes Ejecutorias Supremas:

- I.- “En el juicio que los legatarios siguen contra el heredero universal para el pago de los legados en dinero, se deben intereses de las cantidades legadas desde la fecha en que se demandó el pago de dichos legados.

La consignación en pago corta el curso de los intereses, los que sólo se deben hasta la fecha en que se hizo.” Ejecutoria del 4 de agosto de 1950. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 86, 1951, Página 271. (Artículos 1259 del Código Civil de 1936 y 1252 del Código Civil de 1984).

II.- "Es válida la consignación de los arrendamientos otorgados a favor de persona distinta de quien actualmente desempeña el cargo de administrador de la finca, si se omitió comunicar al inquilino en su oportunidad la designación de administrador y la consignación se hizo a nombre de quien antes cobraba los alquileres.

Como el desahucio por falta de pago de la renta se corta con la consignación de la debida, no sólo se cortó el procedimiento, sino que el inquilino no vino obligado al pago de costas." Ejecutoria del 2 de septiembre de 1950. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 86, 1951, Página 271. (Artículos 1259 del Código Civil de 1936 y 1252 del Código Civil de 1984).

III.- "La consignación de la merced conductiva sólo produce efectos legales desde la fecha en que se notifica válidamente." Ejecutoria del 5 de julio de 1966. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 276, 1967, Página 74. (Artículos 1259 del Código Civil de 1936 y 1252 del Código Civil de 1984).

IV.- "Procede el desahucio cuando el inquilino adeuda dos mensualidades adelantadas y 15 días más, en caso de haberse pactado su pago en esa forma.

Las consignaciones puestas en conocimiento del propietario con posterioridad a la interposición de la demanda, no hacen desaparecer la mora." Ejecutoria del 20 de mayo de 1968. Normas Legales, Número 52, 1968, Página 352. (Artículos 1254 y 1259 del Código Civil de 1936 y 1252 y 1333 del Código Civil de 1984).

V.- "Es improcedente la demanda de desahucio si el arrendatario, en cumplimiento de una orden de embargo, ha consignado la merced conductiva con conocimiento del propietario." Ejecutoria del 10 de marzo de 1972. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 337, Página 205. (Artículos 1259 del Código Civil de 1936 y 1252 del Código Civil de 1984).

VI.- "La consignación de la merced conductiva hecha con citación únicamente del anterior propietario, no surte los efectos del pago." Ejecutoria del 19 de enero de 1977. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 397, 1977, Página 227. (Artículos 1259 del Código Civil de 1936 y 1252 del Código Civil de 1984).

VII.- "Los derechos invocados con motivo de una consignación no pueden ser dilucidados en un procedimiento de impugnación." Revista de Jurisprudencia Peruana, 1980, Página 66. (Artículos 1260 del Código Civil de 1936 y 1253 del Código Civil de 1984).

VIII.- "El embargo trabado sobre la merced conductiva que abonan los sub-arrendatarios al inquilino, no lo libera de su obligación de abonar oportunamente los alquileres al locador.

Sólo la consignación efectuada con fecha anterior a la notificación con la demanda purga la mora incurrida." Ejecutoria del 16 de enero de 1981. Revista Jurídica del Perú, Número III, 1981, Página 306. (Artículos 1259 del Código Civil de 1936 y 1252 del Código Civil de 1984).

IX.- "La consignación es un medio que la ley ofrece al deudor para evitar el estado de mora.

La liberación del deudor se produce a partir de la fecha en que se le hace conocer al acreedor mediante consignación la consiguiente citación, tal como lo dispone el artículo 1259 del Código Civil." Ejecutoria del 18 de agosto de 1982. Normas Legales, Quinto Bimestre de 1982, Página 408. (Artículos 1259 del Código Civil de 1936 y 1252 del Código Civil de 1984).

X.- "El pago en consignación tiene eficacia desde que se notifica al consignatario y no desde la fecha de la interposición de la demanda incidental de pago en consignación, por cuanto, como dice el artículo 1252 del Código Civil, la consignación debe efectuarse con citación del acreedor." Ejecutoria del 21

de marzo de 1990. Normas Legales, Número 177, 1991, Página 275. (Artículos 1259 del Código Civil de 1936 y 1252 del Código Civil de 1984).

– **Concordancias nacionales.**

Consignación, casos en que procede, artículo 1251 del Código Civil / Ofrecimiento judicial o extrajudicial, artículo 1252 del Código Civil / Ofrecimiento de pago y consignación, artículos 802 y siguientes del Código Procesal Civil.

– **MOMENTO EN QUE SURTE EFECTOS LA CONSIGNACION.**

A su entrada en vigencia, en 1984, el texto del artículo 1254 del Código Civil, era el siguiente:

**Artículo 1254.-** “La consignación impugnada surte los efectos del pago retroactivamente al día del ofrecimiento, cuando la impugnación del acreedor se desestima por resolución con autoridad de cosa juzgada.”

- **Fuentes nacionales del artículo 1254.**

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.*

El *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*, trataba el punto en su artículo 851: “Cuando el acreedor rehúsa recibir su paga, el deudor puede hacerle ofertas de dinero contante, y en rehúsándose las, el acreedor consignará la suma o cosa ofrecida en poder de la persona que el juez designe. Las ofertas seguidas de la consignación dejan libre al deudor y hacen veces de paga cuando son hechas legítimamente, y la cosa consignada así corre de cuenta y riesgo del acreedor.”; en tanto que el *Código Civil de 1852*, carece de precedentes sobre la materia.

Por su parte, el *Proyecto de Código Civil de 1890* la abordaba en el numeral 2918: "La consignación que no es impugnada por el acreedor, surte todos los efectos del pago propiamente dicho; y la que lo sea, por no reunir las condiciones del artículo 2916, surte aquellos efectos desde que queda ejecutoriada en vía sumaria la sentencia que declara legal la consignación, salvo que en ella se exprese que el depósito extinguió la obligación desde que fue hecho."; mientras el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, lo hacía en el artículo 227: "La consignación que no fuere impugnada por el acreedor, surte todos los efectos del verdadero pago. Si fuere impugnada, por no reunir las condiciones debidas, surte los efectos del pago, desde el día de la **litis contestatio**, cuando la oposición del acreedor fuese desestimada por sentencia definitiva."; el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, en el numeral 217: "La consignación que no fuere impugnada por el acreedor, surte todos los efectos del verdadero pago. Si fuere impugnada por no reunir las condiciones debidas, surte los efectos del pago desde el día en que tuvo lugar cuando la oposición del acreedor fuese desestimada por sentencia definitiva."; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, en el artículo 1251: "La consignación que no fuese impugnada por el acreedor surte los efectos del pago desde el día en que tuvo lugar, cuando la oposición del acreedor sea desestimada."; y el *Código Civil de 1936*, en el artículo 1260: "La consignación que no fuese impugnada por el acreedor surte los efectos del pago. Si fue impugnada, surtirá los efectos del pago desde el día en que tuvo lugar, cuando la oposición del acreedor sea desestimada."

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, trataba el tema en el numeral 110: "La consignación que no fuese impugnada por el acreedor surte los efectos del pago. Si fue impugnada, surtirá los efectos del pago desde el día en que tuvo lugar, cuando la oposición del acreedor sea desestimada por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada."; mientras el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hacía en el artículo 111: "La

consignación impugnada surte retroactivamente los efectos del pago desde que la oposición del acreedor se desestime por sentencia con autoridad de cosa juzgada."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, en el artículo 1274: "La consignación impugnada surte retroactivamente los efectos del pago desde que la oposición del acreedor se desestime por sentencia con autoridad de cosa juzgada."; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, en el numeral 1221: "La consignación impugnada surte los efectos del pago retroactivamente al día del ofrecimiento cuando la impugnación del acreedor se desestime por resolución con autoridad de cosa juzgada."

#### – Fuentes y concordancias extranjeras.

El Código Civil Costarricense de 1888 (artículo 799) establece que si el depósito no fuere contestado, o si siéndolo fuere confirmado por sentencia, la cosa quedará a riesgo del acreedor, y la obligación extinguida desde la fecha del depósito; el Código Mexicano (artículos 2101 y 2102) dispone que si el juez declara fundada la oposición del acreedor para recibir el pago, el ofrecimiento y la consignación se tienen como no hechos, y agrega que aprobada la consignación por el juez, la obligación queda extinguida con todos sus efectos; y el Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1458) prescribe que hecha debidamente la consignación, podrá el deudor pedir al juez que mande cancelar la obligación. Mientras el acreedor no hubiere aceptado la consignación, o no hubiere recaído la declaración judicial de que está hecha, podrá el deudor retirar la cosa o cantidad consignada, dejando subsistente la obligación.

Por su parte, el Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 580) puntualiza que para que el pago por consignación sea válido se requiere: 1) que se consigne en un banco del lugar donde debe cumplirse la obligación debida; 2) que la consignación se haga antes de que el acreedor haya presentado demanda judicial; y 3) que se dé aviso al acreedor por correo certificado dentro de los cinco días siguientes a la consignación.

Por otro lado, el Código Suizo de las Obligaciones (artículo 94) establece que el deudor puede retirar la cosa consignada cuando el acreedor no hubiese declarado que él la aceptaba o cuando la consignación no tuvo como efecto la extinción de una prenda, agregando que el crédito renace con todos sus accesos desde el retiro de la consignación.

Adicionalmente, el Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y los Contratos de 1927 (artículo 192) señala que la validez de los ofrecimientos de pago requiere que: 1.- Sean hechos a un acreedor poseedor de capacidad de recibir o a quien pueda recibir por él.- 2.- Sean realizados por una persona capaz de pagar.- 3.- Sean por la totalidad de la suma o bienes exigibles, de los atrasos o intereses debidos, de los gastos líquidos y de una suma por los gastos ilíquidos.- 4.- Que el término haya vencido, si fue estipulado en favor del acreedor.- 5.- Que la condición haya acaecido.- 6.- Que los ofrecimientos sean hechos en el lugar convenido o en el domicilio del acreedor o aquél elegido para la ejecución del contrato.- 7.- Que los ofrecimientos sean realizados por un oficial especial para estos actos.

Según el Código Civil Alemán (artículo 376), el deudor tiene derecho a recuperar la cosa consignada, estando excluida la recuperación en los siguientes casos: 1. Si el deudor declara al establecimiento de consignación que renuncia al derecho de recuperación; 2. Si el acreedor declara la aceptación al establecimiento de consignación; 3. Si es presentada al establecimiento de consignación una sentencia firme, recaída entre el acreedor y el deudor, que declara la consignación conforme a derecho.

Este Código agrega (artículo 377) que el derecho a la recuperación no está sometido a embargo, y que si es abierto el concurso sobre el patrimonio del deudor, el derecho a la recuperación tampoco puede ser ejercitado por éste durante el concurso. Si la recuperación de la cosa consignada está excluida (artículo 378), el deudor queda liberado de su obligación mediante la consignación, de la misma forma que si hubiese cumplido la prestación para con el acreedor al tiempo de la consignación. Si la recuperación de la cosa consignada no está excluida (artículo 379), el deu-

dor puede remitir al acreedor a la cosa consignada. Mientras la cosa está consignada soporta el riesgo el acreedor, y el deudor no está obligado a pagar intereses ni a prestar indemnización por provechos no percibidos. Si el deudor recupera la cosa consignada, la consignación vale como no realizada.

El Código Alemán añade (artículo 380) que siempre que, según las determinaciones existentes para el establecimiento de consignación, sea necesaria o suficiente para la comprobación de que el acreedor está autorizado a recibir la cosa una declaración del deudor reconociendo esta autorización, el acreedor puede exigir del deudor la entrega de tal declaración, bajo los mismos presupuestos por los cuales estaría él autorizado a exigir la prestación si la consignación no se hubiese realizado. Por último, el artículo 382 del mismo Código prescribe que el derecho del acreedor a la suma consignada se extingue con el transcurso de treinta años a contar desde la recepción de la notificación de consignación, si el acreedor no se presenta antes en el establecimiento de consignación. En este caso el deudor está autorizado a la recuperación aunque haya renunciado a ese derecho.

#### – *Análisis.*

El texto original del artículo 1254 del Código precisaba el momento a partir del cual surtía efectos la consignación, cuando la impugnación del acreedor hubiese sido desestimada.

Así, el precepto bajo comentario establecía que la consignación cuya oposición hubiese sido desestimada por resolución con autoridad de cosa juzgada, surtía los efectos del pago retroactivamente al día del ofrecimiento.

Como se advierte, el Código Civil recogía el principio originalmente previsto en el artículo 1253 -antes analizado-, de suerte que los efectos de la consignación no impugnada o cuya impugnación era desestimada por resolución judicial con autoridad de cosa juzgada, operaban **ex-nunc**, tomándose como punto de referencia el día del ofrecimiento del pago. Ello en razón de que

si ese día el acreedor hubiese aceptado recibir el pago que se le ofrecía, ese mismo día habría quedado pagada la obligación.

Dentro de tal orden de ideas, resulta absolutamente clara la solución dada al tema por el Código Civil Peruano en el artículo 1254 que originalmente entró en vigor.

Sobre esta materia resulta de singular importancia lo anotado por Alfredo Colmo<sup>(1)</sup>, quien plantea el problema del acreedor que impugna la consignación por cualquier motivo, ya por insuficiente, ya por no ser hecha en tiempo, etcétera, y no obstante pide que, correspondiendo ella, al menos en parte, a lo que es debido, le sea entregada. A su turno, el deudor y consignante se opone, alegando que debe esperarse a la sentencia que defina la situación, y que, además, con tal entrega se le vulnera el eventual derecho de retirar la consignación antes de la sentencia, que es garantizado por la propia ley.

A este respecto señala Colmo que en su época la jurisprudencia argentina se orientó en el sentido de la tesis del acreedor.

Considera que corresponde aprobar tal jurisprudencia, pues si el deudor consigna "en pago", reconoce que por lo menos adeuda lo consignado. Sobre ese punto de fondo hay conformidad entre las dos partes, de tal suerte que nos encontramos dentro de lo dispuesto en la ley: esencialmente se tiene aceptación de parte del acreedor. Ello tanto más cuanto que habiéndose desprendido el deudor de lo consignado, no puede tener interés alguno en que lo pagado continúe inactivo durante la secuela del juicio, que suele durar años plurales, al paso que el acreedor, que es su dueño, tiene todo el interés imaginable para hacerlo útil y fructífero.

Precisa Colmo que otra cosa ocurriría si la consignación fuese impugnada en su fondo: el consignante se titula gestor y tercero, mientras que el demandado le asigna condición de inquilino y

---

(1) COLMO, Alfredo. Op. cit., Páginas 439 y siguientes.

obligado, etc.; y entonces no hay aquella conformidad, y el consignante conserva libre su derecho de retirar lo consignado, así como el acreedor no tiene derecho de pedir la entrega de lo consignado.

Por nuestra parte debemos decir que coincidimos con las expresiones vertidas por el citado profesor argentino. El supuesto que plantea Colmo no es otro que el del cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, relativo al pago por consignación.

Cuando el deudor pretende efectuar un pago parcial, tardío o defectuoso, su acreedor tiene el derecho de oponerse a tal pago, por contravenir a los principios de identidad o integridad que son doctrinas unánimes en el Derecho de Obligaciones.

En tal hipótesis, si el ofrecimiento de pago del deudor ha sido seguido por la negativa del acreedor, dicho deudor podría recurrir al procedimiento consignatorio. Aquí el acreedor estaría en capacidad de adoptar diversas actitudes.

Una primera podría consistir en aceptar lo consignado, sin reservas, supuesto poco usual por cuanto dicha aceptación se contrapondría a la negativa inicial. Un segundo camino podría ser el de oponerse a la consignación efectuada, por las mismas razones por las que anteriormente se opuso al pago directo. Y, por último, también podría ocurrir que se produjera la hipótesis planteada por Colmo, es decir, que el acreedor acepte la consignación parcial, defectuosa, pero con las respectivas reservas en tal sentido. Si se tratase de una consignación tardía, y el acreedor la aceptase, por más reservas que efectuare, estaría consolidando el pago, y luego tendría únicamente derecho a pedir una indemnización por daños y perjuicios, si éstos se hubiesen producido, pero no una rebaja en la contraprestación que él tuviese respecto del deudor (situación que sí se presentaría en los casos en que se aceptara una consignación parcial o defectuosa).

Pero, aunque resultaría un supuesto extraño, por lo menos en el aspecto teórico no deberíamos descartar la posibilidad de que se presente la hipótesis inversa, es decir, aquella consistente

en una consignación en la cual el acreedor no se opone a la totalidad de la misma sino sólo a una parte de ella. Podría ocurrir que éste considere que el deudor le debe menos de aquello que en realidad le ha ofrecido y está consignando, pero, más allá de esta consideración, estime que parte de lo consignado corresponde -en estricto derecho- a una deuda que el deudor mantiene con él. Por eso el acreedor no impugnará la totalidad de lo consignado, sino sólo parte de ello y, por lo mismo, al momento del ofrecimiento del pago, es muy probable que el deudor haya ofrecido el pago de la totalidad de lo que cree que debe al acreedor y que éste se haya negado a aceptar, por considerar que se le estaba pagando de más. En este sentido, el acreedor puede haber creído que el deudor estaba haciendo un pago indebido -en cuanto al exceso se refiere-.

Y es en estricta aplicación de los principios de identidad y de integridad de la prestación, que tanto deudor como acreedor no pudieron seguir adelante ante el impase en el que se encontraban. El deudor, porque considera deber una cantidad mayor de la que el acreedor cree que se le debe. El acreedor, por razones inversas a las del deudor. En tal situación, ni uno deseaba pagar menos, ni el otro recibir más.

Pero lo que ni uno ni otro han discutido ni negado en algún momento es que exista una obligación por una cantidad o concepto menor que el ofrecido por el deudor.

Por las razones expuestas, coincidimos con Colmo cuando señala que en este caso debe entenderse que la parte de lo consignado sobre la cual el acreedor no ha formulado oposición surtirá los efectos del pago retroactivamente. Sobre la parte de lo consignado acerca de la cual el acreedor ha formulado oposición, ésta no surtirá efectos, sino en el caso de que su oposición sea desestimada por resolución con autoridad de cosa juzgada, naturalmente con efecto retroactivo al día en que el deudor hizo el ofrecimiento de pago.

Evidentemente, si es declarada fundada la oposición parcial formulada por el acreedor sobre la consignación efectuada, tam-

bién por resolución con autoridad de cosa juzgada, nunca habrá surtido efectos el pago de dicha porción de lo consignado, debiendo el deudor retirarla de la persona o entidad que corresponda.

Agrega Colmo que la sentencia que declare la validez de la consignación, equivale a la declaración de aceptación de la misma, que debió hacer oportunamente el acreedor, en virtud de lo cual los derechos de las partes quedan definitivamente fijados, y no pueden ser alterados sino por acuerdo de las mismas. De ahí que, si ha habido sentencia declarando válida la consignación, el deudor no puede retirarla, ni con consentimiento del acreedor, en perjuicio de sus codeudores o fiadores. Si hay sentencia firme, el deudor no puede retirar la consignación, como no podría retirarla en el supuesto de que el acreedor la hubiera aceptado, por lo mismo que ya no le pertenece lo consignado. Considera Colmo que el deudor puede retirar la consignación si el acreedor consiente en ello, exactamente como podría hacerlo si se tratase de una consignación aceptada por éste, y como podría hacerlo en cualquier otro supuesto posible, pero sin afectar al deudor a sus codeudores o fiadores.

Colmo añade que si ese acuerdo se produce y la consignación es retirada, los derechos de los codeudores o fiadores quedarán indemnes: la validez de la consignación implica el pago de la respectiva obligación, que así ha quedado extinguida, por lo cual con ella se han extinguido las obligaciones accesorias de los garantes. Y más aún, los codeudores y fiadores han podido considerar, con todo derecho, que esa extinción definitiva les dejaba libertad de acción para consagrarse a otras actividades y obligaciones, por donde la subsistencia de la obligación primitiva podría perjudicarles. El retiro de la consignación es un hecho personal, que sólo puede gravitar sobre sus autores.

#### – *Análisis del nuevo texto del artículo 1254.*

Tal como lo adelantáramos, el texto del artículo 1254 del Código Civil Peruano de 1984 fue modificado por el Código Procesal Civil de 1993, con la siguiente redacción:

**Artículo 1254.-** “El pago se reputa válido con efecto retroactivo a la fecha de ofrecimiento, cuando:

1. *El acreedor no se opone al ofrecimiento judicial dentro de los cinco días siguientes de su emplazamiento;*
2. *La oposición del acreedor al pago por cualquiera de las formas de ofrecimiento, es desestimada por resolución con autoridad de cosa juzgada.*

*El ofrecimiento judicial se entiende efectuado el día en que el acreedor es válidamente emplazado. El extrajudicial se entiende efectuado el día que es puesto en conocimiento.”*

Consideramos conveniente, no obstante tratarse en el fondo sobre el mismo tema que el contenido en el texto original, efectuar un análisis por separado del nuevo artículo 1254 del Código Civil Peruano.

En principio, el precepto mantiene la premisa de que la consignación que prospere tendrá efecto retroactivo al momento del ofrecimiento de pago. Todo ello concuerda plenamente con los fundamentos que vertimos al analizar el texto original del artículo 1254, bajo comentario.

Pero, posteriormente, la norma intenta ser más explícita, efectuando una enumeración de los casos en los cuales dicha consignación surte los efectos del pago de manera retroactiva.

Dentro de tal orden de ideas, el nuevo texto del artículo 1254 señala que el efecto retroactivo se dará cuando:

- (1) ***El acreedor no se opone al ofrecimiento judicial dentro de los cinco días siguientes a su emplazamiento.***

Sobre este punto anotamos que al retrotraer el precepto el pago válido a la fecha del ofrecimiento, se está considerando pagada la obligación aun cuando no había vencido (el ofrecimiento debe hacerse 5 ó 10 días antes del vencimien-

to), es decir, se estaría realizando una especie de pago anticipado.

Asimismo, debe precisarse que, si en la obligación se hubiese convenido el plazo en beneficio del acreedor, éste ya no podría negarse a aceptar el pago antes del vencimiento.

Lo expresado anteriormente tiene su fundamento en que la norma bajo comentario debemos concordarla con el nuevo texto del tercer párrafo del artículo 1252 del propio Código Civil, cuando alude al ofrecimiento extrajudicial y señala que el mismo debe efectuarse de la manera que estuviera pactada la obligación y, en su defecto, mediante carta notarial curada al acreedor con una anticipación no menor de cinco días anteriores a la fecha de cumplimiento debido, si estuviera determinado; y si no lo estuviera con una anticipación de diez días a la fecha de cumplimiento que el deudor señale.

Sin lugar a dudas el problema planteado por el referido tercer párrafo del artículo 1252, en relación con el ofrecimiento anticipado (de cinco días), configura una situación muy especial y que resulta contraria a los principios jurídicos más elementales.

Dentro de tal orden de ideas, podría presentarse el supuesto en que el deudor efectúe un ofrecimiento extrajudicial de pago con los cinco días de anticipación señalados por el nuevo artículo 1252, y que el acreedor se oponga al mismo por anticipado, pero que lo acepte una vez que resulte oportuno.

Ahora bien, debemos reparar que el inciso 1 del artículo 1254 del nuevo texto que estamos comentando, se refiere al ofrecimiento judicial. Así, el mismo sólo sería de aplicación a los casos en que el deudor recurra a efectuar un ofrecimiento judicial de pago. Es aquí en donde el nuevo texto del artículo 1254 modifica el plazo que establecía el texto original del artículo 1253 del Código Civil Peruano de 1984, de diez

días. Con la variación introducida, el plazo se reduce a cinco días, contados desde la citación (denominación del artículo 1253 original) o emplazamiento (nomenclatura del artículo 1254 modificado).

En relación con la conveniencia de haber reducido el plazo, parece que ello no resulta oportuno, porque la celeridad procesal no justifica impedir que el acreedor disponga de un lapso razonable para que atienda las circunstancias de la consignación efectuada y decida si formula o no oposición.

(2) ***La oposición del acreedor al pago por cualquiera de las formas de ofrecimiento es desestimada por resolución con autoridad de cosa juzgada.***

Este es, en rigor, el texto original del artículo 1254 del Código Civil, el mismo que ha servido de base para la posterior elaboración del precepto comentado.

En tal sentido, baste con lo señalado en las páginas precedentes sobre el particular.

Antes de concluir el análisis del nuevo texto del artículo 1254 del Código Civil, debemos referirnos a su última parte, en la que se expresa que el ofrecimiento judicial se entiende efectuado el día en que el acreedor es válidamente emplazado, en tanto que el extrajudicial se entiende efectuado el día en que es puesto en conocimiento.

La anterior resulta una verdad de Perogrullo, pues es obvio que el ofrecimiento judicial no puede entenderse efectuado sino el día del emplazamiento o citación al acreedor, es decir, cuando se le notifica el mismo.

Lo propio ocurre en relación con el ofrecimiento extrajudicial de pago, cuando el precepto señala que se entenderá efectuado el día en que es puesto en conocimiento. En este caso la situación de la norma es aun más obvia que en el anterior supuesto, pues en ningún caso podría entenderse que se verifica un ofreci-

miento de pago hasta el momento en que realmente se efectúa. Para ello no era necesario regla legal alguna. Hubiera bastado guardar silencio al respecto, pues es suficiente recurrir a las normas generales sobre consentimiento previstas por el Código Civil (artículos 1373 y siguientes) y, en especial, al artículo 1374 que establece que la oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que éste pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla.

Por ello el último párrafo del nuevo artículo 1254 constituye una demasía.

– ***Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1254.***

**Artículo 1254.-** “La consignación impugnada surte los efectos del pago retroactivamente al día del ofrecimiento, cuando la impugnación del acreedor se desestima por resolución con autoridad de cosa juzgada.”

– ***Fundamento.***

Consideramos, al igual que en el caso de las normas anteriores sobre pago por consignación, que debemos volver a los textos originales del Código Civil de 1984, por guardar mayor coherencia y simplicidad. Los nuevos preceptos contenidos en el Código Procesal Civil enturbian la labor del intérprete.

– ***Jurisprudencia peruana del artículo 1254.***

En relación con el artículo 1254 del Código Civil, modificado por el Código Procesal Civil de 1993, tenemos las siguientes Ejecutorias Supremas:

- I.- “La consignación condicional significa, realmente, una propuesta de transacción, que no implica pago.” Ejecutoria del 6 de noviembre de 1876. Anales Judiciales, 106, Página 69. (Artículos 1260 del Código Civil de 1936 y 1253 del Código Civil de 1984).
- II.- “Desde que la consignación se verifica son de cuenta del acreedor todos los riesgos de la cosa consignada, salvo caso de impugnación de la consignación y que ella se declare fundada.” Ejecutoria del 30 de abril de 1901. Calle, “Vistas Fiscales”, Tomo III, Página 21. (Artículos 1260 del Código Civil de 1936 y 1253 del Código Civil de 1984).
- III.- “Para que la consignación en pago se estime como tal, es indispensable que sea simple y llana, sin ninguna condición que pueda interrumpir la acción inmediata de su efectividad.” Ejecutoria del 31 de diciembre de 1924. El D.J. del 17 de febrero de 1925. (Artículos 1260 del Código Civil de 1936 y 1253 del Código Civil de 1984).
- IV.- “La consignación hecha por el deudor reservándose el derecho de oponerse a la ejecución, no suspende la vigencia de los intereses.” Anales Judiciales, 1908, Página 636. Revista de los Tribunales, 1933, Página 127. (Artículos 1260 del Código Civil de 1936 y 1253 del Código Civil de 1984).
- V.- “La consignación diminuta no produce los efectos del pago, aunque no hubiera sido impugnada por el acreedor.” Boletín Judicial, Números 8 a 10, Página 336. Revista Jurídica, 1971, Página 22. “El Peruano”, 8 de mayo de 1933. (Artículos 1260 del Código Civil de 1936 y 1253 del Código Civil de 1984).
- VI.- “La oposición a la consignación debe ser resuelta declarando si el deudor queda libre o no de la obligación mediante la consignación efectuada.” Anales Judiciales, 1957, Página 30. (Artículos 1260 del Código Civil de 1936 y 1253 del Código Civil de 1984).

- VII.- “No procede el desahucio por ocupación precaria cuando el propietario no impugna la consignación hecha a su nombre en concepto de merced conductiva, aunque el demandado se haya introducido en la casa sin consentimiento del dueño y sin haber formalizado contrato de arrendamiento.” Ejecutoria del 30 de abril de 1959. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 189, 1959, Página 1119. (Artículos 1260 del Código Civil de 1936 y 1254 del Código Civil de 1984).
- VIII.- “La consignación de la merced conductiva en especie en un molino de pilar arroz produce los efectos del pago si no ha sido impugnada por el propietario, aun cuando su valor se haya pagado con un cheque sin fondos girado por el depositario.” Ejecutoria del 3 de mayo de 1962. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 221, 1962, Página 786.
- IX.- “La obligación de pagar intereses abarca sólo el período comprendido entre la fecha del vencimiento de la obligación y la de la consignación.  
  
Al consignarse el capital adeudado, la liquidación de intereses debe hacerse con posterioridad por no ser aplicable al caso el artículo 1266 del Código Civil.” Ejecutoria del 12 de junio de 1972. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 341, 1972, Página 745. (Artículos 1260, 1266 y 1324 del Código Civil de 1936 y 1253, 1257 y 1324 del Código Civil de 1984).
- X.- “Los ejecutados que consignan el importe adeudado tan pronto como se les notifica el auto de pago, sólo están obligados a abonar los intereses hasta la fecha de la consignación, los que deben ser calculados conforme al contrato.” Ejecutoria del 22 de marzo de 1972. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 338, 1972, Página 341. (Artículos 1260 del Código Civil de 1936 y 1253 del Código Civil de 1984).
- XI.- “La impugnación a la consignación de pagos que se efectúan en períodos sucesivos, como en el contrato de locación-conducción, debe tramitarse como incidente.” Ejecuto-

ria del 7 de agosto de 1973. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 356, 1973, Página 1122. (Artículos 1260 del Código Civil de 1936 y 1253 del Código Civil de 1984).

XII.- "No es de cargo del conductor fijar el monto del aumento de la merced conductiva cuando se ha pactado que será reajustado en el mismo porcentaje que el del costo de vida.

La consignación de la última renta pagada, mientras no esté precisado el monto de ese aumento, impide la mora.

La presunción legal del artículo 957 del Código de Procedimientos Civiles no es de aplicación cuando se desvirtúa mediante la prueba pertinente.

No es causal de nulidad de actuados el no tener a la vista expedientes ofrecidos en parte de prueba, si no se relacionan con la materia de debate." Ejecutoria del 12 de febrero de 1975. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 375, 1975, Página 371. (Artículos 1247 y 1261 del Código Civil de 1936 y 1221 y 1254 del Código Civil de 1984).

XIII.- "El locador acepta tácitamente que siga vigente el anterior alquiler, si no exige el aumento estipulado, y en tal virtud la consignación de aquel importe surte los efectos del pago." Ejecutoria del 5 de mayo de 1975. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 376, Página 518. (Artículos 1260 del Código Civil de 1936 y 1254 del Código Civil de 1984).

XIV.- "Es infundada la demanda de desahucio por falta de pago si el demandado consignó la renta adeudada, presentó el escrito correspondiente y se dictó la resolución respectiva, con anterioridad a la interposición de aquélla, aun cuando la consignación fue modificada con posterioridad a ésta." Ejecutoria del 10 de octubre de 1975. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 383, 1975, Página 1342. (Artículos 1260 del Código Civil de 1936 y 1253 del Código Civil de 1984).

XV.- "Para que exista mora debe mediar requerimiento judicial o extrajudicial del acreedor.

La consignación de la renta con anterioridad a la interposición de la demanda, y justificada la falta de pago oportuno de la misma, son razones para declarar infundada una demanda de desahucio." Ejecutoria del 20 de febrero de 1976. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 388, 1976, Página 550. (Artículos 1254 y 1260 del Código Civil de 1936 y 1253 y 1333 del Código Civil de 1984).

XVI.- "Produce los efectos del pago la consignación de la merced conductiva a nombre de quien aparecía en posesión del derecho de cobrarla, por no haberse puesto en conocimiento del arrendatario la venta efectuada y continuar el vendedor girando los recibos correspondientes." Ejecutoria del 1 de marzo de 1976. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 388, Página 551. (Artículos 1239 y 1260 del Código Civil de 1936 y 1225 y 1253 del Código Civil de 1984).

XVII.- "La consignación del precio de un contrato de compraventa produce los efectos del pago si la impugnación es declarada improcedente por extemporánea y el interesado no cuestiona la validez de la resolución que dio por bien hecha la notificación de aquélla. El vendedor que acepta la amortización del pago de un precio efectuado con posterioridad a la demanda de rescisión, convalida el contrato de venta." Revista de Jurisprudencia Peruana, 1978, Página 753. (Artículos 1260 del Código Civil de 1936 y 1254 del Código Civil de 1984).

XVIII.- "La impugnación deducida contra una consignación no se tramita en la vía sumaria. Para ello se requiere de una demanda en forma." Ejecutoria del 10 de abril de 1978. Normas Legales, Número 93, 1978, Página 462. (Artículos 1258 y 1260 del Código Civil de 1936, 1251 y 1253 del Código Civil de 1984 y 1251 del Código Procesal Civil).

XIX.- "No siendo la consignación un juicio, sino una forma de pago, producida la impugnación, ésta no tiene trámite o procedimiento alguno para su resolución, debiendo reservarse su validez para el proceso que al respecto se promueva." Revista de Jurisprudencia Peruana, 1978, Página 557. "El Peruano", 24 de marzo de 1979. (Artículos 1260 del Código Civil de 1936 y 1254 del Código Civil de 1984).

XX.- "Las impugnaciones a las consignaciones efectuadas no tienen trámite o proceso alguno para su resolución, por lo que al haber sido tramitadas aquéllas como una acción sumaria, se ha incurrido en nulidad de lo actuado." "El Peruano", 24 de marzo de 1979. (Artículos 1260 del Código Civil de 1936 y 1254 del Código Civil de 1984).

XXI.- "Los derechos invocados con motivo de una consignación en cumplimiento de un contrato de promesa de venta no pueden ser dilucidados en un procedimiento de impugnación." Ejecutoria del 4 de julio de 1979. Revista de Jurisprudencia Peruana, Números 432 y 433, 1980, Página 66. (Artículos 1260 del Código Civil de 1936 y 1253 del Código Civil de 1984).

XXII.- "No basta que una consignación sea impugnada para que deje de surtir los efectos de pago, sino que es necesario que sobre la misma recaiga resolución amparándola o denegándola." Ejecutoria del 11 de junio de 1987. "El Peruano", 9 de agosto de 1988. (Artículos 1260 del Código Civil de 1936 y 1253 del Código Civil de 1984).

#### – **Concordancias nacionales.**

Requisitos para el pago por consignación, artículo 1251 del Código Civil.

#### – **POSIBILIDADES DE DESISTIMIENTO DE LA CONSIGNACION. REQUISITOS.**

A su entrada en vigencia, en 1984, el texto original del artículo 1255 del Código Civil Peruano era el siguiente:

**Artículo 1255.-** "La consignación puede ser retirada por quien la efectuó, en los siguientes casos:

1. *Antes de su aceptación por el acreedor.*
2. *Cuando hay impugnación, mientras ésta no sea desestimada por resolución con autoridad de cosa juzgada."*

#### – **Fuentes nacionales del artículo 1255.**

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.*

El *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*, trataba el tema en su artículo 855: "Mientras la consignación no sea aceptada por el acreedor, el deudor la puede retirar; y si la retira, sus coobligados y fiadores no quedan libres."; en tanto que el *Código Civil de 1852*, al igual que el *Proyecto de Código Civil de 1890*, no legislaban sobre el particular.

Por su parte, el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, legislaba sobre la materia en el artículo 229: "Mientras el acreedor no hubiese aceptado la consignación, o no la impugnare, podrá el deudor retirar la cosa o cantidad consignada, quedando subsistente la obligación."; el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, en el numeral 219: "Mientras el acreedor no hubiese impugnado la consignación, podrá el deudor retirar la cosa o cantidad consignada, quedando subsistente la obligación."; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, en el artículo 1252: "Si el acreedor impugnase la consignación, podrá el deudor retirar la cosa o cantidad consignada, a no ser que hubiese recaído resolución judicial."; y el *Código Civil de 1936*, en el numeral 1261: "Si el acreedor impugnase la consignación, podrá el deudor retirar la cosa o cantidad consignada, a no ser que hubiese recaído resolución judicial declarándola fundada."

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, trataba sobre el tema en su artículo 111: "Si el acreedor impugnase la consignación, podrá el deudor retirar la cosa o cantidad consignada, a no ser que hubiese recaído sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada declarándola fundada."; mientras el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hacía en el numeral 112: "Quien consignó podrá retirar la prestación antes que el acreedor la acepte o, en caso de impugnación, antes que ésta se desestime por sentencia con autoridad de cosa juzgada."; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, en el numeral 1275: "Quien consignó podrá retirar la prestación antes que el acreedor la acepte o, en caso de impugnación, antes que ésta se desestime por sentencia con autoridad de cosa juzgada."; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, en el artículo 1222: "La consignación puede ser retirada por quien la efectuó, en los siguientes casos: 1. Antes de su aceptación por el acreedor.- 2. Cuando hay impugnación, mientras ésta no sea desestimada por resolución con autoridad de cosa juzgada."

#### - Fuentes y concordancias extranjeras.

Coinciden con el artículo 1255 del Código Civil Peruano de 1984, entre otros, los Códigos Civiles Costarricense de 1888 (artículo 800), Panameño (artículo 1066, segundo párrafo), Portorriqueño de 1930 (artículo 1134, segunda parte), Ecuatoriano (artículo 1649), Venezolano de 1942 (artículo 1310), Uruguayo (artículo 1485), Venezolano de 1880 (artículo 1210), Chileno (artículo 1606), Boliviano de 1976 (artículo 335, primer párrafo), Boliviano de 1831 (artículo 852), Español (artículo 1180, segundo párrafo), Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 336), Portugués de 1967 (artículo 845), Brasileño (artículo 977), Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículos 195, inciso 1, y 196, inciso 2), Código Civil de la Provincia de Québec (artículos 1166 y 1167), Suizo (artículo 94) y Alemán (artículo 376, incisos 2 y 3).

El Código Civil Francés (artículos 1261 y 1262) establece que mientras que la consignación no haya sido aceptada por el acreedor, el deudor puede retirarla; y, si la retira, no se liberan sus codeudores o sus fiadores; y cuando el propio deudor haya obtenido una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada que haya declarado sus ofrecimientos y su consignación buenos y válidos, no puede ya, ni siquiera con el consentimiento del acreedor, retirar su consignación en perjuicio de sus codeudores o sus fiadores.

Por otra parte, el Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 590) dispone que el depósito puede ser retirado por el deudor, mientras la consignación no haya sido aceptada, o no exista sentencia que la declare válida; señala, además, que una vez retirado el depósito, la obligación renace con todos sus accesorios y que después de declarada válida la consignación, el retiro del depósito requiere la conformidad del acreedor, lo que no perjudicará a los codeudores o fiadores.

De otro lado, el Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1412) prescribe que el deudor puede retirar la consignación mientras el acreedor no la haya aceptado o no fuere declarada válida.

Señala además que en tales casos la obligación subsistirá con todas sus condiciones, modalidades y garantías.

Por su parte, el Código Etíope (artículo 1783) expresa que el deudor puede retirar la cosa o el dinero que haya consignado: 1.- Aun habiendo sido reconocida como válida, siempre y cuando el acreedor no haya comunicado su aceptación.- 2.- Ante la reaparición del crédito.- 3.- Cuando no renacen las garantías en las que se adecuaba la consignación reconocida judicialmente como válida.

Debe mencionarse que el Código de la República de China de 1930 (artículo 329) preceptúa que el acreedor puede retirar la cosa en cualquier momento; sin embargo, si el pago del deudor estaba subordinado a una contraprestación del acreedor, el deudor puede oponerse a tal retiro hasta que el acreedor cumpla con su contraprestación.

Por su parte, el Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 197) establece que el acreedor que consintió en que el deudor retire lo consignado, pese a que ello fue declarado judicialmente válido por resolución judicial con carácter de cosa juzgada, no puede, por el pago de su crédito, ejercitar los privilegios o hipotecas establecidas.

El Código Venezolano de 1942 (artículo 1311) y el Código Venezolano de 1880 (artículo 1211) disponen que cuando el deudor ha obtenido una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, la cual haya declarado buenos y válidos la oferta y el depósito, no puede, ni aun con el consentimiento del acreedor, retirar el depósito en perjuicio de sus codeudores o de sus fiadores.

El Código Civil Argentino (artículo 763) prescribe, en fin, que si declarada válida la consignación, el acreedor consiente que el deudor la retire, no puede, para el pago de su crédito, aprovecharse de las garantías o seguridades que le competían; y los codeudores y fiadores quedarán libres.

#### – *Análisis.*

El artículo 1255 del Código Civil Peruano de 1984, en su texto original, establecía los supuestos en los cuales la consignación podía ser retirada por quien la había efectuado. Debemos señalar que la premisa básica para retirar la consignación es que el acreedor (o supuesto acreedor) no esté de acuerdo con la misma, vale decir, que no la haya aceptado.

En tal sentido, el retiro de la consignación podía efectuarse en dos supuestos:

#### (1) ***Cuando el acreedor no la haya aceptado.***

Consideramos que el inciso primero del artículo bajo comentario debió referirse a un supuesto acreedor, por cuanto no siempre se tendrá la certeza de que se trate de un acreedor.

Sin embargo, el empleo de la palabra “acreedor” se debe a que éste usualmente lo es, pero no acepta la prestación por considerar que no es la que corresponde.

Por ello, tal vez resultaría conveniente la utilización de ambas expresiones, esto es, la de acreedor o supuesto acreedor.

Expresa Alfredo Colmo<sup>(1)</sup> que mientras el acreedor no hubiese aceptado la consignación, o no hubiese recaído declaración judicial teniéndola por válida, podrá el deudor retirar la cantidad (prestación) consignada, caso en el cual la obligación renacerá con todos sus accesorios.

En cuanto al desistimiento por parte del deudor de la consignación efectuada, debemos señalar que el Código Civil no contempla un plazo determinado para que el mismo opere (a

---

(1) COLMO, Alfredo. Op. cit., Página 438.

diferencia de lo que ocurre con la posibilidad del acreedor para impugnar u oponerse a la misma -artículo 1253 original y 1254 modificado-).

El Código Civil, para el desistimiento de la consignación, establece una condición resolutoria (en relación con el deudor consignante), la misma que estará dada por el hecho de que el acreedor no acepte tal consignación. Esta circunstancia se presenta, para el deudor, al momento en que efectúa la consignación, cuyo destino constituye un hecho futuro e incierto, pues no depende de su voluntad, sino de la voluntad del acreedor, que la acepte o no.

Dentro de tal orden de ideas, hablamos de condición resolutoria porque el deudor podría retirar lo consignado sólo hasta antes de que el acreedor lo acepte. Después ya no lo podrá hacer, porque la aceptación del acreedor a la consignación determinaría que ella surtiera de inmediato los efectos del pago. Aquí ya no cabría marcha atrás.

Naturalmente que el supuesto del inciso 1 del texto original del artículo 1255 del Código Civil supone que no se haya producido impugnación alguna por el acreedor, pues de ser este el caso ingresaríamos a lo previsto por el inciso 2 del mismo numeral.

- (2) ***Cuando el supuesto acreedor haya impugnado la consignación efectuada, y todavía no haya sido desestimada dicha impugnación por resolución con autoridad de cosa juzgada.***

Es lógico que si la impugnación de la consignación hubiese sido desestimada por resolución con autoridad de cosa juzgada, la consignación surte todos los efectos de un pago válido, en cuyo caso no podría el deudor retirar lo consignado.

Según Alfredo Colmo<sup>(2)</sup>, si el acreedor ha impugnado la con-

(2) COLMO, Alfredo. Op. cit., Páginas 438 y 439.

signación, entonces la controversia correspondiente queda subordinada a la "declaración judicial" o sentencia que cuadra en todo juicio, que va a fijar la situación, declarando la validez o la nulidad de la consignación. De ahí que mientras esas sentencias no existan, se esté en el supuesto de la consignación no aceptada. Pronunciada la sentencia que declara la validez de la consignación, con ella se suple la manifestación de voluntad que oportunamente debió hacer el acreedor aceptando la consignación, por donde ésta viene a quedar aceptada. Precisa Colmo que evidentemente esa "declaración judicial" o sentencia tiene que ser irrecurrible, y esto pasa cuando no se ha apelado de la de primera instancia, o cuando, recurrida ésta, la de segunda instancia se ha pronunciado en el sentido de la validez susodicha; pues de otra manera, no hay propiamente sentencia, por lo mismo que el juicio continúa: así, la apelación interpuesta por cualquiera de las partes contra la sentencia de primera instancia, deja el asunto como estaba, esto es, en pleito; por donde siempre podrá el deudor retirar la consignación, mientras no se dicte sentencia por ese tribunal de apelación.

Colmo continúa expresando que si el deudor retira la consignación, el artículo respectivo del Código Civil Argentino dice que la obligación "renace", siendo mucho más claro el sentido que la propiedad de la expresión. Así, la obligación no renace, por lo mismo que no había "muerto", vale decir, que no se había extinguido. La extinción no puede operarse sino con el pago, o con la consignación aceptada o declarada válida por sentencia firme, que equivale al pago. No habiendo aquí ni lo uno ni lo otro, pues se trata del retiro de la consignación, que sólo puede ser hecho cuando la consignación no ha sido aceptada por el acreedor ni declarada válida por sentencia, lo único que ocurre, de consiguiente, es que la consignación se tiene por no hecha, y por tanto la obligación, que subsistía con ella en la respectiva contienda judicial, vuelve a su estado anterior a la consignación. Colmo concluye afirmando que lo dicho no impide que por acuerdo de partes el deudor retire la consignación con el alcance o sentido que el mismo acuerdo entrañe.

En el supuesto del inciso 2 del artículo 1255, bajo comentario, si el deudor se desiste de la consignación efectuada, ello tendrá como efecto la culminación del proceso consignatorio y adicionalmente otros efectos colaterales que resultan de interés analizar.

Si el deudor retira la consignación, dicho retiro deberá considerarse que tiene todos los efectos del desistimiento -en los términos más amplios-, y por tal razón no podría volver a consignar lo mismo, pues si lo hiciera el acreedor estaría en aptitud de oponer la excepción de desistimiento de la pretensión (inciso 9 del artículo 446 del Código Procesal Civil de 1993), habida cuenta de que en un proceso anterior se desistió de la misma, cualquiera que hubiera sido la razón que lo impulsó a actuar de ese modo.

En este orden de ideas, Pothier<sup>(3)</sup> sostiene que queda una cuestión por analizar: si hecha la consignación con las formalidades debidas, y el deudor vuelve a tomar las cosas consignadas, ¿se reputará sin ningún efecto, como si no hubiese intervenido respecto de los fiadores y coobligados? Señala Pothier que por la negativa se puede decir que la consignación, habiendo sido hecha de una manera regular, ha extinguido la deuda y liberado a todos aquellos que eran responsables de la misma. Que habiendo sido liberados esos fiadores y esos coobligados, no puede estar al arbitrio del deudor hacer revivir la obligación que había quedado extinguida, retirando las especies consignadas, y recuerda que lo mismo decide la ley fin. D. de pact. Si el deudor que por medio de un pacto de **non petendo**, ha adquirido para sí, sus fiadores y coobligados, una excepción, no puede después privarlos de este medio de defensa, renunciando a aquel pacto. Y con mayor razón puede decirse que no debe quedar a la voluntad del deudor hacer revivir una obligación extinguida en virtud de la consignación; concluye en que así

(3) POTHIER, Robert Joseph. Op. cit., Segunda Parte, Páginas 240 y 241.

como la devolución que voluntariamente hiciese el acreedor al deudor de lo que le hubiese pagado, no haría revivir la deuda, de la misma manera después de una consignación que obra los mismos efectos que el pago, en cuanto la extinción de la deuda, la recuperación que haga el deudor de las expresadas especies consignadas, no puede dar fuerza a una obligación extinguida antes.

En relación con el tema abordado por Pothier, su solución no reviste mayores complicaciones, en la medida en que mientras la consignación haya surtido los efectos del pago, podemos afirmar que han quedado liberados los garantes (personales o reales); y, en la medida en que la consignación aún no hubiese surtido los efectos del pago, será obvio que tales garantes no estarán liberados, pues seguirá teniendo existencia la deuda cuyo cumplimiento garantizaron.

#### – *Análisis del nuevo texto del artículo 1255.*

Tal como antes lo expresamos, el artículo 1255 del Código Civil Peruano de 1984 ha sido modificado por el Código Procesal Civil, con la siguiente redacción:

**Artículo 1255.-** *“El deudor puede desistirse del pago ofrecido y, en su caso, retirar el depósito efectuado, en los casos siguientes:*

1. *Antes de la aceptación por el acreedor.*
2. *Cuando hay oposición, mientras no sea desestimada por resolución con autoridad de cosa juzgada.”*

Consideramos que -en líneas generales- el nuevo texto del artículo 1255 mantiene los rasgos esenciales del precepto original.

Se trata acerca del retiro de la consignación y de los mismos dos supuestos que estaban regulados en 1984.

Sin embargo, precisa efectuarse una salvedad en el sentido de que el texto original era más idóneo que el nuevo.

Las razones que nos llevan a efectuar tal afirmación son las siguientes:

- (1) El texto original de la norma se refería al retiro de la consignación por quien la había efectuado, sin entrar en más detalles.

Ello era positivo, puesto que no necesariamente es el deudor quien realiza la consignación, ya que, de acuerdo con el principio de que el pago puede ser verificado por un tercero, a menos que el pacto, la naturaleza de la obligación o la ley se opongan a ello, la consignación puede ser hecha por cualquier persona distinta del deudor. De ahí que el texto original del artículo 1255 era en este extremo superior al actual, el mismo que no contempla esta posibilidad al hacer referencia directa al deudor.

- (2) El nuevo texto trata acerca de la posibilidad de que el deudor se desista del pago ofrecido y, en su caso, retire el depósito efectuado.

Consideramos que el agregado relativo al desistimiento resulta inútil, por cuanto la única situación relevante es aquella en la cual el desistimiento va acompañado del efectivo retiro de la consignación, ya que no tiene sentido aludir a un deudor que se desiste de la consignación, pero que no obstante la mantiene incólume. Este no es sino un simple juego de palabras.

Por lo demás, resultan indiferentes las razones del deudor para retirar la consignación efectuada, las que pueden ser de la más variada índole, pero que al fin y al cabo no interesan, porque pertenecen a su fuero interno. Lo relevante es que retire la consignación.

Dentro de tal orden de ideas, haberse referido, en el texto

modificado, al desistimiento, más que aclarar las cosas las confunde.

- (3) Originalmente el Código Civil de 1984 establecía, en su inciso 1, el término "su aceptación"; en cambio, el nuevo texto utiliza la expresión "la aceptación".

Aunque la modificación es poco relevante, en realidad resultaba más adecuado el precepto original, pues lo propio era referirse a "su" aceptación, ya que anteriormente, en la parte introductoria de la norma, se mencionaba el retiro de la consignación, y es a ella a la que se está aludiendo en el inciso bajo comentario.

- (4) En lo que respecta al inciso 2 del artículo 1255 del Código Civil, debemos afirmar que en la práctica resulta indiferente hablar de "impugnación" o de "oposición" a la consignación efectuada, ya que ambos términos tienen la misma connotación.

No obstante ello, debemos observar que la modificación introducida ni siquiera obedece a razones de coherencia legislativa con el propio texto del Código Procesal Civil, pues el mismo utiliza el término "contradicción" de la consignación, antes que el de "oposición" o "impugnación".

Parece obvio, por las razones expuestas, que debió prevalecer el texto original del inciso 2 del artículo 1255 del Código Civil de 1984.

– ***Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1255.***

**Artículo 1255.-** "La consignación puede ser retirada por quien la efectuó, en los siguientes casos:

1. Antes de su aceptación por el acreedor.

2. Cuando hay impugnación, mientras ésta no sea desestimada por resolución con autoridad de cosa juzgada.”

– **Fundamento.**

Con la propuesta de eventual modificación legislativa al texto vigente del artículo 1255, culminamos el tema relativo al pago por consignación.

Como puede advertir el lector, lo que proponemos es volver al texto original de todo el Capítulo Tercero referido a esta materia, ya que las normas primitivas eran superiores a los textos que las modificaron y que hoy están en vigencia. Y, en particular, del análisis del nuevo texto del artículo 1255, que acabamos de comentar, se percibe claramente la validez de nuestras observaciones.

– **Jurisprudencia peruana del artículo 1255.**

En relación con el artículo 1255 del Código Civil, modificado por el Código Procesal Civil de 1993, podemos mencionar la siguiente Ejecutoria Suprema:

“La persona que se desiste de su consignación, tiene derecho para pedir la entrega de la cantidad consignada.” Revista de Jurisprudencia Peruana, 1975, Página 890. (Artículos 1262 del Código Civil de 1936 y 1255 del Código Civil de 1984).

– **Concordancias nacionales.**

Ofrecimiento judicial o extrajudicial, artículo 1252 del Código Civil / Validez del pago con efecto retroactivo, artículo 1254 del Código Civil / Retiro de la consignación, artículo 816 del Código Procesal Civil.

## CAPITULO CUARTO

### Imputación del pago

– **IMPUTACION DEL PAGO. REQUISITOS.**

**Artículo 1256.-** “*Quien tiene varias obligaciones de la misma naturaleza constituidas por prestaciones fungibles y homogéneas, en favor de un solo acreedor, puede indicar al tiempo de hacer el pago, o, en todo caso, antes de aceptar el recibo emitido por el acreedor, a cual de ellas se aplica éste. Sin el asentimiento del acreedor, no se imputará el pago parcialmente o a una deuda ilíquida o no vencida.*”

– **Fuentes nacionales del artículo 1256.**

Dentro de la legislación colonial, podemos hacer mención de la *Ley de las Siete Partidas*, Ley 10, Título XIV, Partida Quinta: “**Debdas de muchas maneras deunendo un ome a otro, si le fiziesse paga alguna, e señalasse por quales debdas le fazia aquella paga, deue ser contada en aquella que señaló, e non en otra.**”

El artículo 1256 del Código Civil Peruano de 1984 no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.*

El *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*, trataba sobre el tema en su artículo 847: “El deudor de muchas deudas, cuando paga, tiene derecho a de-

clarar cuál es la deuda que satisface.”; en tanto que el *Código Civil de 1852*, lo hacía en el numeral 2230: “Cuando hace un pago, el deudor de diversas obligaciones, tiene derecho a declarar, cuál es la deuda a que ha de aplicarse.- Si no lo declara, se entenderá aplicado el pago a la deuda que gana más interés, entre las de plazo cumplido; si ninguna gana interés, a la que está asegurada con fianza o hipoteca; si las deudas de plazo cumplido son de igual naturaleza, se aplicará el pago a la más antigua; y si en todo son iguales, se aplicará a todas proporcionalmente.- El que debe capital e intereses, no puede sin consentimiento del acreedor, aplicar el pago al capital antes que a los intereses.”; y el *Proyecto de Código Civil de 1890*, en el artículo 2912: “Cuando el deudor por diversas obligaciones a favor de un mismo acreedor, hace un pago, tiene derecho para declarar, cuál es la deuda a que ese pago ha de aplicarse.- Si no lo declara se entiende aplicado a la deuda que gane mayor interés, entre las de plazo cumplido; si ninguna gana interés, a la que esté gravada con fianza o hipoteca; si las deudas de plazo cumplido son de igual naturaleza, a la más antigua; y si son de una misma naturaleza y de una misma fecha, el pago se aplica a todas proporcionalmente.”

De otro lado, el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, preveía la materia en el artículo 236: “El que tuviere varias deudas de la misma naturaleza, en favor de un solo acreedor, puede indicar al tiempo de hacer el pago, a cual de ellas debe aplicarse éste, si todas las deudas fuesen ilíquidas y de plazo vencido.- Sin el consentimiento del acreedor no se hará imputación de pago a una deuda ilíquida o no vencida.”; mientras el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, lo hacía en el artículo 225: “El que tuviere varias deudas de la misma naturaleza, en favor de un solo acreedor, puede indicar al tiempo de hacer el pago, a cual de ellas debe aplicarse éste, si todas las deudas fuesen de plazo vencido.- Sin el consentimiento del acreedor no se hará imputación de pago a una deuda ilíquida o no vencida.”; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, en el numeral 1255: “El que tuviere varias deudas de la misma naturaleza, en favor de un solo acreedor, puede indicar al tiempo de hacer el pago, a cuál de ellas debe aplicarse éste, si

todas las deudas son de plazo vencido. Sin el consentimiento del acreedor, no se hará imputación de pago a una deuda ilíquida o no vencida.”; y el *Código Civil de 1936*, en el artículo 1264: “El que tuviere varias deudas de la misma naturaleza, en favor de un solo acreedor, puede indicar al tiempo de hacer el pago, a cuál de ellas debe aplicarse éste, si todas las deudas son de plazo vencido. Sin el consentimiento del acreedor, no se hará imputación de pago a una deuda ilíquida o no vencida.”

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, legisla sobre el tema en el artículo 115: “El que tuviere varias deudas de la misma naturaleza en favor de un solo acreedor, puede indicar al tiempo de hacer el pago a cuál de ellas debe aplicarse éste, si todas las deudas son de plazo vencido. Sin el consentimiento del acreedor, no se hará imputación de pago a una deuda ilíquida o no vencida.”; mientras que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hacía en el numeral 113: “Quien tuviese varias obligaciones de la misma naturaleza, constituidas por prestaciones fungibles y homogéneas, en favor de un solo acreedor, podrá indicar al tiempo de hacer el pago o, en todo caso, antes de aceptar el recibo emitido por el acreedor, a cuál de ellas debe aplicarse éste. Sin el consentimiento del acreedor, no se imputará al pago parcialmente, a una deuda ilíquida o no vencida.”; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, en el artículo 1276: “Quien tuviese varias obligaciones de la misma naturaleza, constituidas por prestaciones fungibles y homogéneas, en favor de un solo acreedor, podrá indicar al tiempo de hacer el pago o, en todo caso, antes de aceptar el recibo emitido por el acreedor, a cual de ellas debe aplicarse éste. Sin el consentimiento del acreedor, no se imputará al pago parcialmente, a una deuda ilíquida o a una no vencida.”; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, en el artículo 1223: “Quien tiene varias obligaciones de la misma naturaleza constituidas por prestaciones fungibles y homogéneas, en favor de un solo acreedor, puede indicar al tiempo de hacer el pago o, en todo caso, antes de aceptar el recibo emitido por el acreedor, a cual de ellas se

aplica éste. Sin el asentimiento del acreedor, no se imputará el pago parcialmente o a una deuda ilíquida o no vencida.”

– **Fuentes y concordancias extranjeras.**

Coinciden con el artículo 1256 del Código Civil Peruano de 1984, entre otros, los Códigos Civiles Francés (artículo 1253), Italiano de 1942 (artículo 1193, primer párrafo), Hondureño de 1906 (artículo 1437, primer párrafo), Portorriqueño de 1930 (artículo 1126, primer párrafo), Mexicano (artículo 2092), Panameño (artículo 1059, primer párrafo), Uruguayo (artículo 1476), Ecuatoriano (artículo 1639), Venezolano de 1942 (artículo 1302), Venezolano de 1880 (artículo 1202), Chileno (artículo 1596), Boliviano de 1976 (artículo 316, inciso 1), Boliviano de 1831 (artículo 844), Anteproyecto de Código Civil Boliviano de Angel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 857, segundo párrafo), Guatemalteco de 1973 (artículo 1404), Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 814, primer párrafo), Paraguayo de 1987 (artículo 591), Español (artículo 1172, primer párrafo), Brasileño (artículo 991), Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 350), Portugués de 1967 (artículo 783), Egipcio (artículo 235 -señala que los pagos se imputan sobre la deuda que el deudor designe-), Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 187 -aunque no se exige la fungibilidad y homogeneidad de las prestaciones-), Código de la Provincia de Québec (artículo 1158), Holandés (Libro 6, Sección 6, artículo 13) y Argentino (artículo 773: si las obligaciones para con un solo acreedor, tuviesen por objeto prestaciones de la misma naturaleza, el deudor tiene la facultad de declarar al tiempo de hacer el pago por cuál de ellas debe entenderse que lo hace).

El Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 570, tercer párrafo, primera parte) establece que si hay diferentes deudas, puede el deudor imputar el pago a la que elija; pero sin el consentimiento del acreedor no podrá preferir la deuda no devengada a la que lo está; y si el deudor no imputa el pago de ninguna en particular, el acreedor podrá hacer la imputación en la carta de pago, y si el deudor la acepta, no le será lícito reclamar después.

Por otra parte, el Código Etopé dispone, en su artículo 1753, que el deudor que tiene varias deudas que pagar a un mismo acreedor, tiene derecho a indicar al momento del pago a cuál de ellas se aplica éste. A falta de declaración de su parte, el pago se imputa sobre la deuda que el acreedor señale, salvo que el deudor se oponga inmediatamente.

El Código Suizo de las Obligaciones (artículo 86) señala que el deudor que tiene varias deudas a pagar a un mismo acreedor, tiene el derecho de declarar cuál tiene por extinguida, al momento del pago. A falta de declaración de su parte, el pago se imputa sobre la deuda que el acreedor designe dentro del recibo, si el deudor no se opone inmediatamente.

Adicionalmente, el Código Civil Argentino (artículo 774) establece que la elección del deudor no podrá ser sobre deuda ilíquida, ni sobre la que no sea de plazo vencido.

Por su parte, el Código Civil Cubano de 1988 (artículo 239.1) prescribe que el deudor que debe pagar varias deudas al mismo acreedor, tiene el derecho de declarar, en la oportunidad del pago, a cuál de ellas se aplica. Este mismo Código consigna una norma acerca del tiempo del pago en las obligaciones dinerarias. Se trata del artículo 241, que dispone que se considere como fecha del pago de las obligaciones monetarias: a) El día de la entrega del dinero al acreedor, si el pago es en efectivo; b) El día en que tiene lugar efectivamente la transferencia bancaria; c) El día en que se efectúa el depósito, cuando se trata de pago mediante depósito en efectivo en una entidad bancaria; y ch) El día en que se haga efectivo un instrumento de pago.

Finalmente, el Código Uruguayo (artículo 1475) estatuye que la imputación es convencional, cuando se estipula por el deudor en el acto del pago, o se indica por el acreedor en el recibo que diese al deudor. Es legal, cuando se hace por la ley, a falta de aquella que el deudor y el acreedor habían podido hacer.

- **Análisis.**

Cuando el deudor paga en cumplimiento de una obligación, no debería existir incertidumbre, en rigor, para conocer que tal pago lo está efectuando en razón de esa obligación, y no de otra, porque usualmente el deudor carece de otras obligaciones de la misma naturaleza y homogéneas con su acreedor.

El tema de la imputación del pago no se presenta, en consecuencia, cuando un deudor tiene ante un mismo acreedor varias obligaciones, pero todas ellas son de diferente naturaleza. Por ejemplo, el deudor puede haber contraído tres obligaciones de distinta naturaleza con el mismo acreedor, una de dar una suma de dinero, otra de construir una pared, y una tercera, de guardar un secreto.

En el ejemplo citado no habrá duda alguna que, cuando el deudor pague la cantidad debida, lo estará haciendo en estricto cumplimiento de la primera de esas obligaciones. Aquí sería evidente que al abonar una suma de dinero no podría estar pagando (ejecutando) ni la segunda ni la tercera obligación. Del mismo modo, cuando construya la pared, será obvio que estará ejecutando la segunda de sus obligaciones; y cuando guarde el secreto, estará pagando la tercera. En estos casos no habrá problema en entender a qué obligación corresponde cada uno de los pagos de las prestaciones, puesto que todas ellas son de distinta naturaleza (la primera de dar, la segunda de hacer y la tercera de no hacer).

Tampoco entraría en juego el problema de la imputación del pago, si se tratara, por ejemplo, de dos obligaciones con prestaciones de dar, en la que una consista en entregar cien quintales de trigo y la otra en entregar cien quintales de arroz. Si el deudor entrega trigo, extinguirá, por cierto, la primera obligación; si entrega arroz, la segunda. Si en el mismo caso propuesto, el deudor se obliga a entregar cien cajas de cerveza marca "Cristal" y cien cajas de cerveza marca "Pilsen", pues al entregar cerveza "Cristal" extinguirá la primera obligación, y de entregar cerveza "Pilsen" extinguirá la segunda.

También estaría descartada la figura jurídica de la imputación del pago si el deudor tiene dos obligaciones distintas con su acreedor, ambas de entregar cien cajas de cerveza marca "Cristal", y al tiempo de efectuar el pago entrega doscientas cajas de dicha cerveza, extinguendo, por tanto, las dos obligaciones.

El tema de la imputación del pago surgiría, en el último ejemplo propuesto, si el deudor tan sólo entregara cien cajas de cerveza "Cristal". La pregunta consistiría en conocer ¿a cuál de las dos obligaciones, que son de la misma naturaleza y homogéneas, se imputaría el pago? ¿Cuál sería la obligación extinguida?

La solución es necesariamente relevante, no sólo para disipar la incertidumbre, sino por razones de la existencia de garantías en una obligación y no en otra, del monto de los intereses de cada obligación, de la eventual prescripción de una obligación y no de la otra, etc.

Por tanto, la imputación del pago se presenta en los casos en que un deudor deba a un mismo acreedor dos o más prestaciones de la misma naturaleza y homogéneas, vale decir, que todas ellas sean de dar o de hacer. Y siempre que existan dudas, lo reiteramos, sobre cuál obligación se extingue, conforme se aprecia en el último ejemplo que hemos desarrollado. A las obligaciones de no hacer, esto es, a las obligaciones negativas, no se aplican las reglas de la imputación del pago, conforme veremos más adelante.

Sin embargo, sobre el tema que estamos explicando resulta de interés lo precisado por Giorgi<sup>(1)</sup>, cuando señala que comúnmente se enseña que las reglas sobre la imputación resultan aplicables cuando el deudor que paga tiene varias deudas con respecto al acreedor. Pero agrega que todo esto es poco exacto, porque si bien el jurisconsulto es más o menos llamado a determinar la imputación de un pago, cuando concurren entre las mismas personas varias deudas, acaece por otra parte -alguna vez- que

---

(1) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Tomo VII, Páginas 156 a 160.

la necesidad de establecer la imputación se presenta también cuando la deuda es una sola, esto es, en el caso de pago parcial, sea porque se haya aceptado buenamente por el acreedor, sea porque el deudor tenga por excepción el derecho de pagar parcialmente; y añade que esto enseña la razón y esto aparece también del conjunto de las disposiciones legales.

Nosotros creemos que si bien es cierto lo anotado por Giorgi, tal aseveración no constituye el punto central de la imputación del pago, sino tan sólo uno de aquellos en los que es susceptible de presentarse.

Por lo demás, debemos adelantar que el Código Civil Peruano de 1984 regula dicho tema en su artículo 1257, al tratar acerca de la imputación del pago en relación a una misma obligación, norma que luego analizaremos.

Para Jossierand<sup>(2)</sup> la hipótesis de la imputación de pagos es que existan varias deudas a cargo del mismo deudor y respecto del mismo acreedor. Y además de que estas deudas tengan objetos de la misma naturaleza, por ejemplo, sumas de dinero. Luego, el deudor efectúa un pago que no basta para extinguir todas sus relaciones obligatorias, siendo el problema de la imputación de pagos el saber cómo debe ser comprendido ese pago y a cuál de las deudas conviene imputarlo.

Antonio de la Vega Vélez<sup>(3)</sup>, por su parte, afirma que cuando entre un mismo acreedor y un mismo deudor existen varias obligaciones de dinero, y el pago hecho por el deudor no alcanza al cumplimiento de todas ellas, deben tener aplicación las reglas establecidas por la ley sobre imputación del pago.

Para Jorge Joaquín Llambías<sup>(4)</sup> la teoría de la imputación del pago comprende el conjunto de reglas que definen a cuál de va-

(2) JOSSIERAND, Louis. Op. cit., Tomo II, Volumen II, Página 688.

(3) DE LA VEGA VELEZ, Antonio. Op. cit., Página 264.

(4) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II-B, Páginas 310 y 311.

rias obligaciones habrá de aplicarse el pago que satisface el deudor. Ella supone la existencia de varias obligaciones, cuyo objeto es de la misma índole, que vinculan a las mismas personas que invisten la calidad de acreedor y deudor, hipótesis que suscita la duda acerca de cuál es la obligación que se extingue por un pago que no alcanza a solventar todas las deudas pendientes. Agrega Llambías que para disipar esa duda se ha elaborado la teoría de la imputación del pago, de antigua data en la evolución del Derecho. Y precisa que para que funcione la teoría de la imputación de los pagos se exige cuatro requisitos: 1) que existan varias obligaciones pendientes susceptibles de pago; 2) que esas obligaciones vinculen al mismo deudor "con un solo acreedor"; 3) que todas las obligaciones "tuvieren prestaciones de la misma naturaleza", pues de otro modo no habría duda alguna sobre la aplicación del pago a la satisfacción de una u otra deuda; 4) que el pago satisfecho sea insuficiente para cubrir todas las deudas, pues, lógicamente, si alcanzara para extinguir todas las obligaciones, no habría lugar para el juego de la teoría de imputación de los pagos, que supone la necesidad de seleccionar una de entre varias deudas pendientes, para aplicar a ella un pago que no abarca a todas.

El tema de la imputación del pago, a entender nuestro, tiene relevancia en tres casos vinculados a los artículos 1256 y 1257 del Código Civil, a saber:

- (1) Cuando entre el mismo acreedor y deudor existen dos o más obligaciones de igual naturaleza y homogéneas, y el deudor no indica al tiempo del pago de una de ellas, cuál es la que desea extinguir.
- (2) Cuando en el supuesto anterior, el deudor intenta pagar todas ellas, pero lo que entrega con tal fin es insuficiente para alcanzar sus objetivos.

La diferencia entre ambos casos es que en el primero está en la voluntad del deudor pagar sólo una de las obligaciones que mantiene con su acreedor, en tanto que en el segundo

intenta efectuar el pago de todas sus obligaciones, pero el monto diminuto le impide hacerlo.

- (3) Cuando el deudor mantiene una sola obligación con su acreedor, pero el pago que efectúa no alcanza para cubrir su monto total, el mismo que podrá, además del capital, comprender gastos e intereses.

Como resulta evidente, el artículo 1256 del Código Civil Peruano sólo se refiere a los dos primeros supuestos. El tercero lo trata el Código en el artículo 1257.

Lo hemos dicho, y lo reiteramos, que además de obligaciones de la misma naturaleza, debe tratarse de prestaciones de carácter homogéneo, lo que significa que estas deberán consistir en dar o hacer sustancialmente lo mismo (pudiendo variar el volumen o cantidad de las prestaciones que deban ejecutarse).

Como decía el Doctor Manuel Augusto Olaechea<sup>(5)</sup> "La cuestión relativa a la imputación del pago no puede presentarse sino cuando el deudor está ligado a su acreedor por varias obligaciones de naturaleza semejante. El Anteproyecto contempla las disposiciones del Código vigente, ocupándose sucesivamente, de la imputación que realiza el deudor, de la que verifica el acreedor y de la que efectúa la ley, a falta de ambas."

Un supuesto de prestaciones de la misma naturaleza y homogéneas sería aquel por el cual el deudor hubiese asumido ante su acreedor dos obligaciones distintas de dar sumas de dinero. Mediante la primera se ha obligado a pagarle 10,000 nuevos soles, mientras que por la segunda, la cantidad de 8,000 nuevos soles. Esto quiere decir que básicamente ambas prestaciones consisten en lo mismo (dar dinero, no obstante que las cantidades a pagar son de magnitud diferente).

(5) OLAECHEA y OLAECHEA, Manuel Augusto. En COMISION REFORMADORA DEL CODIGO CIVIL PERUANO. Actas de la Comisión, Fascículo V, Página 190.

En tal caso, si el deudor pagase 18,000 nuevos soles extinguiría ambas obligaciones y no se presentaría, por tanto, el problema de la imputación del pago. El tema surgiría si paga menos de 18,000 nuevos soles y el acreedor acepta el pago. Aquí se trataría de disipar la incertidumbre acerca de cuál de las dos obligaciones se ha amortizado o pagado íntegramente.

Los mismos razonamientos referidos al dinero, podríamos hacerlos extensivos a otros bienes, como en el caso de las cajas de cerveza antes tratado.

Por otra parte, precisa aclararse que, cuando el Código Civil se refiere a que las prestaciones deben ser fungibles y homogéneas, lo hace en el sentido de que -pudiendo ser ambas prestaciones de montos distintos- sus contenidos (objetos) sean fungibles entre sí y homogéneos unos respecto de los otros.

Sin embargo, conviene efectuar alguna precisión sobre el tema.

Creemos que el Código, al utilizar la palabra "fungibles", lo hace refiriéndose a que las prestaciones que revisten carácter de homogeneidad puedan reemplazarse indistintamente las unas por las otras. Empero, nos permitimos disentir de la utilización de ese término, ya que fungible será aquello que se pueda intercambiar con otra cosa y dé exactamente lo mismo una u otra. En cambio, para que se presente un supuesto de imputación del pago, bastará el carácter homogéneo de las prestaciones, sin que sea necesario que ambas tengan igual magnitud. Podría suceder, por ejemplo, que una prestación consista en dar la suma de 1,000 nuevos soles, mientras que otra -constituida entre el mismo deudor y acreedor- sea la de dar la suma de 500 nuevos soles. Evidentemente estas prestaciones son de la misma naturaleza y homogéneas, ya que ambas consisten en obligaciones de dar sumas de dinero. Pero del ejemplo citado no podemos inferir el carácter de fungibilidad, puesto que la primera de dichas prestaciones no es equivalente a la segunda, ya que entregar 1,000 nuevos soles no es idéntico a entregar 500 nuevos soles, ni vicever-

sa, a pesar de que un nuevo sol es igual -y por lo tanto fungible- a otro nuevo sol.

Sin embargo, y sin que se precise el requisito de la fungibilidad, en el caso citado podría presentarse la necesidad de aplicar las reglas de imputación del pago. Por ello, insistimos, en la imputación del pago poco importa el elemento de la fungibilidad. Bastará con la presencia de los dos primeros, vale decir, que las obligaciones sean de la misma naturaleza y que las prestaciones tengan carácter de homogéneas, referido este concepto a que consistan -fundamentalmente- en dar o hacer lo mismo, independientemente de la magnitud de aquello que se tiene que ejecutar.

En este punto cabría preguntarnos si la imputación del pago puede estar referida a bienes inciertos (determinables). La respuesta afirmativa se impone.

Si, por citar un ejemplo, un deudor hubiese contraído con su acreedor dos obligaciones distintas de entregar un cuadro y se practicara la elección sin especificarse a cual obligación se refiere, al ejecutarse la prestación tendrían que aplicarse las reglas de la imputación del pago.

Caso distinto sería aquel en el cual el deudor hubiese asumido con el acreedor dos obligaciones destinadas a entregar dos cuadros diferentes (un paisaje y un retrato). En este supuesto, al ser el objeto de ambas obligaciones distinto, no habría la menor duda respecto de cuál de las dos obligaciones contraídas se estaría ejecutando.

Las reglas de imputación del pago, en consecuencia, sólo serán de aplicación a los bienes determinables en el supuesto de que ambas prestaciones sean homogéneas.

Por otra parte, entendemos que el problema de la imputación del pago reviste claridad absoluta en los supuestos de las obligaciones de dar; es inusual en las obligaciones de hacer; y está descartado en las obligaciones de no hacer.

En efecto, bien puede ocurrir que una persona se obligue primero a dar un bien, y luego se obligue nuevamente, con el mismo acreedor, a dar otro bien de la misma naturaleza y homogéneo a aquél. En este caso, podemos tener la oportunidad de aplicar las normas de imputación del pago. Aquí el asunto sería de nitidez meridiana.

Como hemos señalado, el tema de la imputación del pago, aunque aisladamente, también podría presentarse en las obligaciones de hacer. Si una empresa de limpieza, por ejemplo, contratase dos obligaciones distintas con el dueño de un edificio, consistente cada una de ellas en limpiar una vez al año las ventanas del referido inmueble y sólo lo hiciese una vez, ¿podría entenderse que está ejecutando la primera obligación contraída? ¿O se entendería que no puede conocerse con exactitud cuál de las dos está cumpliendo, ya que ambas consisten exactamente en lo mismo, y no se ha especificado, al contraerlas, las fechas en que deben ejecutarse? Nos inclinamos, en este caso, a considerar que tendrían que aplicarse las reglas de imputación del pago, pues ambas prestaciones son de la misma naturaleza y homogéneas entre sí.

¿Pero qué ocurre con las obligaciones de no hacer?

A nuestro entender, en esta clase de obligaciones no se aplican los principios de la imputación del pago.

Podría ocurrir que una persona se hubiera obligado ante otra a no dar algo, y que en este caso volviera a obligarse a no dar algo de la misma condición o carácter. Podría también suceder que se hubiera obligado a no hacer algo, caso en el cual también podría volverse a obligar a no hacer algo similar (por ejemplo dos pinturas idénticas).

Si da en el primer caso, o hace en el segundo, no estaríamos en el supuesto de imputación del pago, sino ante la incertidumbre de cuál es la obligación violada, para el efecto de los daños y perjuicios. En las obligaciones negativas no cabe referirnos

a la imputación del pago, pues ellas consisten, precisamente, en una omisión, esto es, en no accionar o actuar.

Ahora bien, la primera posibilidad que contempla el artículo 1256 del Código Civil, para el supuesto en que existan obligaciones de la misma naturaleza, constituidas por prestaciones de carácter homogéneo, entre un mismo deudor y un mismo acreedor, es aquella en la cual el deudor indique, al momento de hacer el pago, a cuál se aplica<sup>(6)</sup>.

---

(6) Consideramos de interés recordar las expresiones que respecto a las reglas de la imputación del pago formulaba Pothier (POTHIER, Robert Joseph. Op. cit., Segunda Parte, Páginas 229 y 232.):

"Reglas que deben observarse para las deducciones de los pagos. (...) REGLA 1ª.- El deudor, cuando paga una cantidad, tiene poder para declarar sobre qué deuda paga, de las varias que tiene. **Quoties qui debitor ex pluribus causis, unum solvit debitum, est in arbitrio solventis, dicese quod potius debitum voluerit solutum;** 1. 1, **D. de solut.** dice Ulpiano: **Possumus enim certas legen dicese el quod solvimus; d.a.**

Según esta regla, aunque por lo común los intereses deban pagarse antes que el capital, empero si el deudor que debía capital e intereses, al pagar una suma de dinero, ha declarado que él pagaba sobre el capital, el acreedor que reciba bajo esta condición no puede -en lo sucesivo- contradecir su opinión; 1. 102, 1. **D. de solut.**

(...) REGLA 2ª.- Cuando el deudor, al pagar no hace indicación alguna, el acreedor que lo sea por diversas causas, podrá dar la aplicación que le parezca. Puede hacerla por él a cuenta de lo que él da; **D. 1.**

Es necesario, 1ª, que esta designación haya sido hecha en el acto de la entrega; 1. 2, 1, 3, **D. de hoc lit.**

Es necesario, 2ª, que la aplicación que hace el acreedor sea equitativa, tal como la haría él mismo si fuere deudor; d. 1. **D. de solut.** Bachovio, ad. trent. t. 2, dispo. 2. th. 3, 1. c., dice que cuando el acreedor destinase el dinero recibido al pago de aquellas deudas, en cuya solución tiene el deudor menos interés, éste podrá únicamente contradecirlo, si la cosa se halla en un principio, es decir, si él aún no ha recibido del acreedor, en la época en que se señale, el destino que ha dado al aprobar este aserto: primero, porque al aceptar la época admite la aplicación del dinero, sea cual fuere la deuda a que se aplica, por cuanto **volenti nulla fit injuria**: segun-

Sobre este punto requiere manifestarse que resulta de claridad rotunda que la ley prevea como el primero de sus supuestos, aquel por el cual el deudor, al momento de hacer el pago, señale la obligación a la que debe imputarse dicho pago. Tal es la situación normal: aquella en la que quien paga precisa qué es lo que está pagando.

Es pues razonable que ello ocurra, y que resulte de sana lógica una situación de esta naturaleza, por cuanto quién más interesado que el propio deudor que paga una deuda -pero sigue manteniendo otras- para indicar a cuál obligación imputa tal pago. Lo contrario podría generar situaciones en las cuales la omisión (tal vez producto de un simple descuido del deudor) es susceptible de ocasionar graves perjuicios en su detrimento.

---

do, porque sería inútil e irrisoria la facultad concedida al acreedor de escoger la deuda, si debiese limitarse a aquellos en cuya pronta solución tiene el deudor mayor interés, si éste pudiese contradecir siempre la elección hecha por el acreedor. Esta es la opinión de Bachovio.

A este razonamiento se puede objetar que para que la facultad de elección concedida al acreedor no sea inútil, basta que pueda serle provechosa en algún caso, y esto tiene lugar cuando le es indiferente que una deuda se extinga primero que otra. En ese caso el acreedor tiene la elección de la imputación, cuando el deudor no la ha hecho; en lugar de que si no había ninguna imputación, de hecho, se haría sobre la deuda más antigua, o sobre de todas por contribución; y en caso de concurrencia de deudas, como nosotros lo veremos luego, la imputación se hará sobre aquella cuya elección habrá hecho el acreedor.

Supongamos, por ejemplo, que yo soy vuestro acreedor por una suma de mil libras por el precio de una heredad que os he vendido en 1760, y a más de otra cantidad de mil libras por otra heredad vendida en 1770. Luego de haberse pagado los intereses de las dos cantidades, vos me pagáis una suma de mil libras, sin hacer designación sobre cuál de las dos deudas entendéis vos pagar; os es, pues, indiferente, sobre cuál de las dos se haga la imputación, puesto que una y otra son hipotecarias, exigibles, y producen intereses; pero a mí me interesa aplicarla a la deuda de 1770, a fin de conservar mi hipoteca de 1760; pues si yo no hacía esta imputa-

Uno de los coautores de este Tratado, Felipe Osterling Parodi, recuerda en el Curso de Obligaciones que dicta en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, una vivencia profesional vinculada a este tema.

En una ocasión -en octubre de 1964-, al regresar justamente del dictado del Curso de Derecho de Obligaciones al Estudio de Abogados en el que ejercía la profesión, y luego -precisamente- de haber tratado el tema correspondiente a la imputación del pago, un importante cliente del Estudio, cuyo caso él atendía personalmente, le informó que la empresa a la cual representaba, que tenía dos acreencias, había recibido, tras un largo proceso de negociaciones, el pago de una de las dos deudas que una compañía pesquera mantenía con su cliente. Cada una de las deudas ascendía a la suma de un millón de dólares de los Estados Unidos de América. El pago efectuado por la empresa pesquera era de un millón de dólares.

---

ción, sería la deuda de 1760, como la más antigua, la que se reputaría haber sido pagada.

El otro medio, opuesto por Bachovio, parece más fundado, a saber, que el deudor que al aceptar la época que contiene la designación de la deuda a cuyo pago se destina, parece consentir con destino, y por consiguiente no podrá después reclamar.

Sin embargo, yo no creo que se deba decidir indistintamente por la negativa; pues si el deudor es una persona que no sabe leer, o una persona de cortos alcances o un rústico, esta imputación introducida en el recibo no debe serle perjudicial, cuando la suma pagada igualaba o pasaba del importe de aquella de las deudas que el deudor tenía mayor interés en saldar, de tal suerte que el acreedor no hubiera podido tener razón alguna para dispensarse de hacer la designación que el deudor tuviera interés en que se le hiciera.

Por ejemplo, yo supongo que un labrador debe de una parte a un procurador una suma de trescientas libras exigible por el precio de una parte de una heredad que le ha vendido, y cerca de un año de intereses; y que por otra parte él le debe quinientas o seiscientas libras por salarios. Si ese campesino entrega al procurador una suma de cuatrocientas libras, y ese procurador le da recibo por esta suma, con mención de que es a cuenta de los salarios que le son debidos, es evidente que esta designación que hace sobre los

Pero cuando la compañía pesquera, esto es, la deudora, pagó, no había señalado a cuál de las dos deudas imputaba el pago.

Debe mencionarse que una de las dos deudas estaba garantizada por una sociedad de reconocida solvencia, una Compañía de Seguros, en tanto que la otra no tenía garantía alguna, razón por la cual su cobro -en la práctica y si se quería recurrir a la vía judicial- iba a resultar muy difícil y -por qué no decirlo- prácticamente imposible. Con el pago de ese millón de dólares se agotaban, en la realidad de los hechos, los recursos económicos de la empresa pesquera deudora. Precisa agregarse que los accionistas de la empresa pesquera lo eran también de la Compañía de Seguros.

Al no haber efectuado la deudora la imputación del pago a una u otra de las obligaciones, la compañía acreedora emitió reci-

---

salarios, es una sorpresa que hace al deudor, y que el deudor tiene derecho en pedir que a pesar de lo que se ha pagado por el recibo, el pago se impute sobre las trescientas libras que él debía por el precio de la heredad, y que se declare que los intereses cesan de correr -en consecuencia- desde el día en que se expida la carta de pago. Por lo contrario, cuando el acreedor ha podido tener razón suficiente para dispensarse de hacer la imputación sobre aquella de las deudas que al deudor más importaba saldar, por cuanto la suma pagada era menor que la que era debida por esta causa, y que el acreedor no estaba obligado a recibir por parte el pago de esta deuda, la designación hecha sobre otra deuda, no puede en ese caso contradecirse, por cuanto en ese caso el acreedor que era dueño de rehusar el pago que se hiciera, no lo ha aceptado más que bajo la condición de la designación que él ha hecho, y que ha sido convenida entre él y el deudor.

Observad que cuando se dice expresamente en la carta de pago que la suma se recibe a cuenta de todos los créditos del acreedor, es universo crédito, y esta imputación general no se reputa comprender más que los créditos por los cuales el acreedor tiene acción, y no los créditos puramente naturales; 1. 94, **Fin de solut.**

Esta expresión, me parece también, significa que no debe más que los créditos cuyo término de pago hubiesen vencido.”

bo, el mismo que fue aceptado -sin percibir la trascendencia del hecho- por un funcionario debidamente autorizado de la empresa pesquera. En este recibo la empresa acreedora, a quien correspondía la imputación del pago porque no lo había hecho la deudora, se estableció claramente que el pago se aplicaba a la deuda que no revestía garantía alguna, quedando de esta forma expedito el derecho de la empresa acreedora para cobrar la otra acreencia a la sociedad fiadora, esto es, a la Compañía de Seguros.

Cabe aquí observar que si la acreedora tampoco hubiera efectuado la imputación del pago, habría operado la imputación legal prevista por el artículo 1267 del Código Civil de 1936, entonces vigente, el que disponía que no expresándose a qué deuda debía hacerse la imputación, se aplicaba el pago a la que ganaba más interés entre las de plazo cumplido (en este caso ambas ganaban el mismo interés y tenían el plazo cumplido); y luego a la asegurada con fianza (en este caso se hubiera imputado el pago a la obligación afianzada por la Compañía de Seguros).

No es necesario ser adivino para conocer la reacción de los directivos de la empresa aseguradora -que garantizaba la deuda- al tomar conocimiento de la imputación hecha por la acreedora y las nefastas consecuencias que le acarrearía una situación de tal naturaleza.

Protestaron, alegaron, dijeron, contestaron. Pero al fin y al cabo nada pudieron hacer, puesto que el derecho que tenía la acreedora de imputar el pago era irrefutable.

De esta forma, la acreedora cobró el primer millón de dólares (fruto del pago en cuestión) y luego el segundo millón de dólares, que fue pagado por la Compañía de Seguros que afianzaba la obligación de la empresa pesquera en falencia económica.

Este ejemplo, extraído de la vida real, nos muestra con la mayor claridad cómo opera la facultad del deudor de imputar el pago; cómo revierte ese derecho en favor del acreedor si no hace el deudor; y cómo opera la imputación legal en ausencia de la manifestación de voluntad del deudor y del acreedor.

Cabe advertir que el deudor tiene la posibilidad de imputar el pago hasta antes de aceptar el recibo emitido por el acreedor.

Es importante precisar esta atingencia, pues el Código Civil Peruano otorga al deudor la posibilidad de remediar cualquier omisión relativa a la imputación del pago, hasta antes de aceptar el recibo correspondiente. Esta habría sido la oportunidad en la cual la empresa pesquera deudora de nuestro anterior ejemplo, hubiera podido suplir su omisión.

De todo ello se infiere la necesidad de que el deudor actúe con la mayor diligencia, a fin de proteger adecuadamente sus derechos; al igual que resulta aconsejable que el acreedor, si el deudor dejó pasar la oportunidad de imputar el pago, otorgue recibo para efectuar tal imputación a la brevedad posible.

Es, simplemente, una cuestión de diligencia.

Pero más allá de nuestros comentarios en relación con lo dispuesto por el artículo 1256 del Código Civil, precisa señalarse que lo expresado tiene una limitación prevista por la última parte del precepto: "Sin el asentimiento del acreedor, no se imputará el pago parcialmente o a una deuda ilíquida o no vencida."

Esto equivale a decir que el deudor se verá imposibilitado de efectuar la imputación sin el asentimiento del acreedor, en cualquiera de los supuestos que se enumeran a continuación:

- (1) Si el deudor desea pagar solamente parte de una de las deudas.

Cuando abordamos las disposiciones generales del pago, y específicamente el principio de integridad recogido por el artículo 1221 del Código Civil, anotamos que, siguiendo lo dispuesto por el citado precepto, el pago debe realizarse íntegramente, es decir, completo, sin menoscabo alguno.

Dentro de tal orden de ideas, el acreedor -con todo derecho- podría oponerse a recibir pagos parciales.

Pero también es evidente que el acreedor, si así lo desea, podrá aceptar la imputación de un pago parcial, de acuerdo con los criterios y conceptos que hemos vertido al analizar el artículo 1221 del Código Civil.

- (2) Si el deudor desea pagar una deuda ilíquida o no vencida.

Esto, porque a decir de Alterini, Ameal y López Cabana<sup>(7)</sup>, no puede saberse todavía si habrá un pago íntegro en el caso de la deuda ilíquida y porque el pago no podrá hacerse antes del plazo, sino de común acuerdo (en el caso de la deuda no vencida).

Concluimos reiterando que para imputar el pago a una deuda comprendida en cualquiera de estos dos supuestos, el deudor requerirá -necesariamente- del asentimiento del acreedor.

– **Jurisprudencia peruana del artículo 1256.**

En relación con el artículo 1256 del Código Civil vigente, relativo al concepto de imputación del pago, citamos la siguiente Ejecutoria Suprema:

“Cuando existe juicio en tramitación, los pagos que el deudor hace a su acreedor deben imputarse al crédito que es objeto de dicho juicio.” Anales Judiciales, 1925, Página 146. (Artículo 1264 del Código Civil de 1936).

– **Concordancias nacionales.**

Indivisibilidad del pago, artículo 1221 del Código Civil / Imputación por el acreedor, artículo 1258 del Código Civil / Imputación legal, artículo 1259 del Código Civil.

(7) ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Op. cit., Tomo I, Página 142.

– **IMPUTACION EN CASO DE QUE LA DEUDA ESTE COMPUESTA POR CAPITAL, GASTOS E INTERESES.**

**Artículo 1257.-** “*Quien deba capital, gastos e intereses, no puede, sin el asentimiento del acreedor, aplicar el pago al capital antes que a los gastos, ni a éstos antes que a los intereses.*”

– **Fuentes nacionales del artículo 1257.**

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.*

El *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*, trataba el tema en su artículo 848: “El deudor de una deuda con interés e intereses devengados no puede sin consentimiento del acreedor, aplicar el pago que hace, al capital con preferencia a los intereses devengados. El pago hecho del capital e intereses, que no es íntegro, se aplica a los intereses.”; en tanto que el *Código Civil de 1852*, lo hacía en el artículo 2230: “Cuando hace un pago, el deudor de diversas obligaciones, tiene derecho a declarar, cuál es la deuda a que ha de aplicarse.- Si no lo declara, se entenderá aplicado el pago a la deuda que gana más interés, entre las de plazo cumplido; si ninguna gana interés, a la que está asegurada con fianza o hipoteca; si las deudas de plazo cumplido son de igual naturaleza, se aplicará el pago a la más antigua; y si en todo son iguales, se aplicará a to-

das proporcionalmente.- El que debe capital e intereses, no puede sin consentimiento del acreedor, aplicar el pago al capital antes que a los intereses.”; y el *Proyecto de Código Civil de 1890*, en el artículo 2913: “Si el acreedor recibe el capital sin reservarse el derecho de cobrar intereses, se extingue la obligación de pagarlos.”

Por su parte, el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, legislaba sobre la materia en el artículo 238: “El que debe capital a interés, no puede sin consentimiento del acreedor, aplicar el pago al capital antes que a los intereses.”; mientras el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, lo hacía en el numeral 227: “El que debe capital, intereses y gastos, no puede sin consentimiento del acreedor, aplicar el pago al capital antes que a los intereses, y ni a éstos antes que a los gastos.”; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, en el artículo 1257: “El que debe capital, intereses y gastos, no puede sin consentimiento del acreedor, aplicar el pago al capital antes que a los intereses, ni a éstos antes que a los gastos.”; y el *Código Civil de 1936*, en el numeral 1266: “El que debe capital, intereses y gastos, no puede, sin consentimiento del acreedor, aplicar el pago al capital antes que a los intereses, ni a éstos antes que a los gastos.”

Dentro del proceso de reforma del Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, trataba el punto en su artículo 117: “El que debe capital, intereses y gastos, no puede, sin consentimiento del acreedor, aplicar el pago al capital antes que a los intereses, ni a éstos antes que a los gastos.”; en tanto que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hacía en el artículo 114: “Quien deba capital, gastos e intereses, no podrá, sin el consentimiento del acreedor, aplicar el pago al capital antes que a los gastos, ni a éstos antes que a los intereses.”; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, en el artículo 1277: “Quien deba capital, gastos e intereses, no podrá, sin el consentimiento del acreedor, aplicar el pago al capital antes que a los gastos, ni a éstos antes que a los intere-

ses.”; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, en el artículo 1244: “Quien deba capital, gastos e intereses, no puede, sin el consentimiento del acreedor, aplicar el pago al capital antes que a los gastos, ni a éstos antes que a los intereses.”

#### – Fuentes y concordancias extranjeras.

Coinciden con el artículo 1257 del Código Civil Peruano de 1984, entre otros, los Códigos Civiles Francés (artículo 1254), Italiano de 1942 (artículo 1194), Mexicano (artículo 2094), Panameño (artículo 1060), Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 570, primer párrafo), Ecuatoriano (artículo 1638), Venezolano de 1880 (artículo 1203), Venezolano de 1942 (artículo 1303), Chileno (artículo 1595), Anteproyecto de Código Civil Boliviano de Angel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 857, primer párrafo), Guatemalteco de 1973 (artículo 1407), Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 815), Paraguayo de 1987 (artículo 592), Español (artículo 1173), Brasileño (artículo 993), Portugués de 1967 (artículo 785), Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 352), Egipcio (artículo 236), Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 188), Suizo (artículo 85 -señala que el deudor no puede imputar un pago parcial sobre el capital en tanto que uno esté atrasado en los pagos de los intereses o gastos-), Holandés (Libro 6, Sección 6, artículo 13), de la República de China de 1930 (artículo 323) y Alemán (artículo 367: si el deudor ha de satisfacer además de la obligación principal intereses y gastos, una prestación suficiente para la extinción de toda la deuda se imputa primero a los gastos, después a los intereses y por último a la prestación principal. Si el deudor determina otra imputación, el acreedor puede rehusar la aceptación de la prestación.).

El Código Civil Costarricense de 1888 (artículo 780) establece que si la deuda produce intereses, el deudor no tiene derecho de imputar el pago al capital, sino una vez pagados los intereses vencidos; y si hay varias deudas que los devenguen, deberá ha-

cerse la imputación a los intereses de todas antes que a los capitales.

El Código Argentino también coincide con el Código Peruano, cuando dispone (artículo 776) que si el deudor debiese capital e intereses, no puede sin consentimiento del acreedor imputar el pago al principal.

Por otra parte, precisa señalarse que el Código Civil Uruguayo (artículo 1477) agrega que si el acreedor consiente, luego no podrá oponerse a dicha imputación. El Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 317, inciso 1) añade que el pago hecho al capital y a los intereses, sin observación del acreedor, se imputa en un quinto al capital y el saldo a los intereses. Y el Código Civil Boliviano de 1831 (artículo 845) establece que el pago hecho del capital e intereses, que no es íntegro, se aplica a los intereses.

Por su parte, el Código Etfope (artículo 1752) no hace mención al asentimiento del acreedor.

#### – **Análisis.**

El artículo 1257 del Código Civil Peruano de 1984 está destinado a establecer determinadas excepciones para el caso de la imputación del pago. En tal sentido, la norma prescribe un orden necesario e imperativo para que opere tal imputación.

Ante todo debemos aclarar que el supuesto de la norma bajo comentario no se basa en que existan -necesariamente- prestaciones surgidas de distintas fuentes, o, incluso, de diferentes obligaciones; simplemente está aludiendo a que una misma obligación pueda tener diversas prestaciones de la misma naturaleza, con caracteres de homogeneidad, pero por distintos conceptos.

Es el caso en que una deuda esté compuesta por capital (la prestación principal debida originalmente), gastos (los que hubiese generado la celebración del acto relativo a la prestación princi-

pal o su requerimiento para cobrarla -que por lo general, y a ello alude usualmente el artículo 1257, se referirán a los gastos que origine la concesión del préstamo dinerario o la cobranza de dicho préstamo-), e intereses (los devengados por concepto del uso o mora de dicho capital).

Dentro de tal orden de ideas, consideramos conveniente recordar las acepciones que hemos adoptado sobre capital, intereses y gastos.

#### (1) **Capital.**

Por capital se entiende el conjunto de bienes materiales o intangibles que constituyen un patrimonio.

De este modo, el concepto jurídico del término capital coincide con la noción de patrimonio.

#### (2) **Gastos.**

La Real Academia de la Lengua Española<sup>(1)</sup> señala que la palabra “gasto” significa “Acción de gastar. Lo que se ha gastado o se gasta. (...)”.

Por otra parte, la misma institución<sup>(2)</sup> indica que la palabra “gastar” significa, de acuerdo con otra de sus acepciones: “Expendir o emplear el dinero en una cosa. (...)”.

En realidad los gastos constituyen todos aquellos desembolsos que se hayan hecho conducentes a la celebración del contrato o, hablando en singular, al nacimiento de la obligación de que se trate.

(1) REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Op. cit., Tomo I, página 682, primera columna.

(2) REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Op. cit., Tomo I, página 682, primera columna.

Aclaremos, sin embargo, que la palabra "gastos" también puede referirse a las expensas en las que puede haber incurrido el acreedor para la cobranza del capital e intereses adeudados.

(3) **Intereses.**

En la opinión más difundida, el interés es un fenómeno económico de valor, y como tal constituye el precio que se paga por la disposición de un capital.

No obstante, en su acepción jurídica el interés se ha definido como el rédito, rendimiento, fruto o remuneración de un capital.

Sobre el tema planteado por el artículo 1257 del Código Civil, ya señalaba Pothier<sup>(3)</sup> que en las deudas en cuya naturaleza está el producir interés, el cómputo debe hacerse entre los intereses mejor que sobre el capital. **Primo in usuras, in quod solvitur deinde in sortem accepto fertur**; 1.1, Cod. hoc. tit. Agrega que eso tiene lugar, aun cuando la carta de pago expresara que la suma ha sido pagada a cuenta del principal y de los intereses; **in sortem et usuras**, pues se entiende en ese sentido, que la suma se ha recibido a cuenta del principal, deducidos los intereses abonados; 1. 5, fin. d. **de solut.**; debiéndose observar que si la suma pagada excede lo que es debido por intereses, el sobrante se descuenta del capital, aun cuando la imputación hubiese sido hecha expresamente sobre los intereses, sin hablar del capital; 1. 102, fin. **R. de solut.**

Precisa Pothier que esta decisión debe entenderse cuando el capital fuese exigible. Mas si el deudor de un censo perpetuo hubiese pagado por error más de lo que debía, por razón de las pensiones debidas, podría repetir lo que hubiese pagado demás;

(3) POTHIER, Robert Joseph. Op. cit., Segunda Parte, Páginas 235 y 236.

pues propiamente hablando, el capital de un censo perpetuo no es debido, no lo es más que **in facultate solutionis**, y no se presume que el acreedor hubiese consentido en una redención por parte.

Finaliza el jurista de Orléans señalando que esta regla de que el descuento debe hacerse sobre los intereses antes que sobre el capital, no tiene lugar respecto de los intereses que debían en pena de su tardanza desde el día de su emplazamiento, intereses que se adjudican como daños y perjuicios, y forman una deuda distinta del capital, y lo que el deudor paga, cuando no hay imputación de hecho, se imputa sobre el capital mejor que sobre los intereses.

Sobre este tema, Alterini, Ameal y López Cabana<sup>(4)</sup> enseñan que rige también aquí el principio de integridad del pago. Pero, lógicamente, si el acreedor lo tolera, el deudor puede pagar intereses sin oblar simultáneamente el capital y, a la vez, el pago hecho por cuenta de capital e intereses se imputará primero a los intereses, a no ser que el acreedor diese recibo por cuenta del capital. Y si otorgase, en cambio, recibo del capital sin reserva alguna sobre los intereses, se extinguiría la obligación respecto de ellos.

Consideramos, por lo demás, que para el supuesto del artículo 1257 del Código Civil Peruano -bajo comentario- no es necesaria la presencia del elemento de homogeneidad entre los objetos de las prestaciones, ya que aquí estamos frente a una sola obligación, que consiste en el pago de diversas prestaciones (aquellas que generan el deber de devolver el capital y de pagar los gastos e intereses). Queda claro, entonces, que la concepción del artículo 1257 es totalmente distinta a la del artículo 1256.

Pero no siempre se dará el supuesto de concurrencia de estas tres prestaciones en la relación obligacional.

(4) ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Op. cit., Tomo I, Páginas 142 y 143.

Por ello, efectuamos el siguiente razonamiento:

- (1) Si la deuda solamente está constituida por el capital y el deudor paga, obviamente no regirán los principios de imputación del pago, puesto que se sabrá -a ciencia cierta- que está pagando dicha prestación.
- (2) Si la deuda está integrada por capital y gastos, y el deudor efectuase un pago, de acuerdo con el artículo 1257 no podrá aplicarlo al capital antes que a los gastos.

Estimamos pertinente señalar, respecto de los gastos, que éstos no generan intereses compensatorios o legales (a menos que se hubiese pactado lo contrario en el título de la obligación).

Sin embargo, los gastos sí son susceptibles de originar intereses moratorios, vale decir, aquellos que se devengan desde la constitución en mora del deudor.

- (3) Si la deuda está constituida por capital e intereses, y el deudor efectuase un pago, de acuerdo con el mismo precepto no podrá aplicar dicho pago al capital antes que a los intereses.
- (4) Y, finalmente, si la deuda está integrada por capital, gastos e intereses, y el deudor efectuase un pago, conforme al artículo bajo comentario no podrá aplicar el pago al capital antes que a los gastos, ni a éstos antes que a los intereses.

Naturalmente, todo ello es susceptible de variación si el acreedor otorga su conformidad a una imputación diferente.

Como se recuerda, en materia civil los intereses no generan intereses, salvo que sean capitalizados. La capitalización, a su vez, sólo puede pactarse por escrito después de contraída la obligación, siempre que medie no menos de un año de atraso. Esta norma sobre el anatocismo, prevista por el artículo 1250 del Cód-

go, es de orden público y sus consecuencias y efectos fueron analizados por nosotros en su debido momento.

Los gastos -si se tratase de un contrato de mutuo- pueden generar intereses legales o convencionales. El capital, por su parte, usualmente origina intereses convencionales -si se tratase de un contrato de mutuo- y, a falta de pacto sobre su cuantía, intereses legales.

Dentro de estos planteamientos es razonable, como medida de protección para el acreedor ante el deudor moroso, que éste, salvo acuerdo en contrario, deba pagar en primer término los intereses, que sólo si se capitalizaran generarían intereses; luego los gastos, que con frecuencia sólo originan intereses moratorios, inferiores a los convencionales; y finalmente el capital, que usualmente genera intereses convencionales superiores a los legales.

Cabe aclarar, por último, que razones de técnica jurídica determinan que sea aconsejable consignar los preceptos del artículo bajo comentario, en la parte final del capítulo sobre imputación del pago, para lograr una secuencia lógica de las normas hoy contenidas en los artículos 1256, 1258 y 1259 del Código Civil, que se refieren a un supuesto diferente que el previsto por el artículo 1257.

#### – *Jurisprudencia peruana del artículo 1257.*

Sobre esta materia citamos la siguiente Ejecutoria Suprema:

“La obligación de pagar intereses abarca sólo el período comprendido entre la fecha del vencimiento de la obligación y la de la consignación.

Al consignarse el capital adeudado, la liquidación de intereses debe hacerse con posterioridad, por no ser aplicable al caso el artículo 1266 del Código Civil.” Ejecutoria del 12 de junio de 1972. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 341, 1972, Página 745. (Artículos 1260, 1266 y 1324 del Código Civil de 1936,

1253 y 1324 del Código Civil de 1984 y 1254 del Código Procesal Civil).

– **Concordancias nacionales.**

Recibo de pago sin reserva de intereses, artículo 1232 del Código Civil.

– **POSIBILIDAD DE RECLAMACION DEL DEUDOR ANTE LA IMPUTACION DEL PAGO HECHA POR EL ACREEDOR.**

**Artículo 1258.**- *“Cuando el deudor no ha indicado a cual de las deudas debe imputarse el pago, pero hubiese aceptado recibo del acreedor aplicándolo a alguna de ellas, no puede reclamar contra esta imputación, a menos que exista causa que impida practicarla.”*

– **Fuentes nacionales del artículo 1258.**

Dentro de la legislación colonial, podemos mencionar a la *Ley de las Siete Partidas*, Ley 10, Título XIV, Partida Quinta: **“Si por aventura, el que fiziese la paga, non dixesse por qual debdo la fazia, e el que las rescibe, señalasse luego uno de los debdos principales, diziendo que las rescibe por el, e se callase el que fazia la paga; estonce deue ser contada en el debdo que señaló, e non en otro.”**

El artículo 1258 del Código Civil Peruano de 1984 no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*.

El *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*, trataba sobre el tema en el artículo 849:

“El deudor de diferentes deudas, que ha aceptado un finiquito, por el que el acreedor ha aplicado el pago recibido a una deuda señaladamente, ya no puede pedir su aplicación a otra, a no ser que haya habido dolo o sorpresa de parte del acreedor.”; en tanto que el *Código Civil de 1852* no se ocupaba sobre el particular.

Por su parte, el *Proyecto de Código Civil de 1890*, legislaba sobre la materia en el artículo 2112: “Cuando el deudor por diversas obligaciones a favor de un mismo acreedor, hace un pago, tiene derecho para declarar, cuál es la deuda a que ese pago ha de aplicarse.- Si no lo declara se entiende aplicado a la deuda que gane mayor interés, entre las de plazo cumplido; si ninguna gana interés, a la que esté gravada con fianza o hipoteca; si las deudas de plazo cumplido son de igual naturaleza, a la más antigua; y si son de una misma naturaleza y de una misma fecha, el pago se aplica a todas proporcionalmente.”; en tanto que el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, lo hacía en el artículo 237: “Cuando el deudor no ha indicado a cuál de las deudas líquidas y vencidas debe hacerse la imputación del pago pero hubiere aceptado recibo del acreedor, imputando el pago a alguna de ellas determinadamente, no podrá reclamar contra esta aplicación del pago, a menos que hubiere causa que invalide el acto.”; el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, en el numeral 226: “Cuando el deudor no ha indicado a cual de las deudas debe hacerse la imputación del pago, pero hubiese aceptado recibo del acreedor, imputando el pago a alguna de ellas determinadamente, no podrá reclamar contra esta aplicación del pago, a menos que hubiera causa que invalide el acto.”; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, en el artículo 1256: “Cuando el deudor no ha indicado a cuál de las deudas debe hacerse la imputación, pero hubiese aceptado recibo del acreedor imputando el pago a alguna de ellas determinadamente, no podrá reclamar contra esta aplicación, a menos que hubiese causa que invalide el acto.”; y el *Código Civil de 1936*, en el numeral 1265: “Cuando el deudor no ha indicado a cuál de las deudas debe hacerse la imputación, pero hubiese aceptado recibo del acreedor imputando el pago a alguna de ellas

determinadamente, no podrá reclamar contra esta aplicación, a menos que hubiese causa que invalide el acto.”

Por su parte, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, prescribía lo siguiente en el artículo 116: “Cuando el deudor no ha indicado a cuál de las deudas debe hacerse la imputación, pero hubiese aceptado recibo del acreedor imputando el pago a alguna de ellas determinadamente, no podrá reclamar contra esta aplicación, a menos que hubiese causa que invalide el acto.”; en tanto que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hacía en el artículo 115: “Cuando el deudor no ha indicado a cuál de las deudas debe imputarse el pago, pero hubiese aceptado recibo del acreedor aplicándolo a alguna de ellas, no podrá reclamar contra esta imputación, a menos que exista causa que impida practicarla.”; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, en el artículo 1278: “Cuando el deudor no ha indicado a cuál de las deudas debe imputarse el pago, pero hubiese aceptado recibo del acreedor aplicándolo a alguna de ellas, no podrá reclamar contra esta imputación, a menos que exista causa que impida practicarla.”; y el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, en el numeral 1225: “Cuando el deudor no ha indicado a cuál de las deudas debe imputarse el pago, pero hubiese aceptado recibo del acreedor aplicándolo a alguna de ellas, no puede reclamar contra esta imputación, a menos que exista causa que impida practicarla.”

#### – Fuentes y concordancias extranjeras.

Coinciden con el artículo 1258 del Código Civil Peruano de 1984, entre otros, los Códigos Civiles Costarricense de 1888 (artículo 781), Hondureño (artículo 1437, segundo párrafo), Panameño (artículo 1059, segundo párrafo), Uruguayo (artículo 1479), Ecuatoriano (artículo 1639), Venezolano de 1942 (artículo 1304), Venezolano de 1880 (artículo 1204), Chileno (artículo 1596), Boliviano de 1976 (artículo 318), Guatemalteco de 1973 (artículo 1405), Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 816), Paraguayo de 1987 (artículo 593), Español (artículo 1172, segun-

do párrafo), Brasileño (artículo 992), Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 351), Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 189), Código de la Provincia de Québec (artículo 1160 -agrega que el reclamo a la imputación efectuada no puede realizarse a menos que existan causas que anulan los contratos-) y Argentino (artículo 775: cuando el deudor no ha escogido una de las deudas líquidas y vencidas para la imputación del pago, y hubiese aceptado recibo del acreedor, imputando el pago a una de ellas especialmente, no puede pedir se impute en cuenta de otra, a menos que haya mediado dolo, vicio o sorpresa por parte del acreedor).

El Código Civil Francés (artículo 1255) establece que cuando el deudor de diversas deudas hubiera aceptado recibo en el cual el acreedor haya imputado lo recibido sobre una de estas deudas especialmente, el deudor no puede pedir la imputación sobre una deuda diferente, a menos que haya habido dolo o sorpresa por parte del acreedor, y el Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1195) prescribe, a su turno, que quien teniendo varias deudas acepta un recibo en que el acreedor ha declarado imputar el pago de una de ellas, no puede pretender una imputación diversa, si no ha habido dolo o sorpresa por parte del acreedor.

El Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 570, tercer párrafo, segunda parte) dispone que si hay diferentes deudas, puede el deudor imputar el pago a la que elija; pero sin el consentimiento del acreedor no podrá preferir la deuda no devengada a la que lo está; y si el deudor no imputa el pago de ninguna en particular, el acreedor podrá hacer la imputación en la carta de pago; y si el deudor la acepta, no le será lícito reclamar después.

Por su parte, el Código Civil Boliviano de 1831 (artículo 846) agregaba que el deudor ya no podía pedir su aplicación a otra, a no ser que hubiera habido dolo o sorpresa de parte del acreedor. El Código Suizo de las Obligaciones (artículo 85, segundo párrafo), contempla que si el acreedor recibe una parte de las garantías del crédito u otras seguridades, el deudor no tiene derecho a imputar el pago parcial sobre la parte garantizada del crédito. El Código Egipcio (artículo 235), en fin, establece que si el deudor

no ha indicado a cuál de las deudas se debe imputar el pago, éste ha de aplicarse sobre aquella que aquél tenga mayor interés en extinguir.

#### – *Análisis.*

El supuesto que prevé el artículo 1258 del Código Civil es que el deudor haya efectuado un pago, no indicando a su acreedor a cuál de las obligaciones que mantiene con éste corresponde. Si en tal caso el deudor hubiese aceptado recibo del acreedor por el cuál éste imputase el pago, no podría reclamar de esa imputación, salvo que exista una razón que impida practicarla.

Debe precisarse, en primer término, que esta norma no está conculcando derecho alguno del deudor, ya que en virtud del artículo 1256 éste tiene la facultad prioritaria de imputar el pago a alguna de las deudas que mantiene con su acreedor.

El supuesto base de la norma bajo comentario es que el deudor haya omitido la diligencia requerida para efectuar la imputación al tiempo de verificar el pago, o antes de que el acreedor le otorgue recibo.

En tal sentido, el otro supuesto del precepto es que el acreedor haya procedido a efectuar la imputación, al no haber sido verificada por el deudor.

Resultaría a todas luces injusto permitir al deudor negligente, luego de efectuada la imputación del pago por el acreedor, variar la unilateralmente.

Como expresa el Doctor José León Barandiarán<sup>(1)</sup>, "La imputación por el acreedor tiene un carácter subsidiario, en caso de que ella no haya sido verificada por el deudor. El deudor, que en primer término tiene el derecho de hacer la imputación, debe

(1) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Páginas 350 y 351.

efectuar ésta en el momento del pago. Si entonces no la efectúa, corresponde al acreedor, conforme a los términos del artículo 1265 (se refiere al Código Civil Peruano de 1936). La imputación en este caso la hace el acreedor, pero con el asentimiento del deudor, que se manifiesta por la aceptación del recibo en que el acreedor hace la imputación. Así que tal aceptación comporta propiamente un convenio **inter partes**, de suerte que una modificación en la interpretación no sería posible si no es de común acuerdo. Ni el deudor ni tampoco el acreedor pueden por su sola voluntad imponer la modificación. El acreedor sólo puede libremente elegir la deuda a que se imputa el pago, hasta antes de la aceptación del recibo por el deudor; después, no.

Para evitar hesitaciones, la ley exige que la imputación efectuada por el acreedor conste en el recibo mismo de pago. Es una formalidad, que de no existir impide considerar hecha cualquier imputación en otra forma."

Creemos pertinente reparar, en este punto de nuestro análisis del artículo 1258 del Código Civil, en que la mencionada norma, cuando hace referencia al supuesto en que el deudor no hubiese indicado a cual de las deudas deba imputarse el pago, pero hubiese aceptado recibo del acreedor aplicándolo a alguna de ellas (...), alude expresamente a que el recibo que emite el acreedor deba ser aceptado por el deudor. Sólo en ese instante, y no antes, surte efectos la imputación hecha por el acreedor.

Debemos reparar, adicionalmente, que la aceptación del recibo emitido por el acreedor, por parte del deudor, a que hace referencia el artículo 1258 bajo comentario, es simple y llanamente una aceptación tácita, por no requerirse manifestación expresa de voluntad. Basta pues que el acreedor emita el recibo, se lo entregue al deudor y éste no efectúe, en ese momento, reparo alguno al respecto.

De allí que resulte singularmente importante que el deudor, al tiempo en que el acreedor le entregue el recibo, haga las salvedades del caso, pues de lo contrario sólo podría reclamar por alguna de las causales previstas en la última parte del artículo

1258, vale decir, cuando exista causa justificada por la ley que impida al acreedor practicar la imputación verificada.

No habría inconveniente alguno, desde luego, para que deudor y acreedor, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, puedan variar la imputación efectuada, quedando a salvo, por cierto, los derechos de terceros.

Ahora bien, la última parte del artículo 1258 - "..., a menos que exista causa que impida practicarla"- entra en juego principalmente, en nuestra opinión, en los supuestos siguientes:

- (1) Cuando el acreedor imputa el pago a una obligación ilíquida o no vencida, ya que el deudor, en este caso, todavía no estaría obligado a pagar. Sólo le corresponderá hacerlo a partir de la fecha de vencimiento de la obligación o, de ser el caso, desde que se liquide su monto.

El supuesto de obligación no vencida corresponde a la categoría de las obligaciones de ejecución diferida, por contener plazo o condición suspensivos.

- (2) Cuando el acreedor imputa el pago a una obligación ya pagada o extinguida, casos en los cuales se trataría de un pago inútil que originaría un supuesto de pago indebido o de enriquecimiento sin causa, conceptos que oportunamente analizaremos.

Alterini, Ameal y López Cabana<sup>(2)</sup> piensan que en estos casos el acreedor también tiene algunas cortapisas para la imputación que hace, pues debe elegir una de las deudas líquidas y vencidas, con lo cual está impedido de imputar el pago que recibe a deudas ilíquidas o no vencidas. En esto, agregan, tiene igual limitación que el deudor. Y no puede dividir el pago, imputándolo al pago total de una deuda y al pago parcial de otra, porque esto im-

---

(2) ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Op. cit., Tomo I, Página 142.

plicaría pasar por alto el impedimento de exigir pagos parciales al deudor.

Añaden los profesores citados que la imputación que el acreedor hace al recibir el pago puede estar viciada por error, dolo o violencia del deudor, respecto de todos los cuales rige la teoría general del acto jurídico. Señalan, además, que de acuerdo con lo normado por el Código Civil Argentino, se agrega una noción nueva: la "sorpresa por parte del acreedor", que también invalida la imputación hecha por éste, pues implica "una suerte de dolo de tono menor", que si bien no supone la maniobra engañosa, comporta "deslealtad o abuso de confianza por parte del acreedor".

Por otra parte, no consideramos comprendido dentro de las excepciones bajo análisis, el supuesto del acreedor que imputa el pago a una obligación ya prescrita, caso en el cual el deudor siempre habría estado obligado a pagar la prestación, con la única salvedad de que el acreedor carecía de acción legal para cobrarla.

Debemos señalar, en este punto, que si se pagase parte de una deuda prescrita, resulta evidente que al pretender cobrarse el saldo, el deudor podría oponer la excepción de prescripción.

Parece evidente, en fin, que lo expuesto no agota los casos susceptibles de estar comprendidos dentro de la excepción prevista por el artículo 1258, tales como la hipótesis de una obligación inexistente, o contraída por un tercero, etc.

#### – SUPUESTOS LEGALES PARA LA IMPUTACION DE UN PAGO ENTRE DIVERSAS OBLIGACIONES.

**Artículo 1259.-** *“No expresándose a qué deuda debe hacerse la imputación, se aplica el pago a la menos garantizada; entre varias deudas igualmente garantizadas, a la más onerosa para el deudor; y entre varias deudas igualmente garantizadas y onerosas a la más antigua. Si estas reglas no pueden aplicarse, la imputación se hará proporcionalmente.”*

#### – Fuentes nacionales del artículo 1259.

Dentro de la legislación colonial, podemos hacer mención de la *Ley de las Siete Partidas*, Ley 10, Título XIV, Partida Quinta: **“Si acaeciesse, que el que fiziesse la paga, nin el que la rescibe, non señalaron por cual debdo la fazian; estonce, si las debdas fueren eguales, que non aya agrauamiento, ninguno, de pena, nin de usura, nin de otra manera, mas en el uno que en el otro; deue ser partida la paga en todos los debdos principales, en aquellos que conociere el debdor, sobre que non ouisse contienda ninguna. E si por aventura debda y ouire alguna, que fuesse mas agrauada que las otras por razón de pena que fuesse puesta, o por otra agrauamiento semejante, estonce deue ser contada la paga tan solamente en tal debda como esta, que es mas grave.”**

El artículo 1259 del Código Civil Peruano de 1984 no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*.

El *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*, trataba el punto en su artículo 850: "Cuando en el finiquito no se ha hecho aplicación ninguna, se entenderá satisfecha la deuda que interesa más al deudor, siendo todas las deudas vencidas; mas si no lo son, se entenderá satisfecha la que esté vencida, aunque sea menos gravosa al deudor que las otras. Si son todas de igual naturaleza, la aplicación se hará a la más antigua; y si son en todo iguales, se distribuirá proporcionalmente."; en tanto que el *Código Civil de 1852*, lo hacía en el artículo 2230: "Cuando hace un pago, el deudor de diversas obligaciones, tiene derecho a declarar, cuál es la deuda a que ha de aplicarse.- Si no lo declara, se entenderá aplicado el pago a la deuda que gana más interés, entre las de plazo cumplido; si ninguna gana interés, a la que está asegurada con fianza o hipoteca; si las deudas de plazo cumplido son de igual naturaleza, se aplicará el pago a la más antigua; y si en todo son iguales, se aplicará a todas proporcionalmente.- El que debe capital e intereses, no puede sin consentimiento del acreedor, aplicar el pago al capital antes que a los intereses."

De otro lado, el *Proyecto de Código Civil de 1890*, regía la materia en el artículo 2912: "Cuando el deudor por diversas obligaciones a favor de un mismo acreedor, hace un pago, tiene derecho para declarar, cuál es la deuda a que ese pago ha de aplicarse.- Si no lo declara se entiende aplicado a la deuda que gane mayor interés, entre las de plazo cumplido; si ninguna gana interés, a la que esté gravada con fianza o hipoteca; si las deudas de plazo cumplido son de igual naturaleza, a la más antigua; y si son de una misma naturaleza y de una misma fecha, el pago se aplica a todas proporcionalmente."; en tanto que el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, regulaba el tema en el artículo 239: "No expresándose en el recibo del acreedor a qué deuda se hubiera hecho la imputación, se entenderá aplicado el pago a la deuda que gana más interés, entre las de plazo cumplido; si nin-

guna gana interés, a la que está asegurada con fianza o hipoteca; si las deudas de plazo vencido son de igual naturaleza, se aplicará el pago a todas proporcionalmente."; el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, en el artículo 228: "No expresándose a qué deuda se hubiera hecho la imputación se entenderá aplicado el pago a la deuda que gana más interés entre las de plazo cumplido; si ninguna gana interés, a la que está asegurada con fianza, hipoteca o prenda; si las deudas de plazo vencido son de igual naturaleza, se aplicará el pago a la más antigua; y si en todo son iguales, se aplicará a todas proporcionalmente."; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, en el numeral 1258: "No expresándose a qué deuda debiera hacerse la imputación, se aplicará el pago a la que gana más interés entre las de plazo cumplido; si ninguna gana interés, a la que está asegurada con fianza, hipoteca o prenda; si las deudas de plazo vencido son de igual naturaleza, se aplicará el pago a la más antigua; y si en todo son iguales, a todas proporcionalmente."; y el *Código Civil de 1936*, en el artículo 1267: "No expresándose a qué deuda debe hacerse la imputación, se aplicará el pago a la que gana más interés entre las de plazo cumplido; si ninguna gana interés, a la que esté asegurada con fianza, hipoteca o prenda; si las deudas de plazo vencido son de igual naturaleza, se aplicará el pago a la más antigua; y si en todo son iguales, a todas proporcionalmente."

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, preveía el tema en el artículo 118: "No expresándose a qué deuda debe hacerse la imputación, se aplicará el pago a la deuda vencida; entre varias deudas vencidas, a la menos garantizada; entre varias deudas igualmente garantizadas, a la más onerosa para el deudor; entre varias deudas igualmente onerosas, a la más antigua. Si tales criterios no sirven para resolver el caso, la imputación se hace proporcionalmente a las varias deudas."; en tanto que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hacía en el numeral 116: "No expresándose a qué deuda debe hacerse la imputación se aplicará el pago a la menos garantizada; entre varias deudas igualmente garantizadas, se aplicará el pago a la más onerosa

para el deudor; y entre varias deudas igualmente garantizadas y onerosas, a la más antigua. Si estas reglas no pudieran aplicarse, la imputación se hará proporcionalmente.”; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, en el artículo 1279: “No expresándose a qué deuda debe hacerse la imputación se aplicará el pago a la menos garantizada; entre varias deudas igualmente garantizadas, se aplicará el pago a la más onerosa para el deudor; y entre varias deudas igualmente garantizadas y onerosas, a la más antigua. Si estas reglas no pudieran aplicarse, la imputación se hará proporcionalmente.”; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, lo hacía en el artículo 1226: “No expresándose a qué deuda debe hacerse la imputación, se aplica el pago a la menos garantizada; entre varias deudas igualmente garantizadas, a la más onerosa para el deudor; y entre varias deudas igualmente garantizadas y onerosas a la más antigua. Si estas reglas no pueden aplicarse, la imputación se hará proporcionalmente.”

#### – Fuentes y concordancias extranjeras.

Coinciden con el artículo 1259 del Código Civil Peruano de 1984, entre otros, los Códigos Civiles Italiano de 1942 (artículo 1193, segundo párrafo), Venezolano de 1942 (artículo 1305), Venezolano de 1880 (artículo 1205), Ecuatoriano (artículo 1640), Chileno (artículo 1597), Boliviano de 1976 (artículo 316, inciso 2), Guatemalteco de 1973 (artículo 1406), Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 814, segundo y tercer párrafo), Paraguayo de 1987 (artículo 591, segundo y tercer párrafo), Español (artículo 1174), Portugués de 1967 (artículo 784), Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 353), Brasileño (artículo 994), Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 190), Código de la Provincia de Québec (artículo 1161), Suizo de las Obligaciones (artículo 87), de la República de China de 1930 (artículo 322) y Alemán (artículo 366).

El Código Civil Francés (artículo 1256) establece que cuando el recibo no incluya ninguna imputación, el pago debe ser imputado sobre la deuda que el deudor tuviere entonces más interés

en satisfacer entre las vencidas de modo semejante; sino, sobre la deuda vencida, aunque menos onerosa que las que no lo sean. Si las deudas son de igual naturaleza, la imputación se hace sobre la más antigua; si todas las cosas son iguales, se hace proporcionalmente.

Por su parte, el Código Civil Mexicano (artículo 2093) dispone que si el deudor no hiciera la referida declaración, se entenderá hecho el pago por cuenta de la deuda que le fuere más onerosa entre las vencidas. En igualdad de circunstancias, se aplicará a la más antigua, y siendo todas de la misma fecha, se distribuirá entre todas ellas a prorrata.

El Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 570, quinto párrafo) señala que si ninguna de las partes ha imputado el pago, se preferirá la deuda que al tiempo del pago estaba devengada a la que no lo estaba y no habiendo diferencia bajo este respecto, la deuda que el deudor eligiere.

Por otra parte, los Códigos Civiles Hondureño de 1906 (artículo 1439), Portorriqueño de 1930 (artículo 1128), Costarricense de 1888 (artículo 783) y Panameño (artículo 1061), coinciden también con el Peruano. Pero, sin embargo, los Códigos Hondureño y Portorriqueño se diferencian del nacional, porque cuando no se sabe a cuál deuda se imputará el pago, se aplicará a las más onerosa, y si todas fueren iguales, el pago se imputará a todas. El Código Costarricense se diferencia del Peruano al establecer que cuando la carta de pago no indique la deuda de extinción de la cual se ha efectuado el pago, se imputará éste por las reglas siguientes: 1) El pago debe imputarse a los intereses devengados y luego a la deuda vencida; y 2) Cuando las deudas se hallen todas vencidas, o no, la imputación se hará a la deuda que tenga más interés en satisfacer; siendo las hipótesis tercera y cuarta similares al artículo 1259 del Código Peruano. Y el Código Panameño prescribe que cuando no pueda imputarse el pago según las reglas anteriores, se estimará satisfecha la más onerosa al deudor entre las que estén vencidas. Si éstas fueren de igual naturaleza y gravamen, el pago se imputará a todas a prorrata.

Además, el Código Civil Uruguayo (artículo 1480) dispone que no expresándose en el recibo a cuál deuda se haya hecho la imputación, debe imputarse a la de plazo vencido que por entonces tenía el deudor más interés en pagar, sea porque devengara réditos, porque se hubiese señalado alguna pena, por mediar prenda o hipoteca o por otra razón semejante. Si las demás deudas no son de plazo vencido, se aplicará a la de paga vencida, aunque menos gravosa. Si son de igual naturaleza, la imputación se hace a la más antigua, y siendo de una misma fecha, a prorrata.

De otro lado, puede mencionarse al Código Civil Boliviano de 1831 (artículo 847), que estatuye que la imputación se aplica 1º a la deuda que más interesa, si son todas vencidas; 2º si no es vencida, se satisface la que esté vencida; 3º si son todas de igual naturaleza, la más antigua; 4º si son todas iguales, se distribuirá proporcionalmente.

Por su parte, el Código Civil Etíope (artículo 1754) señala que cuando el recibo no tiene alguna indicación, el pago se imputa sobre la deuda que está vencida o a falta de ésta, sobre la deuda cuyo vencimiento es el más cercano. Entre deudas vencidas o entre aquellas cuya fecha de vencimiento es paralelamente cercano, el pago se imputa sobre la deuda que el acreedor tenía mayor interés en extinguir.

El Código Civil Argentino (artículo 778), en fin, prescribe que no expresándose en el recibo del acreedor a qué deuda se hubiere hecho la imputación del pago, debe imputarse dentro de las de plazo vencido a la más onerosa al deudor, o porque llevara intereses, o porque hubiera pena constituida por falta de cumplimiento de la obligación, o por mediar prenda o hipoteca, o por otra razón semejante. Si las deudas fueran de igual naturaleza, se imputará a todas a prorrata.

#### – Análisis.

La razón de ser del artículo 1259 del Código Civil Peruano

de 1984 es la de disipar, por intermedio de una norma legal, la incertidumbre sobre la obligación que se extingue, teniendo en cuenta que ni el deudor ni, a su turno, el acreedor, hubiesen efectuado la imputación. Este precepto estatuye una imputación legal del pago que no sólo evita desconocer cuál es la obligación extinguida, sino que genera importantes consecuencias jurídicas respecto de los efectos anteriormente señalados, tales como la prescripción, garantías, intereses, etc.

En realidad, la imputación legal del pago no es una institución novedosa. Ya Pothier<sup>(1)</sup> establecía principios fundamentales sobre el particular<sup>(2)</sup>.

El artículo bajo comentario establece un orden en el cual de-

(1) POTHIER, Robert Joseph. Op. cit., Segunda Parte, Páginas 232 a 235.

(2) "(...) **REGLA 3ª.**- Cuando la indicación no ha sido hecha ni por el deudor ni por el acreedor, debe hacerse sobre aquella de las diferentes deudas que el deudor tuviera en aquel entonces más interés en extinguir.

**COLORARIO PRIMERO.**- La designación debe hacerse líquida e incontestable, por lo que puede ser objeto la cuestión de preferencia en favor de la deuda; mejor sobre aquella cuyo pago ha vencido, cuando paga el deudor, que no sobre aquella cuyo término no ha vencido todavía; 1. 3, 1, 1. 103, **D. de solut.**

**COLORARIO SEGUNDO.**- Entre varias deudas cuyo término ha vencido, la imputación debe hacerse perfectamente sobre aquella por la cual había el deudor contraído responsabilidad personal (cárcel), que no sobre las deudas puramente civiles.

**COLORARIO TERCERO.**- Entre las deudas civiles, la imputación debe hacerse con preferencia sobre aquellas que tienen interés.

**COLORARIO CUARTO.**- La imputación debe hacerse más bien sobre una deuda hipotecaria que una quirografaria; 1. 97, **D. de solut.**

**COLORARIO QUINTO.**- La imputación que debe hacerse mejor sobre la deuda por la cual el deudor había dado fiadores, mejor que no sobre aquella de la que es único responsable; **D. 1. 4 in fin;** 1. 5, **D. de tit.** La razón está en que al saldarla se libra de dos acreedores; el acreedor principal y el fiador a quien indemnizar, y más ventajoso es librarse de dos acreedores que de uno solo.

berá efectuarse la imputación de un pago hecho sin haberse expresado cuál de las deudas se extingue.

Así, el Código dispone que de existir dos obligaciones de la misma naturaleza, con prestaciones homogéneas, el pago efectuado se imputará a la menos garantizada.

Esta presunción tiene el propósito de proteger al acreedor de una posible insolvencia del deudor.

---

*COLORARIO SEXTO.*- Debe hacerse la imputación prefiriendo una deuda de la que el que paga era deudor principal, a los que el mismo debe como fiador; 1. 97; **D. 1. 4, D. dict. tit.**

Todos esos corolarios pueden recibir, por las circunstancias, excepciones que se dejan al arbitrio del juez.

Por ejemplo, si existieran dos deudas, con plazo vencido una y por vencer otra, pero de tal naturaleza la primera, que para su pago podría el deudor ser obligado bajo pena de prisión; siendo la otra ordinaria, y además el plazo de aquélla estaba vencido; en tal caso el dinero que hubiese entregado el deudor, deberá aplicarse con preferencia a la extinción de esta misma, porque tiene dicho deudor grande interés en librarse con premura de una obligación a cuyo cumplimiento podrían dentro de pocos días compelerle, poniéndolo preso.

De la misma manera aun cuando la deuda que importa la pena corporal sea preferible para la imputación a las deudas puramente civiles, sin embargo, si el deudor fuera un hombre a quien su dignidad y sus riquezas diesen lugar a jactarse de que su acreedor no usaría para con él del rigor de la pena corporal, esta deuda, si no llevase intereses, debería ceder, para la imputación a la deuda puramente civil que los tenía.

(...) *REGLA 4°.*- Cuando las deudas fueran de igual naturaleza, y el deudor no tuviera interés alguno en saldar una de ellas con preferencia a la otra, el documento debe hacerse sobre la más antigua: **si nulla causa praegravet, in antiquiorem**; 1. 5, **D. de tit.**

Observad que entre dos deudas contraídas en un mismo día, pero con diferentes vencimientos, se reputa como la más antigua la que tiene el plazo más corto; 1. 89, 2, **D. de hoc tit.**

(...) *REGLA 5°.*- Si las deudas fueran de la misma fecha, e iguales en todas sus partes, el descuento se hará proporcionalmente a cada una de ellas; 1. 8, **D. de solut.**"

El Código añade que de existir dos o más deudas igualmente garantizadas, se imputará el pago a la más onerosa para el deudor.

En relación con el principio de mayor onerosidad, Alterini, Ameal y López Cabana<sup>(3)</sup>, refiriéndose al Código Civil Argentino, expresan que el pago, por lo pronto, debe ser imputado a la deuda más onerosa al deudor, o porque llevara intereses, o porque hubiera pena constituida por falta de cumplimiento de la obligación, o por mediar prenda o hipoteca, o por otra razón semejante; texto legal del que surge que la mayor onerosidad es una cuestión de hecho, que se aprecia de las circunstancias del caso, que no se agotan -por cierto- con la enumeración enunciativa de la ley. Recuerdan, además, que la jurisprudencia ha decidido, por ejemplo, que el principio de mayor onerosidad rige las deudas que constan en título ejecutivo, o las prestaciones parciales periódicas más antiguas.

Al señalarse el supuesto de deudas igualmente garantizadas, se podría pensar que el artículo 1259, bajo comentario, está aludiendo a aquellas obligaciones respecto de las cuales se ha constituido una misma garantía, sea ésta real o personal, o garantías diferentes, pero de la misma naturaleza (como sería el caso de bienes dados en prenda que garanticen plenamente dos obligaciones distintas), o de garantías personales otorgadas por la misma persona (por ejemplo, una fianza).

Sin embargo, no es éste, en nuestra opinión, el sentido del precepto. Por ejemplo, si una obligación está garantizada por una sólida hipoteca y otra por una sólida fianza bancaria, las dos estarían igualmente garantizadas.

Sin lugar a dudas el tema de la importancia de una garantía en relación con la otra es susceptible de generar las mayores controversias.

---

(3) ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Op. cit., Tomo I, Página 144.

Por tal razón deseamos formular ciertos comentarios destinados a aclarar determinados conceptos.

En primer término, una garantía no es necesariamente mejor o más idónea que otra por ser de naturaleza distinta.

Como sabemos, en cuanto a garantías se refiere, éstas pueden ser personales o reales.

La garantía personal por excelencia es la fianza, contrato del cual se ocupa el Código Civil Peruano de 1984 en sus artículos 1868 a 1905.

Por otra parte, las garantías reales se clasifican según el Código Civil Peruano en tres categorías, reguladas por la Sección Cuarta del Libro de Derechos Reales, bajo el título "Derechos reales de garantía", y son la prenda (artículos 1055 al 1090), la anticresis (artículos 1091 al 1096) y la hipoteca (artículos 1097 al 1122).

Cabe dejar en claro, al respecto, que una garantía real no es más eficiente, necesariamente, que una garantía personal.

En el entendido de que ambas garantías aseguren con holgura el monto de las dos obligaciones, cabe la posibilidad de que la garantía personal sea más sólida que la real, como ocurriría en el caso de que ella consistiera en una fianza solidaria otorgada en favor del acreedor por uno de los hombres más acaudalados del Perú, en tanto que la garantía real estuviera constituida por prenda, anticresis o hipoteca sobre un bien de importante valor.

Podría -evidentemente- ocurrir la situación contraria, como sería el caso de que la fianza hubiera sido constituida por una persona de relativa solvencia, en tanto que el bien otorgado en garantía de la otra obligación fuera de inmenso valor.

También podríamos encontrarnos ante el problema de determinar, dentro de garantías de una misma naturaleza (personales o reales), cuál de ellas es la más sólida.

Imaginemos, para el efecto, dos fianzas otorgadas por personas de similar solvencia patrimonial, o dos hipotecas constituidas sobre bienes de similar valor.

Podríamos plantearnos, incluso, los supuestos de que se trate de tres obligaciones garantizadas: una por prenda, otra por anticresis y una tercera por hipoteca. En este caso también tendríamos que apreciar la solidez de cada una de las garantías.

Como se observa, el tema no reviste, necesariamente, claridad meridiana, y ello nos obliga a remitir al lector a la casuística, y llegar a la ineludible conclusión de que en la duda serán los tribunales los encargados de efectuar la determinación de cuál es la obligación más garantizada.

Por otra parte, el artículo bajo comentario nos plantea el tema de la mayor o menor onerosidad de las obligaciones objeto de la imputación del pago.

Dentro de tal orden de ideas, la materia tampoco tiene precisión absoluta, pues podría entenderse que el precepto se refiere al porcentaje de intereses que generen las obligaciones o a los montos de las obligaciones principales (los capitales adeudados).

En nuestra opinión, la obligación más onerosa no sería necesariamente la de mayor monto, pues si una, la de menos cuantía, devenga intereses del 20% anual, y la otra intereses del 10% anual, la imputación se hará a la primera.

Al hacer alusión a la mayor onerosidad de la obligación, podría pensarse en su mayor monto, pues una deuda de mayor cuantía sería más onerosa que otra de monto menor. Sin embargo -lo reiteramos-, la mayor o menor onerosidad está, en el caso propuesto, en relación directa al tema de los intereses, cuyo índice -mayor o menor- determinaría, sin duda, que una deuda sea más o menos onerosa que otra.

En buena cuenta, podríamos encontrarnos ante a una obligación de monto menor pero de intereses mayores y ante otra de monto mayor pero de intereses menores.

Para efectuar la imputación precisaría verificar, mediante cálculos matemáticos, cuál de las dos obligaciones es la que genera mayores intereses.

Consideramos, en suma, que el tema de la onerosidad está directamente relacionado con la prestación cuyo discurrir genera más cargas para el deudor.

Por otra parte, de existir varias deudas igualmente garantizadas y onerosas, el pago se imputará a la más antigua.

El sentido del precepto es que, en ausencia de interés respecto a la deuda menos garantizada o más onerosa para el deudor, primero deberán pagarse las obligaciones más antiguas, pues ellas serían, en el caso propuesto de los intereses, las que habrían generado la más alta proporción. Sin embargo, si se trata de obligaciones que no devengan intereses, interviene el factor de disipar la incertidumbre optando por una de ellas; en el caso del Código Peruano, con criterio lógico, por la primera obligación generada entre las partes. El Código, en el supuesto bajo comentario, tiene por finalidad intentar por hipótesis **casin certidumcumes**, la misma que, por citar un ejemplo representativo, no es tomada en cuenta por la legislación argentina.

En resumen, ante la encrucijada de optar definitivamente acerca de cuál de las obligaciones es la que se extingue primero, resulta plenamente razonable que sea aquella que se contrajo primero.

Por último, si las reglas consignadas en las tres hipótesis anteriores no pudieran aplicarse, la imputación se haría proporcionalmente a cada una de las deudas.

Este es el supuesto que Alterini, Ameal y López Cabana<sup>(4)</sup> llaman "prorratio".

(4) ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Op. cit., Tomo I, Página 143.

Por ejemplo, si un deudor tuviese con un acreedor tres obligaciones dinerarias, las tres consistentes en pagar la cantidad de 8,000 nuevos soles; las tres igualmente garantizadas por hipoteca sobre un mismo inmueble (que cubre holgadamente los tres montos); e igualmente antiguas (las tres contraídas el día 31 de mayo de 1991); y el deudor pagara -aceptando el acreedor este pago parcial- la cantidad de 3,000 nuevos soles, al ser dichas obligaciones igualmente garantizadas, onerosas y antiguas, el pago se imputaría proporcionalmente, correspondiendo 1,000 nuevos soles a cada obligación. En tal sentido, después de efectuado el pago, el deudor deberá la cantidad de 7,000 nuevos soles por cada una de dichas obligaciones.

No obstante lo expresado, parece poco probable que se presente una situación como la anotada en el párrafo precedente. Se trata, por tanto, de un supuesto excepcional, que el Código, sin embargo, ha hecho bien en prever.

Por ello consideramos que el último extremo del artículo 1259, más que por su utilidad práctica, es el complemento de una hipótesis teórica difícil de presentarse.

Para concluir con nuestros comentarios sobre el artículo 1259 del Código Civil, es pertinente pronunciarnos sobre cómo se podría entender aplicable el precepto en las obligaciones de hacer.

En primer lugar, debemos recordar lo antes señalado, en el sentido de que resulta extremadamente difícil que nos encontremos ante un supuesto de imputación del pago referido a obligaciones de hacer, que no concluyan en un dar.

Pero de presentarse el caso, también deberá determinarse cuál de las obligaciones es la más garantizada; en su defecto, cuál es la más onerosa; y en ausencia de ambos criterios, cuál es la más antigua; aclarando, sin embargo, que en las obligaciones de hacer el prorratio de que trata el último extremo del numeral 1259, será, en prácticamente todos los casos, de imposible apli-

cación, lo que también ocurriría en las obligaciones de prestación indivisible.

– **Concordancias nacionales.**

Imputación del pago, artículo 1256 del Código Civil / Imputación en la compensación, artículo 1293 del Código Civil.

**CAPITULO QUINTO**

**Pago con subrogación**

– **SUBROGACION DE PLENO DERECHO. SUPUESTOS.**

**Artículo 1260.-** *“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.*
2. *De quien por tener legítimo interés cumple la obligación.*
3. *Del acreedor que paga la deuda del deudor común a otro acreedor que le es preferente.”*

– **Fuentes nacionales del artículo 1260.**

Dentro de la legislación colonial, en lo referente a la subrogación legal, podemos citar la *Ley de las Siete Partidas*, Ley 34, Título XIII, Partida Quinta.

El artículo 1260 del Código Civil Peruano de 1984 no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.*

El *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836* abordó el tema en sus artículos 845: “La

subrogación es legal: 1° en favor de un acreedor que paga a otro, que le es preferible por los privilegios o hipotecas; 2° en favor del adquirente de una cosa inmueble, que emplea el importe de su adquisición en satisfacer a los acreedores, a quienes estaba hipotecada la cosa; 3° en favor del que, estando obligado con otros o por otros al pago de una deuda, tiene interés en satisfacerla; 4° en el del heredero beneficiario, que paga con su dinero las deudas de la herencia.”; y 843: “La subrogación es la traslación de derechos y acciones, que por título legítimo tiene una persona contra otra. Ella es convencional o legal.”; en tanto que el *Código Civil de 1852*, lo hacía en el numeral 2234: “No se extingue la obligación del deudor, si un tercero hace el pago, sustituyéndose al acreedor en sus derechos.- Esta sustitución se verifica ordinariamente por convenio; pero tiene lugar también por el ministerio de la Ley, siempre que el tercero es legalmente interesado en hacer el pago.”

Por su parte, el *Proyecto de Código Civil de 1890* legislaba sobre la materia en diversas normas, entre ellas los artículos 2925: “La subrogación por disposición de la ley, o **ipso jure**, se verifica: 1° En favor del que, siendo acreedor, paga a otro acreedor que goza de preferencia por razón de privilegio o hipoteca; 2° En favor del que, estando obligado con otros o por otros al pago de la deuda la paga, porque tiene interés en cubrirla; 3° En favor del que, habiendo adquirido un inmueble gravado, tiene obligación de pagar a los acreedores, a quienes el inmueble está hipotecado; 4° En favor del heredero que habiendo aceptado la herencia con beneficio de inventario, ha pagado con su propio dinero deudas de esa herencia; 5° En favor del que paga deuda ajena, consintiendo expresa o tácitamente el deudor.”; 2926: “La subrogación, celebrada conforme a los artículos precedentes, transmite al nuevo acreedor todos los derechos y acciones del antiguo, no sólo contra el deudor principal y sus codeudores, sino también contra los fiadores, con las modificaciones siguientes: 1° El subrogado no puede ejercer los derechos y acciones del primitivo acreedor, sino hasta donde llegue la suma que él ha desembolsado realmente para la liberación del deudor; 2° El efecto de la subrogación convencional puede ser limitado a ciertos derechos y acciones por el acreedor, o el deudor que la practican conforme a

los artículos 2923 y 2924; 3° La subrogación legal en provecho de los que han pagado una deuda, de la cual eran responsables con otros, no los autoriza para ejercer los derechos y acciones del acreedor contra los obligados, sino hasta donde alcance la parte con la cual cada uno de éstos últimos deba contribuir al pago de la deuda.”; 2921: “La subrogación es una ficción jurídica, por la cual se reputa que una obligación en realidad extinguida para el primitivo acreedor por el pago que ha hecho un tercero, continúa a favor de éste, como si formase una misma persona con aquél.”; y 2922: “La subrogación se verifica convencionalmente, o por disposición de la ley.”

De otro lado, el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, trataba el tema en el numeral 240: “La subrogación se opera de pleno derecho a favor: 1° Del acreedor que paga la deuda del deudor común a otro acreedor que le es preferente.- 2° Del acreedor que adquirió un inmueble, y paga al acreedor que tuviese hipoteca sobre el mismo inmueble.- 3° Del tercero que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvo los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda.- 4° Del tercero, no interesado en la obligación, que pague con aprobación expresa o tácita del deudor.”; en tanto que el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, lo hacía en el artículo 229: “La subrogación se opera de pleno derecho a favor: 1o.- Del acreedor que paga la deuda del deudor común a otro acreedor que le es preferente; 2o.- Del acreedor que adquirió un inmueble y que paga al acreedor que tuviese hipoteca sobre el mismo inmueble; 3o.- Del tercero que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvo los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda; 4o.- Del tercero no interesado en la obligación que pague con aprobación expresa o tácita del deudor.”; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, en el artículo 1259: “La subrogación se opera de pleno derecho a favor: 1o.- Del acreedor que paga la deuda del deudor común a otro acreedor que le es preferente; 2o.- Del que por tener legítimo interés cumple la obligación; 3o.- Del tercero no interesado en la obligación que pague con aprobación expresa o tácita del deudor.”; y el *Código Civil de 1936*, en el artículo 1269: “La

subrogación se opera de pleno derecho a favor: 1. Del acreedor que paga la deuda del deudor común a otro acreedor que le es preferente; 2. Del que por tener legítimo interés cumple la obligación; 3. Del tercero no interesado en la obligación que pague con aprobación expresa o tácita del deudor.”

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, trató la materia en su artículo 120: “La subrogación se opera de pleno derecho a favor: 1. Del acreedor que paga la deuda del deudor común a otro acreedor que le es preferente; 2. Del que por tener legítimo interés cumple la obligación; 3. Del tercero no interesado en la obligación que pague con aprobación expresa o tácita del deudor.”; en tanto que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hacía en el artículo 117: “La subrogación opera de pleno derecho a favor: 1. De quien paga una deuda a la cual estaba obligado, indivisible o solidariamente, con otro u otros.- 2. De quien por tener legítimo interés cumple la obligación.- 3. Del acreedor que paga la deuda del deudor común a otro acreedor que le es preferente.”; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, en el artículo 1280: “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; 2. De quien por tener legítimo interés cumple la obligación; 3. Del acreedor que paga la deuda del deudor común a otro acreedor que le es preferente.”; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, en el artículo 1227: “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.- 2. De quien por tener legítimo interés cumple la obligación.- 3. Del acreedor que paga la deuda del deudor común a otro acreedor que le es preferente.”

#### – Fuentes y concordancias extranjeras.

Coinciden con el artículo 1260 del Código Civil Peruano de 1984, entre otros, los Códigos Civiles Venezolano de 1942 (artículo

1300), Venezolano de 1880 (artículo 1200), Boliviano de 1976 (artículo 326), Brasileño (artículo 985), Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 827, inciso 2 -similar al inciso 1 del artículo 1160 Peruano-), Paraguayo de 1987 (artículo 594, literal b) -similar al inciso 2 del artículo 1260 Peruano-), Guatemalteco de 1973 (artículo 1455, inciso 2 -similar al inciso 2 del artículo 1260 Peruano-), Paraguayo de 1987 (artículo 594, literal a) -similar al inciso 3 del artículo 1260 Peruano-), Guatemalteco de 1973 (artículo 1455, inciso 1 -similar al inciso 3 del artículo 1260 Peruano-), Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 827, inciso 1 -similar al inciso 3 del artículo 1260 Peruano-), Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 344, inciso I -similar al inciso 3 del numeral 1260 Peruano-) y Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 183).

El Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1203) establece que la subrogación tiene lugar de derecho en los siguientes casos: 1° a beneficio de quien, siendo acreedor, aun cuando sea quirografario, paga a otro acreedor que tiene derecho a serle precedido en razón de sus privilegios, de su prenda o de sus hipotecas; 2° a beneficio del adquirente de un inmueble que, hasta la concurrencia del precio de adquisición, paga a uno o varios acreedores a favor de los cuales el inmueble está hipotecado; 3° a beneficio de aquél que estando obligado con otros o por otros al pago de la deuda, tenía interés en satisfacerla; 4° a beneficio del heredero con beneficio de inventario, que paga con dinero propio las deudas hereditarias; y 5° en los otros casos establecidos por la ley.

Por su parte, el Código Civil Francés (artículo 1251) prescribe que la subrogación tiene lugar de pleno derecho: 1° a favor del que, siendo por sí mismo acreedor, paga a otro acreedor que sea preferente a él en razón de sus privilegios o hipotecas; 2° a favor del comprador de un inmueble, que emplea el precio de su adquisición en el pago de los acreedores a los que estaba hipotecada esa heredad; 3° a favor de aquél que, estando obligado con otros o por otros al pago de la deuda, tuviere interés en pagarla; y 4° a favor del heredero a beneficio de inventario que haya pagado con su dinero las deudas de la sucesión.

El Código Civil Mexicano (artículo 2058) dispone que la subrogación se verifica por ministerio de la ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesados: 1° cuando el que es acreedor paga a otro acreedor preferente; 2° cuando el que paga tiene interés jurídico en el cumplimiento de la obligación; 3° cuando un heredero paga con sus bienes propios alguna deuda de la herencia; y 4° cuando el que adquiere un inmueble paga a un acreedor que tiene sobre él un crédito hipotecario anterior a la adquisición.

El Código Civil Costarricense de 1888 (artículo 790) establece que la subrogación se opera totalmente y de pleno derecho: 1° en favor del acreedor que paga de su peculio a otro acreedor de mejor derecho que él en razón de su privilegio o hipoteca; 2° en favor del comprador de un inmueble, que emplea el importe de su adquisición en pagar a acreedores a quienes el inmueble estuviere afecto; 3° en favor de aquél que paga una deuda a la cual estaba obligado con o por otros; 4° en favor del heredero que ha pagado de su peculio deudas de la herencia; y 5° en favor del que paga totalmente a un acreedor, después de haberse declarado en estado de insolvencia al deudor.

Por otra parte, debemos mencionar que el Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 581) estatuye que la subrogación es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero que le paga. Se efectúa la subrogación por el ministerio de la ley, y aun contra la voluntad del acreedor, en todos los casos señalados por las leyes y especialmente a beneficio: 1° del acreedor que paga a otro de mejor derecho en razón de un privilegio, hipoteca, prenda o derecho de retención; 2° del que habiendo comprado un inmueble, es obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado; 3° del que paga una deuda a que se halla obligado solidaria o subsidiariamente; 4° del heredero beneficiario que paga con su propio dinero las deudas de la herencia; y 5° del que paga una deuda ajena, consintiendo expresa o tácitamente el deudor.

Por su parte, el Código Civil Boliviano de 1831 (artículo 842) prescribe que la subrogación es legal: 1° en favor de un acreedor que paga a otro que le es preferible por los privilegios e hipote-

cas; 2° en favor del adquirente de una cosa inmueble, que emplea el importe de su adquisición en satisfacer a los acreedores, a quienes está hipotecada la cosa; 3° en favor del que, estando obligado con otros o por otros al pago de una deuda, tiene interés en satisfacerla; y 4° en favor del heredero beneficiario, que paga con su dinero las deudas de la herencia.

De otro lado, debe mencionarse al Código Civil Uruguayo (artículo 1472), que dispone la subrogación legal en favor del que habiendo adquirido un inmueble es obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado; en favor del heredero beneficiario que paga con su propio dinero la deuda de la herencia; y en favor del que paga una deuda ajena, consintiendo expresa o tácitamente el deudor.

Los Códigos Civiles Ecuatoriano (artículo 1653) y Chileno (artículo 1610) ordenan la subrogación por ministerio de la ley, y aun contra la voluntad del acreedor, en todos los casos señalados por las leyes, y especialmente en beneficio: 1° del acreedor que paga a otro acreedor de mejor derecho, en razón de un privilegio o hipoteca; 2° del que habiendo comprado un inmueble queda obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado; 3° del que paga una deuda a la que se halla obligado solidaria o subsidiariamente; 4° del heredero beneficiario que paga con su propio dinero las deudas de la herencia; 5° del que paga una deuda ajena consinténdolo expresa o tácitamente el deudor; y 6° del que ha prestado dinero al deudor para el pago, constando así en la escritura pública del préstamo y constando además en la escritura pública del pago.

El Código Civil Español (artículo 1210), a su turno, regula esta figura dentro de la novación.

El Código Civil de la Provincia de Québec (artículo 1156) señala que la subrogación tiene lugar por el solo efecto de la ley: 1° En provecho del acreedor que paga a otro acreedor que le es preferente.- 2° En provecho de quien paga una deuda por otros.- 3° En provecho del heredero beneficiario que paga con su propio dinero una deuda de la sucesión.- 4° Cuando una deuda sea pa-

gada con dinero proveniente de una sociedad de gananciales; en este caso el cónyuge se subroga hasta la concurrencia de la parte de la comunidad a los derechos del acreedor.

El Código Civil Argentino (artículo 768), en fin, establece que la subrogación tiene lugar sin dependencia de la cesión expresa del acreedor a favor: 1° Del que siendo acreedor paga a otro acreedor que le es preferente.- 2° Del que paga una deuda a la que estaba obligado con otros o por otros.- 3° Del tercero no interesado que hace el pago, consintiéndolo tácita o expresamente el deudor, o ignorándolo.- 4° Del que adquirió un inmueble, y paga al acreedor que tuviese hipoteca sobre el mismo inmueble.- 5° Del heredero que admitió la herencia con beneficio de inventario, y paga con sus propios fondos la deuda de la misma.

#### - **Análisis.**

A fin de proteger al tercero que paga una deuda ajena o al deudor de una obligación indivisible o solidaria que cumple con pagarla en su integridad, el Código Civil Peruano ha previsto una institución especial: el pago con subrogación.

En efecto, en ciertos casos, cuando quien satisface el interés del acreedor no es el obligado, o cuando no está obligado a pagar el íntegro de la prestación, la ley civil peruana desconoce el efecto liberatorio de dicho pago y faculta a ese **solvens** a ocupar el lugar del acreedor en la relación obligatoria, de suerte tal que se sustituye en la titularidad de sus derechos.

#### - **Concepto.**

A entender de Llambías<sup>(1)</sup>, el pago con subrogación es una institución compleja que encierra dos ideas, en cierto modo in-

---

(1) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II-B, Páginas 336 y 337.

congruentes entre sí: la de pago, que implica extinción de la obligación, y la de subrogación, que apunta a la sustitución de una persona por otra en la titularidad o ejercicio de un derecho, con la transmisión consiguiente de ese derecho. Si el pago extingue la obligación, ¿qué es lo que queda que pueda transmitirse? Llambías explica el problema señalando que se trata de un pago **sui generis** que produce un desdoblamiento: se extingue el crédito en la persona del acreedor primitivo, que resulta desinteresado y eliminado de la relación obligacional, pero subsiste la deuda a cargo del obligado y a favor de quien pagó al acreedor, explicándose así que pueda haber una sustitución de personas en la relación creditoria subsistente.

Sobre el particular, anotan Cazeaux y Trigo Represas<sup>(2)</sup> que mediante esta especial institución, el efecto normal y específico del pago, que es la integral extinción de la obligación, se produce sólo respecto del acreedor primitivo, cuyo derecho queda extinguido en tanto y en cuanto resulta satisfecho su crédito, subsistiendo -en cambio- la obligación del deudor, tal cual era, con relación al tercero que pagó, y que viene -por tal razón- a ocupar el lugar del acreedor originario. Es por ello que ha podido decirse que en estos casos se produce una extinción subjetiva, mas no objetiva, de la obligación, y que en el tema subestudio, el pago no extingue propiamente la obligación, sino que, simplemente, da lugar a un cambio o sustitución de la persona del acreedor.

Roberto De Ruggiero<sup>(3)</sup> sostiene que mediante esta institución se transfieren los derechos del acreedor al tercero que pagó o con cuyo dinero se pagó la deuda, de modo que éste, subentrando en el lugar del acreedor, pueda ejercitar contra el deudor las mismas acciones que a dicho acreedor correspondían.

Por su parte, Antonio de la Vega Vélez<sup>(4)</sup> considera que lo

---

(2) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Páginas 48 y 49.

(3) DE RUGGIERO, Roberto. Op. cit., Tomo I, Página 108.

(4) DE LA VEGA VELEZ, Antonio. Op. cit., Página 272.

normal en materia de pago de obligaciones es que éstas sean satisfechas por el deudor; pero puede suceder que un tercero pague por él. La ley autoriza a este tercero para que adquiera en su propio beneficio los derechos, prendas, hipotecas y privilegios del acreedor, y esta operación se realiza mediante la sustitución que se denomina pago con subrogación.

De la Vega Vélez define al pago con subrogación como una ficción jurídica en virtud de la cual un crédito que ha sido pagado con el dinero suministrado por un tercero, y que queda -por tanto- extinguido respecto del acreedor, se reputa subsistir íntegramente, con todos sus accesorios, en manos de ese tercero, para asegurarle el reembolso de lo que pagó.

Expresa Borda<sup>(5)</sup>, en criterio que compartimos, que es lógico, en efecto, que cuando una persona paga lo que debe otra, tenga derecho a reclamar del verdadero deudor la repetición de lo pagado, y que ese crédito suyo tenga -por lo menos- iguales garantías y privilegios que los que tenía la obligación primitiva; de modo que en nada se perjudica el deudor con ello, porque sólo se ha producido una sustitución de acreedor.

Para Colin y Capitant<sup>(6)</sup> el pago con subrogación es una institución que difiere del pago ordinario en que, en lugar de extinguir la deuda, no hace más que cambiar la persona del acreedor. El deudor se libera, sin duda, respecto a su acreedor, pero se convierte en deudor del que ha pagado la deuda por él.

Anotan los profesores citados que con frecuencia el acreedor es pagado por quien no es deudor. Por ejemplo, existen varios deudores y uno solo paga toda la deuda, o paga un fiador, o un tercero que no estaba obligado en modo alguno. El que paga de este modo una deuda ajena, se reserva, naturalmente, a no ser que haya obrado **animus donandi**, el derecho de ser reem-

bolsado por el deudor. Y para garantizar este reembolso quiere ser subrogado en los derechos del acreedor, es decir, convertirse en titular del crédito que acaba de pagar.

#### - Historia.

En relación a los orígenes del pago con subrogación, recuerda Giorgi<sup>(7)</sup> que los primeros gérmenes de esta institución se encuentran en el Derecho Romano; pero la sabiduría de los preceptos de Paulo o Ulpiano no alcanzaron a fecundar estos gérmenes de manera que adquirieran la unidad y la simplicidad necesaria para convertirse en una figura jurídica distinta y con caracteres propios. Ni las teorías de los doctos, ni las observancias judiciales, aprovecharon el Derecho común para el progreso jurídico de esta institución, que habiendo quedado confusa y diseminada en el vasto campo del Derecho, permitió decir a Zanchi: **perdifficilem hanc subingressus materiam eximii iuris interpretes vocitant**. El pago con subrogación como aparece en el Código (Giorgi se refiere al Código Civil Italiano de 1865), **simplex dumtaxat et unum**, debe su origen al antiguo Derecho Francés, donde Dumoulin, Renusson, Loyseau y Pothier, con larga y sagaz meditación, recapitularon -sin proponérselo- sus preceptos en beneficio de los compiladores del Código Napoléon, que los reunieron, y en pocos artículos formularon las reglas, las condiciones, los efectos de esta institución; a la que el legislador italiano -en 1865- añadió algunas pocas aclaraciones y, hecha una importante modificación, reprodujo las disposiciones del Código Francés.

Expresa Salvat<sup>(8)</sup> que desde el punto de vista histórico, el pago con subrogación es el resultado de la combinación y fusión de dos instituciones del Derecho Romano: 1° el beneficio de la cesión de acciones (**cedendarum actiones**), que el fiador podía exigir al acreedor que le demandaba el pago de la deuda afianza-

(5) BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo I, Páginas 582 y 583.

(6) COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri. Op. cit., Tomo II, Páginas 202 a 204.

(7) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Tomo VII, Página 176.

(8) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo II, Páginas 418 y 419.

da; el fiador podía tener interés en esta cesión como medio de asegurarse la reintegración de lo pagado, por ejemplo: en el caso de tratarse de un crédito privilegiado o garantizado con hipoteca, el fiador sucedía al acreedor en sus derechos y podía hacer valer el privilegio o la hipoteca. Podía parecer esta cesión, agrega Salvat, contraria a la idea de la extinción de la obligación y sus accesorios por el pago, pero los jurisconsultos romanos, ante el interés práctico y el carácter equitativo de la solución, la explicaban diciendo que el acreedor se reputaba que vendía el crédito y recibía el precio de esta venta, antes que recibir el pago del crédito mismo; y 2° la sucesión en los derechos de un acreedor hipotecario preferente (**sucessio in locum o in jus creditoris**), en mérito de lo cual, un acreedor hipotecario que pagaba a otro preferente, pasaba a ocupar el lugar o rango de éste; lo mismo, si un crédito hipotecario era pagado con dineros de un tercero o si el adquirente de un inmueble hipotecado pagaba la deuda, el tercero prestamista o el comprador, pasaban a ocupar el lugar o rango del primitivo acreedor.

Añade Salvat que es imposible negar que en esas instituciones aparecen ya los gérmenes del pago con subrogación. Anota que la palabra subrogación no se conoce, ni se habla de pago con subrogación, pero la idea, los elementos esenciales de la institución y su mecanismo, existían ya. Las palabras subrogación, pago con subrogación, parecen haber sido introducidas -según Salvat- por el Derecho Canónico. La institución, por lo demás, se desarrolló en el antiguo Derecho Francés y de éste pasó a las legislaciones modernas.

Señala Laurent<sup>(9)</sup>, por su parte, que dado que los autores del Código Napoléon siguieron a Pothier en esta materia, se debe consultar a la tradición ante todo. Ahora bien, la doctrina de Pothier no es objeto de duda. El define a la subrogación como "Una ficción de Derecho por la que se supone que el acreedor cede sus derechos, acciones, privilegios e hipotecas a aquél de

quien recibe lo que se le debe". Se pregunta Laurent por qué Pothier no explica con más sencillez la suposición de que el subrogante cede su crédito, y se responde que conforme a la sutileza del Derecho, no puede ceder el crédito, porque consiste esencialmente en un vínculo personal que la obligación crea entre el acreedor y el deudor y este vínculo no se traslada de persona a persona; y he aquí por qué los jurisconsultos habían ideado una cesión de acciones que hace el cedente al cesionario. Recuerda Laurent que este lenguaje quedó de Pothier y, por lo tanto, su idea es que todos los derechos que nacen de un crédito pasan del subrogante al subrogado por medio de una cesión ficticia. Piensa Laurent que el Derecho moderno desconoce la sutileza, o, mejor dicho, la finura que caracteriza al Derecho Romano, y por ello el Código Napoléon asimila por completo la cesión a una venta y es el crédito el que se vende. Entonces, la subrogación es una cesión ficticia, y se debe concluir de esto que es el crédito inicuo del subrogante el que se transfiere al subrogado.

Según Rezzónico<sup>(10)</sup>, sólo en la Edad Media la modalidad estudiada fue adquiriendo caracteres de verdadera institución, cuando los glosadores generalizaron ciertos procedimientos que implicaban verdaderas subrogaciones. Así, cuando el fiador pagaba al acreedor y ocupaba el lugar de éste frente al deudor; o cuando un acreedor pagaba a otro que tenía preferencia sobre él, y por ese pago adquiría la preferencia de que aquél gozaba.

Para Starck, Roland y Boyer<sup>(11)</sup>, la subrogación personal era desconocida en Roma. El Derecho Romano llegaba, en casos limitados, a un resultado similar sólo valiéndose de la vía de la cesión de acción, que producía transferencia del crédito a la fianza, o la de la **sucessio in locum**, que consiste en una cesión de tipo hipotecario. Es el Derecho Canónico el que produce la fusión de estos dos mecanismos bajo el nombre de subrogación, por ra-

(10) REZZONICO, Luis María. Op. cit., Volumen I, Páginas 830 y siguientes.

(11) STARCK, Boris, ROLAND, Henri y BOYER, Laurent. Op. cit., Página 33.

(9) LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVIII, Páginas 8 y 9.

zonas de equidad, con el propósito de favorecer al **solvens** que había prestado servicio al deudor liberándolo de esa deuda. En cuanto a la subrogación convencional, fue extensamente reconocida por el Derecho antiguo. Primitivamente funcionaba por parte del acreedor sólo en el sentido de la cesión del crédito; y por el lado del deudor, sólo fue reconocida por un edicto de Enrique IV, en mayo de 1609. El rey, considerando la disminución en la tasa de las rentas, y para vencer la resistencia del acreedor, autorizó a los deudores a contravenir las rentas suscritas a una tasa elevada para contraer otras a una tasa baja.

#### - Caracteres.

Por otra parte, a nuestro modo de ver, el pago con subrogación es -sin lugar a dudas- el medio extintivo de obligaciones regulado por el Código Civil Peruano que más inconvenientes conceptuales presenta.

Hablar del pago con subrogación es referirse a una serie de elementos que escapan con frecuencia a nuestras nociones clásicas.

Muchas de las ideas centrales estudiadas desde el inicio de este Tratado, primero con las doctrinas generales y luego con el análisis del articulado del Código Civil Peruano vigente, no encuentran eco en el tema del pago con subrogación. Es más, podríamos incluso afirmar que múltiples conceptos no presentan correspondencia con la doctrina del pago con subrogación.

Todo ello determina que esta forma de pago asuma caracteres muy singulares.

En este sentido, señala Giorgi<sup>(12)</sup> que el pago con subrogación es una de las figuras jurídicas más singulares y difíciles a los ojos del teórico; y, a la vez, de las más liberales y bené-

---

(12) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Tomo VII, Página 176.

ficas en manos del práctico. En teoría, el pago con subrogación se rebela contra las reglas más elementales, porque mientras participa del pago y de la cesión, se resiste a sujetarse a sus preceptos y con su índole rebelde se escapa a toda definición. En el terreno de las aplicaciones, facilitando el cobro de los créditos, favorece la suerte de los deudores; y las palabras con que se enuncia, **prodesse non nocere**, hacen al pago con subrogación una de las instituciones más beneméritas del vasto mundo de los negocios civiles y mercantiles.

Para una aproximación al pago con subrogación, debemos, en primer lugar, efectuar su caracterización de acuerdo a las posiciones que hemos asumido sobre los medios extintivos de las obligaciones<sup>(13)</sup>.

Dentro de tal orden de ideas, reiteramos que el pago con subrogación, por su idoneidad, puede ser considerado como un medio no ideal de pago, pues el mismo es efectuado, en la mayoría de los casos previstos por los artículos 1260 y 1261 del Código Civil, por un tercero ajeno a la relación obligacional, o por el deudor con el dinero de un tercero (inciso 3 del artículo 1261), pero él no extingue la obligación, sino sustituye en ella a un tercero en la posición que ocupaba el acreedor.

De este modo, el pago con subrogación escapa al ideal de pago en estricto, ya que no implica llegar al destino natural de toda obligación, cual es su cumplimiento y su extinción definitiva.

El pago con subrogación, dentro de las doctrinas generales que hemos citado, constituye un medio no ideal, por cuanto -si bien es cierto cumple con extinguir la deuda- la obligación no se extingue **erga omnes**, sino sólo para el acreedor a quien se paga, pero continúa surtiendo efectos frente a aquella persona que pagó y que se subrogó en el lugar del acreedor.

---

(13) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo IV, Páginas 133 y siguientes.

De lo que acabamos de expresar se infiere que el pago con subrogación tiene dentro de sus características el cumplir y el no cumplir con la función propia del pago.

Así, al pagarse al acreedor está cumpliendo su función de extinguir la obligación que se tenía contraída frente a él. Pero, por otro lado, ese mismo pago no cumple su función extintiva, al mantener vigente la obligación con respecto a una persona distinta del acreedor original.

Por ello insistimos en que el pago con subrogación es un medio no idóneo de extinción de las obligaciones.

El pago con subrogación, en este sentido, representa un desdoblamiento de la propia obligación, la misma que por un lado se extingue y por otro mantiene su vigencia.

De acuerdo con sus efectos, podemos decir que el pago con subrogación es un medio no extintivo, en estricto, pues si bien tal institución significa un "pago", éste es relativo, ya que hace que subsista la relación jurídica, sólo que ella tendrá un nuevo acreedor. El pago con subrogación, y más allá de quién siga siendo el acreedor, no extingue, en consecuencia, la relación obligacional en forma definitiva.

Hablar dentro de los medios del pago, de medios no extintivos -en estricto-, parecería constituir una **contradictio in adjectus**, ya que si nos referimos al pago deberíamos estar aludiendo a extinción. Pero, como se ha visto<sup>(14)</sup>, la calidad de medios no extintivos le corresponde no sólo al pago con subrogación, sino también la hacemos extensiva a la novación, compensación parcial y transacción, cuando esta última importa la solución del asunto dudoso o litigioso creando nuevas obligaciones entre quienes transigen.

---

(14) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo IV, Páginas 136 y 137.

Por las partes que intervienen, el pago con subrogación puede revestir diversas características.

En primer lugar, se tratará de un pago unilateral, en la medida en que para su verificación no se requiera que el acreedor intervenga. También revestirá tal carácter cuando, por las razones previstas por la ley, el deudor recurra al mecanismo del pago por consignación. Pero también podría tratarse de un pago bilateral, cuando medie asentimiento del deudor y del acreedor.

De este modo, según el inciso 1 del artículo 1260, la ejecución de la obligación indivisible o solidaria a que se refiere dicho precepto, podrá efectuarse, de acuerdo con lo previsto en el título de la obligación o la naturaleza de la misma, ya sea de manera unilateral o bilateral. A este respecto, remitimos al lector a las consideraciones vertidas cuando analizamos la naturaleza jurídica del pago<sup>(15)</sup>.

En relación al inciso 2 del artículo 1260 del Código Civil, al igual que en lo referente al inciso 3 del mismo artículo, podemos formular comentarios similares.

Por otra parte, ya dentro de los supuestos de subrogación convencional previstos por el artículo 1261 del Código Civil, la situación es distinta, pues en los tres casos se requiere de la concurrencia de más de una voluntad, es decir, de que concurra la voluntad de otra persona aparte de la voluntad del propio deudor que quiere pagar.

Así, en lo que respecta al inciso 1 del mencionado artículo 1261, el pago con subrogación será bilateral, pues presentará como requisito el acuerdo de voluntades, en tal sentido, entre el acreedor que recibe el pago y el tercero que lo efectúa.

En lo relativo al inciso 2 del aludido artículo, el convenio se

---

(15) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo IV, Páginas 199 a 221.

efectuará entre el tercero no interesado en la obligación, que la paga, y el deudor, que asiente en tal pago de manera expresa o tácita. No obstante lo señalado en este inciso, puede decirse -adicionalmente- que de acuerdo con los principios generales reguladores de la naturaleza jurídica del pago, éste puede llegar a revestir, en la hipótesis bajo tratamiento, un carácter trilateral, pues podría concurrir -incluso- la voluntad del acreedor, al aceptar el pago, si este hecho fuese necesario para que se verifique el cumplimiento de la obligación.

Lo propio podemos decir del inciso 3 del artículo 1261 del Código Civil, pues en este supuesto existirá un acuerdo en favor de la realización de un pago de estas características celebrado entre el deudor, el acreedor y un tercero, que en este caso resulta ser aquella persona que presta el dinero al deudor para efectuar el mencionado pago.

De acuerdo con el criterio de la intervención de la voluntad humana, el pago con subrogación es un medio voluntario de extinción de las obligaciones, vale decir, que requiere de la presencia de la voluntad del deudor, del acreedor, de ambos, o de un tercero, esto es, que no funciona de pleno derecho, aunque la subrogación, en los casos del artículo 1260 bajo análisis, sí opera de pleno derecho.

Si nos remitimos al criterio clasificatorio de la normalidad, consideramos que el pago con subrogación es un medio normal de extinción de las obligaciones, pues al estar previsto por la ley se constituye en uno de los conductos naturales por los cuales se extingue una obligación. Es decir, es una vía que el Derecho auspicia, protege y admite como normal.

No obstante, dentro de los medios normales de extinción de las obligaciones, el pago con subrogación es aquel que se aleja más de tal normalidad, dadas sus características especiales.

Por último, y de acuerdo con la satisfacción del interés patrimonial del acreedor, consideramos que el pago con subrogación

es un medio satisfactorio, pues pasa por efectuar un cumplimiento, en este caso el de la prestación debida originariamente.

Aclaremos que al afirmar que el pago con subrogación es un medio satisfactorio de cumplimiento de las obligaciones, lo hacemos única y exclusivamente en razón de estimar que él cumple los intereses del acreedor. Sin embargo, con el pago con subrogación quedan insatisfechos los intereses de otras personas, ya que es obvio que quien paga, al momento en que lo hace y adquiere el derecho a subrogarse contra un tercero (deudor), todavía no ha visto satisfechos sus intereses, los que sólo se verán cumplidos al tiempo en que el deudor efectúe el pago. En tal orden de ideas, sólo en este momento el pago con subrogación se convertirá, para quien pagó, en un medio satisfactorio de cumplimiento de la obligación.

#### - **Naturaleza jurídica.**

Uno de los temas que mayor polémica suscita en materia de pago con subrogación es el relativo a su naturaleza jurídica.

A decir de Giorgi<sup>(16)</sup>, la controversia más viva y más seria que divide aún a las escuelas de los juristas, recae en la determinación de la naturaleza jurídica del pago con subrogación. Dado que el pago hecho por cualquiera extingue enteramente la obligación junto con los accesorios, resulta difícil de comprender cómo pueda -en buena lógica- admitirse la subrogación en los derechos del acreedor a quien se pagó. ¿No quedaron estos derechos extinguidos para siempre? ¿El pago no hizo desaparecer el crédito con todas sus secuelas?

A nuestro modo de ver, el pago con subrogación es una forma especial de pago. Decimos especial en atención a sus efectos: el crédito queda extinguido respecto del acreedor que fue pagado, pero subsiste en favor de quien efectuó dicho pago.

---

(16) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Tomo VII, Páginas 176 y 177.

No obstante, consideramos necesario formular ciertas precisiones en torno a algunas teorías que la doctrina ha asumido en relación a la naturaleza del pago con subrogación.

Estas doctrinas han intentado interpretar la institución que nos ocupa a través de otras figuras jurídicas que revisten rasgos comunes con esta forma de pago<sup>(17)</sup>.

---

(17) Emilio Betti (BETTI, Emilio. Op. cit., Páginas 258 a 263.) efectúa un minucioso análisis acerca de cuál es la naturaleza jurídica del pago por subrogación. Betti comienza por señalar que el origen histórico de la institución del **beneficium cedendarum actionum** aclara el problema (Paulo D. 46, 1, 36; Cfr. 17 y 39; Mod. D. 46, 3, 76). Se trata -dice Betti- de asegurar al codeudor o al fiador o dueño de la cosa dada en garantía que paga al acreedor común, un medio para recuperar la suma entregada, más eficaz y rápido que la acción de regreso que puede competirle, pero que no le compete necesariamente, en la relación interna de mandato o de sociedad de los codeudores, los cuales se aprovechan del pago, al quedar liberados de su concurrente obligación. Precisa Betti que la cuestión constructiva es la de apreciar cuál es el medio técnico dispuesto por la ley para la solución de tal problema. La dificultad que debemos superar está en la eficacia extintiva que como principio es propia del pago, como modificación del crédito concerniente a su objeto. El pago opera la extinción del crédito en virtud de la función de satisfacción que produce en la economía de la relación, en cuanto por el mismo se atribuye al acreedor la ventaja que le correspondía y que debía serle conferida por medio de la cooperación del deudor. Debemos excluir que pueda pasar al tercero el crédito satisfecho, pues para poder pasar, debería existir y para seguir existiendo, necesitaría que no se hubiese extinguido con el pago. Y por ello Betti, quien quisiera concebir la subrogación como una sucesión a título particular, se ve obligado a distinguir dos formas de pago: un pago satisfactorio, con **causa solvendi** y efecto extintivo; y un pago recuperatorio, hecho con **animus recipiendi**, con el fin de rescatar el crédito. Pago de indemnización, destinado a desinteresarse al acreedor, con efecto no extintivo, sino traslativo. Recuerda Betti que ya Paulo había constituido el negocio como una compra, un rescate del crédito, y hay quien admite que "el acreedor no tanto ha sido pagado, como más bien excluido del vínculo obligacional y privado del derecho de crédito"; pero Betti se pregunta si es ésta una sucesión.

---

Considera el citado profesor italiano que debemos intentar dar cuenta del fenómeno sin perder de vista el problema práctico. Que la primera relación sobrevive es algo que está fuera de duda. Pero es otra la relación objetivamente considerada, otro el derecho que corresponde a su titular. Distinta es la posición jurídica del acreedor, otro su derecho. Basta tener presente las relaciones de obligación ambulatorias (con sujeto variable) o relaciones en las que la persona del acreedor es fungible, para reconocer inmediatamente la necesidad, en que nos hallamos, de distinguir. En tal orden de ideas, señala Betti que lo que sobrevive en los casos de subrogación por pago es únicamente la relación de obligación: de la que el acreedor satisfecho resulta excluido, mientras que el tercero que paga lo sustituye en la posición de acreedor ("en los derechos", según la expresión de los artículos 1201 y 1202 del Código Civil Italiano); lo que según Betti sirve para resolver el problema práctico, que no es de transmisión o circulación, sino de distribución de cargas y ventajas, de adecuación y maridaje, de dar y de tener. La subrogación -anota-, al garantizar la sustitución, ofrece un premio al tercero interesado que cumple directamente, en lugar del deudor, o indirectamente por su intermediación. La cooperación del tercero, que teniendo carácter no gratuito, sino oneroso, debería calificarse como una cooperación gestoria, ofrecida con la finalidad de recuperar cuanto se dé para satisfacer al acreedor, supone la conservación de la relación obligacional, con el único fin de asegurar la recuperación de la suma pagada con un medio más enérgico que una común y ordinaria acción de regreso. Según Betti no es que deban distinguirse dos tipos de pago y postular, en obsequio al dogma de la voluntad, una intención jurídica diferenciada. Se trata, afirma, de un interés en la recuperación, reconocido, relevante y protegido, y que confiere al pago en cuestión un carácter de transmisión ulteriormente onerosa (se diría que está elevado a la segunda potencia), imprimiéndole una función ulterior. Agrega Betti que ciertamente sobre la función satisfactoria, que es la naturaleza del pago, se instaura otra función, que puede llamarse de rescate del débito (o crédito); y precisamente esta ulterior función fue intuida por Paulo (D. 46, 1, 36), al construir la **solutio como venditi nominis**, ya que si la **solutio** hubiera extinguido la **actio**, se habría excluido la idea de una **mandatum actionis** en favor del tercero que hubiera pagado, y de donde le viniera la posibilidad de comparecer en juicio como **procurator in rem suam**. Por otra parte -añade Betti-, no es necesario que "el rescatante tenga un derecho propio que tome la posición y las garantías del antiguo". Es necesario que tenga un título propio, que lo legitime para

A entender de Rezzónico<sup>(18)</sup>, la aparente contradicción que se desprende del pago con subrogación se ha pretendido explicar con diferentes teorías:

a) Autores como Pothier, Merlin y Marcadé enseñan que en la subrogación el crédito queda definitivamente extinguido por el pago mismo, y lo único que se transmite al tercero son los accesorios del crédito, como hipotecas, prendas, fianzas o privilegios, no el crédito mismo; y la acción por la cual ese tercero reclama el reembolso de lo pagado, es simplemente, según las circunstancias, la acción derivada del mandato, o la de gestión de negocios, o la de préstamo, no la del antiguo acreedor.

Sobre el particular, precisa Laurent<sup>(19)</sup> que el crédito se extingue y no pasa al subrogado, ésta es la lógica satisfecha. Entonces, ¿qué pasa al subrogado? ¿las garantías personales y reales que aseguraban el pago del crédito? Pero ¿no se extinguen también estas garantías?; cuando el pago extingue el crédito principal ¿se concibe que subsistan aún los accesorios?

Considera Laurent que es imposible comprender que la deuda garantizada por una hipoteca se extinga y que la hipoteca subsista, pues habría un accesorio sin principal. Estima Laurent que la ficción del Código Francés es más consecuente que la de Merlin, pues mantiene el principal y el accesorio. Y se pregunta

---

ocupar la posición de acreedor. Es distinto el título al subingreso; distinto el crédito que se adquiere por efecto del subingreso. El título viene dado por el pago realizado en relación con el interés que se tenía en pagar. El crédito, por el contrario, nace del hecho de subentrar en la posición de acreedor. Lo que preexiste es la posición de acreedor y, por parte del tercero, el título para subentrar en ella. La adquisición del crédito, por parte de quien paga y subentra en la relación, no se debe a que una transmisión del mismo se haya producido por obra del primer acreedor (que sólo piensa en quedar satisfecho, no en transferir), sino en una relación del crédito unida a la posición del acreedor.

(18) REZZONICO, Luis María. Op. cit., Volumen I, Páginas 831 a 833.

(19) LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVIII, Página 12.

por medio de qué ficción extraña sobrevivía el accesorio sobre el principal, como lo pretende Merlin.

Expresa Laurent que el texto del Código Civil Francés concuerda con la tradición y con el pensamiento de la ley para establecer que es el crédito, tal como lo poseía el acreedor subrogante, el que se transfiere al tercero subrogado. Esto incluso es tan evidente, que -a decir del famoso tratadista belga- nos podríamos preguntar por qué insistimos tan ampliamente sobre una cuestión que no es; y la razón es que la opinión contraria la sostiene el mejor de los mejores jurisconsultos modernos. Y la doctrina de Merlin, aunque generalmente se le abandona, dejó huellas en la jurisprudencia. Considera Laurent que hay un medio para poner fin a estas consecuencias y consiste en formular claramente el principio, apoyándolo en bases inquebrantables. Merlin brilla por la lógica, y por tanto él no se debe sentir a gusto en el terreno de las ficciones; y la teoría de la subrogación descansa totalmente en una ficción.

b) Para otros autores, como Dumoulin, la subrogación es una verdadera transferencia o cesión de créditos (aunque algunos, como Toullier y Colmet de Santerre, admiten que es una cesión **sui generis**), y parece aceptarlo así Vélez Sarsfield en el artículo 769 del Código Civil Argentino, al decir que la subrogación convencional se rige por las disposiciones sobre la cesión de derechos.

Según Roberto De Ruggiero<sup>(20)</sup>, la estructura jurídica de la subrogación da lugar a dificultades teóricas que se explican por el origen histórico de la institución. Apareció ésta en el Derecho intermedio, singularmente en el antiguo Derecho Francés, derivando su nombre del Canónico, pero relacionada con la institución romana del **beneficium cedendarum actionum**; ofrece alguna semejanza con la cesión, pero no es una cesión verdadera y propia, ni tampoco una simple cesión de acción. Así que si en un cierto aspecto la subrogación puede entrar en el amplio concepto de la

---

(20) DE RUGGIERO, Roberto. Op. cit., Tomo I, Páginas 108 y 109.

sucesión particular de créditos (en la cual entra la cesión), en otro se distingue netamente de éste, porque mientras la cesión opera un simple traspaso del crédito de una persona a otra, la subrogación presupone la extinción de la relación obligatoria y nace sobre la base del cumplimiento. Agrega De Ruggiero que también esta doctrina es discutida por muchos que no aceptan considerar extinguida la obligación cuando se transfiere el crédito a un tercero. Algunos estiman que en tal caso la relación no se considera extinguida frente al tercero; pero como quiera que sea, esta afirmación es exacta y responde a la naturaleza misma de las cosas: la relación se extingue para el acreedor por efecto del cumplimiento, pero subsiste para el deudor, pudiendo producir este efecto tanto la voluntad de las partes como la ley.

El pago con subrogación, según algunos, no oculta otra cosa, bajo la corteza de las palabras, sino una cesión de crédito.

Expresa Giorgi<sup>(21)</sup> que quienes identifican por naturaleza jurídica el pago con subrogación con la cesión, lo hacen en virtud de ciertas expresiones del Derecho Romano respecto a la cesión de derechos que el fiador podía pedir al acreedor; así como por las definiciones que algunos antiguos escritores franceses dieron de esta figura jurídica. Según Giorgi, esta escuela, si bien va perdiendo terreno, no carece tampoco de seguidores, al menos por lo que se refiere a la subrogación convencional; pero es más especiosa que sólida, pues son sensibilísimas las diferencias entre la cesión y el pago con subrogación, tanto bajo el aspecto de la capacidad de quien lo consiente, cuanto bajo el de la formalidad que lo acompaña.

Giorgi anota que en el pago no es necesaria notificación ninguna, y el regreso no puede pasar de la suma pagada; mientras en la cesión, cualquiera sea el precio desembolsado, el cesionario puede exigir la totalidad, y la notificación al deudor es siempre necesaria. Ni el rescate litigioso, ni las prohibiciones que impiden la cesión de ciertos créditos, encuentran aplicación en el pago con

(21) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Tomo VII, Páginas 177 y 178.

subrogación; como no hay lugar en él a la prestación de garantía, la cual -a su vez- es de cargo del cedente; porque el cesionario compra **lucri facendi causa**, mientras el tercero o el coobligado, pagando y haciéndose subrogar, **certat de damno vitando**. Y estas razones no desaparecen distinguiendo la subrogación legal de la convencional, pues en una u otra las diferencias de la cesión son las mismas.

Al respecto, señala Huc<sup>(22)</sup> que otros autores admitieron en conformidad a una tradición constante, que la subrogación es verdaderamente una especie particular de cesión de crédito, que transmite al subrogado el crédito en sí. En este sistema el subrogado aprovechará el derecho que el título ejecutorio confería al acreedor.

Starck, Roland y Boyer<sup>(23)</sup>, por su parte, consideran que entre la subrogación y la cesión de créditos hay cierta similitud, ya que cada vez hay una sustitución de un acreedor por otro por un mismo crédito. Sin embargo, no son idénticas, pues la cesión de crédito queda a iniciativa del acreedor, mientras que la subrogación puede tener lugar fuera de él; además, la cesión de crédito, salvo intención liberal, es un mecanismo especulativo que permite seguir la cobranza por una suma superior al precio de adquisición; al contrario, la subrogación nunca puede efectuarse por una suma superior al valor nominal del crédito transmitido, pues el subrogado es considerado como tal sólo en la medida de lo que ha desembolsado.

Añaden los referidos autores que hasta mediados del siglo XX, el mecanismo subrogatorio se basaba esencialmente sobre una idea de equidad. Pero, con el desarrollo del seguro y de la cobertura social, en los cuales unos pagan por otros, la subrogación se ha vuelto un instrumento de crédito a menudo preferido frente a la cesión de crédito, ya que no exige formalida-

(22) HUC, Théophile. Op. cit., Tomo VIII, Página 70.

(23) STARCK, Boris, ROLAND, Henri y BOYER, Laurent. Op. cit., Página 33.

des. Una de las mejores ilustraciones de esta función se encuentra en la facturación o **factoring**, gracias a la cual una sociedad financiera ordena las facturas que su cliente debe a sus proveedores en contraparte de la transferencia de los créditos correspondientes con pago subrogatorio.

Sobre el tema, Laurent<sup>(24)</sup> afirma que la subrogación hecha en favor de un tercero que paga por el deudor es, generalmente, un servicio que hace aquél para éste. Es en el interés de la liberación que la ley permite a un interesado pagar la deuda, incluso sin el consentimiento del deudor. Por su parte, el acreedor podría ceder su crédito a pesar del deudor y, entonces, para el deudor la subrogación es más favorable que la cesión.

En nuestra opinión, las diferencias entre ambas figuras son claras y las hemos analizado al tratar el tema de la cesión de derechos<sup>(25)</sup>.

c) La doctrina que mayor boga alcanzó, sustentada por la mayoría de los comentaristas del Código Napoléon, como Laurent, Demolombe, Aubry y Rau, Zachariae y, entre los más modernos, Huc y Baudry-Lacantinerie, es la que enseña que la subrogación es una ficción jurídica que consiste en suponer subsistente una obligación extinguida por el pago.

Señala Rezzónico que este es el criterio adoptado por el codificador argentino, en la nota al artículo 767, donde da una definición tomada de Aubry y Rau, quienes afirman: "La subrogación es una ficción jurídica, admitida o establecida por la ley, en virtud de la cual una obligación, extinguida con relación al acreedor originario, por consecuencia del pago que ha recibido de un tercero o del deudor mismo, pero con dineros que un tercero le ha suministrado al efecto, es considerada como que continúa subsistiendo en beneficio de ese tercero, que está autorizado para hacer valer,

---

(24) LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVIII, Página 7.

(25) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo III, Páginas 490 a 492.

en la medida de lo que ha desembolsado, los derechos y las acciones del antiguo acreedor".

Recuerda Rezzónico que, con ese criterio, Machado expresa que "la subrogación es una ficción de la ley, por la que se supone existe una obligación extinguida por el pago realizado por un tercero".

Pregunta Laurent<sup>(26)</sup>, al opinar sobre el tema, que si el pago extingue al crédito ¿cómo se pretende que un crédito extinguido pase al subrogado? ¿Tendría la subrogación el poder de revivir un crédito que dejó de existir? Responde Laurent que esto sería un milagro, y el Derecho no sabe de milagros. La lógica es una mala guía en el terreno de las ficciones. Sin duda, el pago extingue la deuda y una deuda extinguida no podría revivir. No obstante -refiere Laurent-, el pago con subrogación no es un pago ordinario, es un pago que no extingue definitivamente la deuda; en el momento mismo en que se paga la deuda y antes de que se extinga, el acreedor transfiere sus derechos al subrogado. Esto no impide que haya pago, puesto que el acreedor recibe lo que se le debe. Entonces hay a la vez extinción del crédito y transferencia del crédito. Al recordar Laurent que la teoría de la subrogación descansa totalmente en una ficción, afirma que concebir que se extinga un crédito por el pago y se transfiera por la subrogación, que para el acreedor el crédito se extinguió y para el subrogado el crédito subsiste, es absurdo, pero siempre hay un lado absurdo en las ficciones, pues éstas se encuentran en oposición a la realidad de las cosas.

Llambías<sup>(27)</sup>, a su turno, anota que según la opinión de Aubry y Rau, jugaría en el pago con subrogación una ficción legal: el pago habría extinguido la obligación, no obstante lo cual la ley la consideraría subsistente y transmitida a favor del tercero que hizo el pago.

---

(26) LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVIII, Página 12.

(27) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II-B, Páginas 338 y 339.

Precisa Llambías que esta idea de la ficción tiene el inconveniente -que en general tienen todas las explicaciones semejantes-, como decía Ihering, de "esquivar las dificultades sin resolverlas; no es más que la solución científicamente imperfecta de un problema". Y, por otra parte, se ha observado que el empleo de la ficción podía ser familiar a los romanos, pero ya no es útil para nosotros en vista de la diferencia de los procedimientos legislativos. Hoy el legislador no tiene necesidad de fingir, él ordena. En suma, se está a fojas uno, y con decir que hay una ficción de la ley no se descubre cuál es la verdadera realidad jurídica latente en esta situación.

Por su parte, expresa Huc<sup>(28)</sup> que la interrogante es saber si la subrogación es la ficción de una transferencia-mandato o la ficción de una transferencia-cesión.

Huc afirma que los antiguos autores admitían dos tipos de transferencias de derechos incorpóreos. Para unos, el beneficiario de la transferencia podía obrar sólo como **procurator in rem suam**. Se decía entonces que había habido transferencia-mandato. En otros casos y según algunos autores, el beneficiario de la transferencia podía hacer valer **proprio nomine** el derecho transmitido. Se decía entonces que había habido transferencia-cesión.

Considera Huc que es perfectamente legítimo asimilar la subrogación a una transferencia-mandato, pues es el único medio de rendir cuenta -racionalmente- de las diferencias que existen entre la subrogación y la cesión. Estas diferencias, en las que todos están de acuerdo, bastan para demostrar la impropiedad de considerar a la subrogación como una cesión ficticia y, por lo tanto, vinculada a la venta.

En opinión de Borda<sup>(29)</sup>, detrás de la subrogación hay una sucesión a título singular que opera porque la ley la establece fundada en una razón de justicia. El problema de la naturaleza del

(28) HUC, Théophile. Op. cit., Tomo VIII, Página 70.

(29) BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo I, Página 585.

pago con subrogación radica en que se ve a éste como un pago nada más, como un simple medio de extinción de las obligaciones; cuando esta figura es -en esencia- más que un medio de extinción, pues el pago es el modo típico de cumplimiento de las obligaciones. Si quien la cumple es un tercero, la obligación no se extingue: subsiste, pero en favor de quien pagó. Una elemental razón de justicia apoya esta solución, a la que la ley ha dado fuerza jurídica.

Borda<sup>(30)</sup> opina que la teoría de la ficción no se sostiene y hoy está desacreditada en la propia doctrina francesa, de donde es originaria. Las explicaciones que se valen del artificio de la ficción, no explican nada. No tiene significado llamar ficción a una realidad jurídica palmaria.

d) Recuerda Rezzónico que Colmo, Salvat, Bibiloni, Lafaille y Galli consideran que no existe tal ficción en la subrogación, que es una figura jurídica real, perfectamente explicable en el Derecho actual, pues habiendo perdido las obligaciones el carácter esencialmente personal o subjetivo que tenían, y habiéndose transformado en vínculos más bien patrimoniales, la persona del deudor es indiferente y se puede cambiar de individuo sin que la obligación se altere (por lo menos en principio, no cuando la obligación es formulada **intuitu personae**). Según Rezzónico, se trata de una sucesión a título singular por obra y gracia de la equidad que inspira el principio del enriquecimiento sin causa y a la cual le son aplicables los principios de los artículos 3263 y sus concordantes del Código Civil Argentino (agrega que, en análogo sentido, Planiol y Ripert expresan que "la teoría de la ficción no explica nada y que antes que fundar sobre una noción tan artificial una institución jurídica que descansa en evidentes necesidades prácticas, es preferible contentarse con su análisis".).

Dice Rezzónico que, en otros términos, la subrogación es esencialmente un pago: un pago **sui generis**, de efectos limitados, pues no extingue absolutamente la obligación sino en rela-

(30) BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo I, Página 584.

ción al antiguo acreedor, a quien desinteresa, y no en cuanto al deudor; pero es un verdadero pago, una verdadera institución jurídica y positiva. Y añade que si es cierto que en la nota al artículo 767 el codificador argentino adopta categóricamente la teoría de la ficción, también es verdad que la nota al artículo 3189 apoya decididamente la idea contraria, pues dice allí, refiriéndose al pago con subrogación de una deuda hipotecaria: "El pago de la deuda tiene en este caso más bien por efecto hacer un cambio de acreedor, que causa la extinción de la deuda, la cual no está extinguida sino respecto del acreedor pagado"; y le parece que esta interpretación debe prevalecer y generalizarse a toda subrogación.

Por otra parte, y ya prescindiendo de la clasificación de Rezzónico, en palabras de Giorgi<sup>(31)</sup> el pago con subrogación es una figura jurídica **sui generis**; ni toda cesión, ni todo pago. No la llamaremos una cesión entre el tercero que paga y el deudor, ni un pago entre el tercero y el acreedor. Tampoco la llamaremos una cesión oculta, saliendo de una dificultad para entrar en otra, ya que si se reputara que el acreedor había cedido el crédito, cómo se explicaría que no se verifiquen los efectos de la cesión.

Giorgi considera que el pago con subrogación es una institución con caracteres del todo propios y especiales, que la distinguen de cualquier otra; es una figura por la que el pago hecho por el tercero o por el coobligado extingue el crédito con respecto al acreedor, pero lo deja subsistir al efecto del regreso en las relaciones entre el deudor y el que paga, el cual se considera como si fuera la misma persona del acreedor. Hay, pues -según Giorgi-, una ficción que consiste en suponer que el tercero es la misma persona del acreedor.

En opinión de Llambías<sup>(32)</sup>, el pago con subrogación revela un fenómeno complejo, cuyo contenido encierra ideas poco congruentes entre sí, pero -de cualquier modo- de las que no se pue-

---

(31) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Tomo VIII, Página 179.

(32) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II, Página 440.

de prescindir, si se quiere no desnaturalizar la realidad allí presente. Es una figura que resultó impuesta por las necesidades de la práctica, más que por el análisis de los juristas de gabinete. De ahí que el científico tenga que recogerla, para describirla y explicarla, como ella es, sin pretender reducirla a alguna de las categorías de su esquema preconcebido, si el fenómeno resulta desnaturalizado al sufrir ese forzado encasillamiento. Para Llambías, mejor es concebirlo fluidamente, tal como es y no como se querría que fuese para satisfacción de los esquemas académicos.

En suma, concluye Llambías en que el pago con subrogación es un instituto complejo y dual, en cuya intimidad anida una simbiosis de dos figuras distintas: un pago relativo y una sucesión singular de derechos que afecta a quien como el deudor es ajeno a aquel pago del que no puede aprovechar sin causa legítima para ello.

A su turno, Salvat<sup>(33)</sup> señala que esta cuestión ha dado lugar a la formación de tres sistemas principales: a) en un primer sistema, sostenido por algunos autores antiguos y modernos del Derecho Francés, pero hoy completamente abandonado, se enseñaba que en el caso de pago con subrogación lo único que se transmitía al tercero eran los accesorios del crédito, como son las hipotecas, prendas, fianzas o privilegios anexos al mismo; pero en cuanto al propio crédito, quedaba definitivamente extinguido por el pago, y no podía, en consecuencia, transmitirse al tercero. La acción por medio de la cual el tercero reclamaba del deudor el reembolso de lo pagado, no era, pues, la del antiguo acreedor, sino la acción derivada del mandato, de la gestión de negocios o del préstamo, según las circunstancias, pero con los accesorios del crédito anterior; b) en un segundo sistema, cuyo origen se hace remontar al jurisconsulto Dumoulin, la subrogación es considerada como una verdadera cesión de créditos: la subrogación y la cesión de créditos serían dos operaciones idénticas, designadas con distintos nombres; en el fondo no existirían diferencias fundamentales entre ellas. Así, la transmisión del crédito y sus accesorios al

---

(33) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo II, Páginas 419 a 423.

tercero que paga, se explicaría en este sistema por el efecto propio de la cesión. Agrega Salvat que, modificando un poco el sistema, algunos autores restringen esta concepción al caso de subrogación consentida por el acreedor. Otros nos hablan de cesión de carácter **sui generis**, diferente -bajo muchos aspectos- de la cesión propiamente dicha, pero en el fondo cesión; c) anota Salvat que los dos sistemas expuestos se nos presentan con caracteres absolutamente radicales: en el primero, predomina la idea de pago; en el segundo, la de cesión a favor del tercero subrogado; y para conciliar estas dos ideas, se ha recurrido a la idea de ficción. Según unos autores, la subrogación encierra una operación de doble faz: pago, en las relaciones del tercero con el acreedor, de tal manera que éste no puede en adelante reclamar nada más; cesión ficticia, en las relaciones del tercero con el deudor, en virtud de la cual el crédito mismo, no obstante estar extinguido con relación al acreedor, se transmite al tercero con todos sus accesorios. Otros autores, partiendo siempre de la idea de ficción, modifican un poco la fórmula precedente, en el sentido de no hacer intervenir para nada la idea de cesión del crédito. Recuerda Salvat que "La subrogación -dicen en este sentido los jurisperitos Aubry y Rau- es una ficción jurídica, admitida o establecida por la ley, en virtud de la cual una obligación, extinguida con relación al acreedor originario, por consecuencia del pago que ha recibido de un tercero, o del deudor mismo, pero con dineros que un tercero le ha suministrado a este efecto, es considerada como que continúa subsistiendo en provecho de este tercero, que está autorizado para hacer valer, en la medida de lo que ha desembolsado, los derechos y acciones del antiguo acreedor". La ficción consistiría, según este sistema, en suponer subsistente una obligación extinguida por el pago.

La subrogación, a entender del propio Salvat, constituye una operación de carácter complejo, cuyos tres caracteres esenciales son los siguientes:

1° La subrogación supone esencialmente la idea de pago. En las relaciones entre el antiguo y nuevo acreedor, en efecto, lo que ellos han tenido en vista, lo que han querido hacer, es el pago de la obligación; por una parte, el antiguo acree-

dor entiende recibir lo que se le debe, es decir, la ejecución de la obligación; por otra, el tercero acreedor entiende pagar, ejecutar esa obligación. Será un pago de carácter **sui generis**, de efectos limitados, en el sentido de que no opera la extinción absoluta de la obligación, sino sólo con relación al antiguo acreedor, pero, en realidad, constituye un pago. Recuerda también que, dentro de este orden de ideas, el Código Civil Argentino no sólo habla de pago con subrogación, sino que legisla sobre él en el título destinado al pago de las obligaciones;

2° La subrogación transmite al acreedor subrogado, no sólo los accesorios, sino también el crédito mismo. El artículo 767, primera parte, establece expresamente -en este sentido- que el pago con subrogación tiene lugar cuando lo hace un tercero a quien se transmiten todos los derechos del acreedor. El artículo 771, al legislar los efectos de la subrogación, agrega que ella traspassa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor. Ninguno de los dos textos hace distinción entre el crédito mismo y los derechos accesorios que le sirven de garantía, pues todos ellos, absolutamente todos, pasan al nuevo acreedor;

3° La transmisión expresada es una operación de carácter perfectamente real. Ella se produce por el solo imperio de la ley, que así lo dispone o autoriza. Ella se explica jurídicamente sin necesidad de hacer intervenir la idea de ficción, recordando que el pago, si bien extingue la obligación en las relaciones con el acreedor originario, no la extingue en las relaciones con el deudor; la transmisión es entonces perfectamente posible y nada tiene de irregular ni de ficticia. El pago de la deuda -dice el codificador argentino, refiriéndose al pago con subrogación de una deuda hipotecaria- tiene en este caso "más bien por efecto hacer un cambio de acreedor, que causar la extinción de la deuda, la cual no está extinguida sino respecto del acreedor pagado".

Precisa Salvat que desde el punto de vista racional, la teoría expuesta tiene la gran ventaja de no hacer intervenir la idea de

ficción. Los dos principios que le sirven de base: el pago con efectos limitados y la transmisión de los derechos del antiguo al nuevo acreedor, con todas las particularidades que puedan ofrecerse, se conciben y se explican perfectamente por la sola autoridad de la ley: ella, respondiendo a necesidades de carácter práctico, limita los efectos ordinarios del pago; ella impone o autoriza la transmisión de los derechos del antiguo al nuevo acreedor, imponiendo también, por su propia autoridad, limitaciones en cuanto a la extensión de esa transmisión.

Salvat se pregunta para qué, entonces, si todo esto puede explicarse por la autoridad propia de la ley y justificarse por razones de interés práctico, hacer intervenir la idea de ficción. Señala el autor citado, que es verdad que el codificador argentino en su nota al artículo 767 del Código Civil, tomada literalmente de Aubry y Rau, dice categóricamente que la subrogación constituye una ficción. Pero a este argumento Salvat contesta con dos observaciones: 1° que las notas del codificador, por grande que sea su autoridad, no pueden invocarse cuando ellas están en desacuerdo con los principios fundamentales que surgen de los textos mismos del Código, y agrega que en materia de subrogación, por más que se estudien y analicen los textos, no se encontrará texto alguno que demuestre que el Código Civil Argentino se inspire en la idea de ficción; 2° frente a la nota del artículo 767, está la del artículo 3189, la cual, lejos de hablar de ficción, parte de la base de que en el pago con subrogación hay un pago con efectos limitados y un cambio de acreedor, lo cual implica evidentemente la idea de una transmisión real de derechos.

Señala Huc<sup>(34)</sup>, por su parte, que serias disidencias se produjeron en la doctrina en cuanto a la verdadera naturaleza jurídica de la subrogación. Se sostuvo que la subrogación es un pago con atribución convencional o legal de las garantías de un primer crédito que permanece extinto, con un segundo crédito que resulta del pago, mas no de los derechos correspondientes al título del crédito o vinculados a su calidad. En este sistema el acreedor no

podría aprovechar el beneficio de la competencia comercial, si este beneficio resulta de la naturaleza del crédito. Igualmente, no podría aprovechar el derecho que le confiere al acreedor el título ejecutorio de quien era portador. Además, no podría emplear la coacción física contra el deudor en los casos excepcionales en los que le correspondía al acreedor esta vía de cumplimiento.

Giorgi<sup>(35)</sup> afirma que otro sector de la doctrina sostuvo que la naturaleza del pago con subrogación es la de una novación subjetiva por cambio de acreedor.

En nuestra opinión, si bien existen semejanzas entre ambas figuras, no es posible sostener que aquélla sea la naturaleza del pago con subrogación. En este sentido, consideramos de interés anotar las diferencias y similitudes existentes -a nuestro modo de ver- entre la novación subjetiva por cambio de acreedor y la figura que nos ocupa.

#### - **Diferencias.**

- (1) El pago con subrogación puede operar de pleno derecho (artículo 1260) o de manera convencional (artículo 1261). Sin embargo, en el supuesto del inciso 1 del artículo 1261, existe un acuerdo entre dos sujetos, con prescindencia del deudor. En cambio, en la novación subjetiva por cambio de acreedor se requiere, necesariamente, además del acuerdo entre el acreedor que se sustituye y el sustituido, el asentimiento del deudor (artículo 1280).
- (2) Mediante el pago con subrogación se extingue una obligación; sin embargo, subsiste porque tal pago determina que se deba la prestación a una persona distinta al acreedor originario. En cambio, la novación subjetiva por cambio de acreedor no pasa por efectuar pago alguno, no obstante lo cual se produce la extinción de la relación obligatoria original, en tanto que nace una nueva con un acreedor diferente.

---

(34) HUC, Théophile. Op. cit., Tomo VIII, Páginas 70 a 73.

---

(35) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Tomo VII, Página 178.

(3) El pago con subrogación sustituye al subrogado en todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, hasta por el monto de lo que hubiese pagado (artículo 1262). En la novación no se transmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida, salvo pacto en contrario (artículo 1283).

(4) Si bien es cierto que no existe norma alguna que prohíba los supuestos de novación subjetiva por cambio de acreedor, de pleno derecho, estimamos que esta hipótesis no sería susceptible de originarse, ya que iría contra la naturaleza misma de la novación subjetiva. Nosotros nos hemos pronunciado en ocasiones anteriores acerca de la posibilidad de que existan supuestos de novación legal, y citamos como ejemplo uno contemplado por el propio Código Civil Peruano, en su artículo 1538, norma que produce una novación de causa fuente respecto del contrato celebrado en virtud del artículo 1537 (en el sentido de que transforma una promesa de la obligación o del hecho de un tercero en una compraventa pura y simple). Sin embargo, este es un supuesto de novación objetiva, es decir, aquel en el cual lo que cambia no son los sujetos de la obligación, sino el objeto de la misma.

Estimamos que admitir la posibilidad de una novación subjetiva por cambio de acreedor, de carácter legal (esto es, de pleno derecho), iría, incluso, contra principios elementales de la contratación en general, violando no sólo la libertad contractual o de configuración interna, sino, lo que es más grave, la libertad de contratar, es decir, aquella que tienen los particulares de contratar con quien crean conveniente hacerlo, si desean hacerlo.

#### **Semejanzas.**

(1) El pago con subrogación y la novación subjetiva por cambio de acreedor, si bien se asimilan como medios extintivos de obligaciones, difieren del pago propiamente dicho, de modo

tal que si la ley no las previese o contemplase, no sería factible imaginar -técnicamente hablando- su existencia.

(2) El pago con subrogación y la novación subjetiva por cambio de acreedor constituyen, junto con la cesión de derechos, los tres mecanismos establecidos por el Código Civil Peruano de 1984 para que opere la sustitución del sujeto que ocupa la parte activa de una relación obligacional.

Estimamos, sin lugar a dudas, que éste constituye el rasgo de semejanza más notorio entre las figuras mencionadas.

Luego del análisis de las opiniones que efectúa la doctrina autorizada sobre la naturaleza jurídica del pago con subrogación, corresponde expresar nuestro propio parecer.

El problema conceptual o teórico del pago con subrogación puede resultar, en la realidad de los hechos, menos complejo de lo que aparenta. En efecto, la perspectiva tradicional confunde, dentro de un mismo concepto, los temas del pago y de la subrogación. Si unimos estas dos concepciones a fin de desarrollarlas como un solo todo, confrontaremos serios inconvenientes para explicar cómo el pago puede tener la virtualidad jurídica de extinguir una relación obligatoria y, simultáneamente, no extinguirla.

Desde esta óptica, mayoritariamente aceptada, el pago con subrogación resultaría uno **sui generis**, pues la subrogación tendería como característica, justamente, el extinguir y el no extinguir la obligación.

Sin embargo, parece más idóneo evaluar el pago con subrogación desde una perspectiva fraccionada. Esto significa que el pago sería uno común y corriente, ya que produciría el efecto de extinguir una obligación. Tanto así, que el acreedor ve satisfecho su crédito y desaparece de la relación obligacional. Y, bajo este mismo análisis, por el lado del **solvens**, es decir de quien efectúa el pago, este puede ser un coobligado, un tercero o, incluso, el propio deudor -con dinero ajeno-, en forma tal que él

se adecúa perfectamente a los presupuestos previstos por el artículo 1222 del Código Civil, que facultan a hacer el pago a cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, sea con el asentimiento del deudor o sin él, salvo que el pacto o su naturaleza lo impidan.

Pero a ese pago común y corriente, la ley, por decisión soberana, le otorga la virtualidad jurídica de producir la subrogación, ya sea porque se trata de supuestos **ipso jure** (casos de subrogación legal), ya porque se quiere facultar a los sujetos para que prevalezca el instituto jurídico de la subrogación (casos de subrogación convencional).

Desde esta perspectiva dual puede llegarse a la conclusión de que nos encontramos ante un pago sólito, pero con efectos insólitos que obedecen a la voluntad del legislador. Estos últimos serían los subrogatorios que, sin el precepto legal, no podrían operar.

Parece impropio, por tanto, buscar analogía en la cesión de créditos o, utilizando la nomenclatura del Código Civil Peruano, en la cesión de derechos, o recurrir a ficciones jurídicas descartadas por cierto del Derecho moderno. La decisión, dentro de la dicotomía que efectuamos, es legislativa. Y el legislador, por cierto, está en capacidad de crear figuras jurídicas distintas a otras, sin necesidad de apelar a ficciones para ello.

#### - **Subrogación personal y subrogación real.**

Por otra parte, precisa anotarse las diferencias entre la subrogación personal -aquella de que trata el capítulo bajo comentario- y la subrogación real.

Frecuentemente, el puesto que una persona o un bien ocupa dentro de una relación jurídica es reemplazado por otra u otro. Así, cuando un sujeto de la relación obligatoria es sustituido por otro, nos encontramos ante la subrogación personal, mientras que

el cambio de un bien por otro supone sólo la sustitución del objeto obligacional. Esto se denomina subrogación real.

A decir de Guillermo A. Borda<sup>(36)</sup>, la palabra subrogación significa, en Derecho, sustitución. Cuando una cosa sustituye a otra en el patrimonio de una persona, hay subrogación real; cuando lo que se sustituye es el deudor o el acreedor de una obligación, hay subrogación personal.

La subrogación real se produce, por ejemplo, cuando un cónyuge vende un bien propio y con el precio de venta adquiere otro. Este, adquirido durante la vigencia de la sociedad de gananciales, conserva -sin embargo- la calidad de propio<sup>(37)</sup>.

---

(36) BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo I, Páginas 582 y 583.

(37) Para la calificación de los bienes que integran la sociedad de gananciales, la ley civil peruana establece en el artículo 311 las reglas siguientes:

"(..)

1. Todos los bienes se presumen sociales, salvo prueba en contrario.
2. Los bienes sustituidos o subrogados a otros se reputan de la misma condición de los que sustituyeron o subrogaron.
3. Si vendidos algunos bienes, cuyo precio no consta haberse invertido, se compran después otros equivalentes, se presume, mientras no se pruebe lo contrario, que la adquisición posterior es hecha con el producto de la enajenación anterior."

Sobre este numeral, el Doctor Héctor Cornejo Chávez (CORNEJO CHAVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. Librería Studium, Lima, Perú, 1985, Tomo I, Sociedad Conyugal, Página 308.) señala que su razón es muy clara, pues sin esta presunción el patrimonio propio de uno de los cónyuges se vería colocado ante un dilema cuyas dos soluciones son indeseables: permanecer siempre en poder de su dueño, extrayéndosele del comercio de los hombres, o involucrarse paulatinamente en el patrimonio común. Lo primero es inadmisibles, porque perjudicaría considerablemente el desarrollo comercial e implicaría un retorno a las viejas vinculaciones. Lo segundo sería injusto, hasta el punto de significar un freno al matrimonio mismo, pues equivaldría al despojo de uno de los cónyuges y al indebido enriquecimiento de la sociedad y del otro cónyuge.

Recuerda Trabucchi<sup>(38)</sup> que son permutables los distintos elementos de la **universitas juris**; por ejemplo, el bien adquirido con dinero hereditario formará parte de la herencia, así como también entrará dentro de la masa hereditaria el dinero obtenido de la venta de los bienes de dicha masa. Un fenómeno análogo se manifiesta en el Derecho de las Obligaciones, sea con la sustitución de un objeto o de un sujeto por otro dentro del ámbito de la misma obligación.

En este orden de ideas, debe anotarse que el Código Civil Peruano de 1984, al regular la institución bajo análisis, trata sobre la subrogación personal, la misma que puede ser legal o convencional.

- **Supuestos de subrogación personal contemplados por el Código Civil Peruano.**

En adelante, anotamos los diversos preceptos en los que la ley civil peruana hace referencia a la subrogación personal, citando, adicionalmente, la doctrina nacional sobre la materia.

- **Subrogación del usufructuario.**

**Artículo 1011.-** “Si el usufructuario paga la deuda hipotecaria o el interés que ésta devenga, se subroga en el crédito pagado.”

Sobre esta norma la Doctora Lucrecia Maisch von Humboldt<sup>(39)</sup> expresaba que el precepto, reproducción literal del artículo 936 del Código Civil Peruano de 1936, prevé una situación poco frecuente aunque no imposible: que el usu-

(38) TRABUCCHI, Alberto. Op. cit., Tomo II, Páginas 89 y 90.

(39) MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. Exposición de Motivos y Comentarios del Libro de Derechos Reales del Código Civil. En REVOREDO MARSANO, Delia. Op. cit., Tomo V, Página 218.

fructuario pague el crédito hipotecario o los intereses en lugar del deudor-propietario. Agregaba que es éste un típico caso de subrogación legal, regulado en el Libro de Obligaciones, artículo 1260, inciso 2.

- **Derecho de retracto. Concepto.**

**Artículo 1592.-** “El derecho de retracto es el que la ley otorga a determinadas personas para subrogarse en el lugar del comprador y en todas las estipulaciones del contrato de compraventa.

El retrayente debe reembolsar al adquirente el precio, los tributos y gastos pagados por éste y, en su caso, los intereses pactados.

Es improcedente el retracto en las ventas hechas por remate público.”

Esta norma -tal vez- requiere mayores comentarios.

De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, se entiende por retracto a la facultad que la ley otorga a determinadas personas para evitar la transferencia de un bien a un tercero y permitirle la “subrogación” en el contrato de compraventa celebrado -bajo las mismas condiciones pactadas- entre el vendedor y el comprador.

Respecto de la naturaleza jurídica del retracto existen dos teorías que tratan de explicarla: una primera que supone una facultad de rescisión; y una segunda que supone una facultad de “subrogación”. Esta es la adoptada por el Código Civil Peruano. De este modo -se dice- continúa vigente la relación jurídica patrimonial creada por el contrato, que está regulada por las estipulaciones del mismo.

Queda claro que en el retracto no existe ni rescisión ni resolución alguna, puesto que los efectos del contrato original si-

guen plenamente vigentes, con la precisión de que ya no surtirán tales efectos en relación al comprador originario sino al retrayente.

En el retracto no existe ningún "retorno", como su etimología lo indica, sino una sustitución.

El derecho de retracto se caracteriza, fundamentalmente, porque las causales que lo determinan están establecidas taxativamente por la ley, no pudiéndose interpretar de manera extensiva causales adicionales. Además, por su función "subrogatoria", entendida como que el retrayente reemplaza al adquirente (comprador), ocupando su lugar en el contrato originalmente pactado, sin un segundo contrato. Luego, por estar seriamente limitado, pues sólo se aplica al contrato de compraventa y al de permuta (en virtud de lo establecido por el artículo 1603 del Código Civil), y por tener un breve plazo de ejercicio de una acción que es de caducidad. Y finalmente, por su carácter personalísimo.

Resulta habitual que se establezcan las diferencias entre el derecho de retracto y la cesión de posición contractual, señalándose que ambos tienen los mismos efectos, pero la cesión de posición contractual se da por acuerdo de las partes, mientras que el retracto se da por establecerlo así la ley.

Es sabido que la cesión de posición contractual sólo puede darse en el marco de contratos no ejecutados totalmente, lo que equivale a aceptar su existencia en contratos cuya ejecución no haya comenzado aún, o que habiendo comenzado, no ha concluido. En estricto, se busca en la cesión de posición contractual que el tercero cesionario, denominado cedido, ocupe la posición de una de las partes en la relación jurídica.

Pero anotamos que el rasgo característico de la cesión de posición contractual es que no cabe su concurrencia en el marco de contratos ya ejecutados, pues en tales casos la relación contractual se habrá extinguido.

Con el retracto no ocurre necesariamente lo mismo. En el retracto podemos estar en presencia de un retrayente que busca sustituirse en el lugar del comprador, pero dicha situación podrá darse en relación a un contrato ya ejecutado totalmente, o no ejecutado en su totalidad. En el retracto estaremos en presencia de la voluntad del retrayente de sustituirse en la posición del comprador; pero si el contrato ya se ejecutó, no podríamos aludir a una sustitución en la posición contractual, por lo menos dentro de los alcances que otorga a esta institución el Código Civil.

Todo ello nos conduce a pensar que el retracto constituye, por sí, una figura creada por la ley para determinados casos en los cuales le interesa proteger el interés de un tercero, y así hacer renacer la relación jurídica ya extinguida, para en ella sustituir a una de sus partes.

Pero resulta evidente que el retracto no coincide -en lo absoluto- con el pago con subrogación.

A lo señalado, que son las consideraciones manejadas usualmente en nuestro medio jurídico, podríamos agregar que lo relevante para efectos de nuestro estudio está relacionado con la mención que hace el artículo 1592 a la palabra "subrogarse".

Resultará indispensable, por tanto, determinar a qué se refiere el Código con este término: si lo está utilizando en su sentido lato o vulgar, o si lo hace de acuerdo al sentido estricto que le corresponde dentro del Derecho de Obligaciones.

Consideramos que el término es empleado en su primer sentido.

Cuando nos encontramos ante un contrato de compraventa celebrado entre el propietario de un bien y un comprador, y además, un tercero goza potencialmente del derecho de retracto sobre el bien materia del ejemplo, la mayoría de las

veces el referido contrato de compraventa se habrá terminado de ejecutar rápidamente (en la medida en que el precio se haya pagado al contado y la propiedad del bien se haya transferido inmediatamente después de celebrado el contrato).

Dentro de tal orden de ideas, además de haberse extinguido el contrato (luego de su celebración), también se habrían extinguido por completo las obligaciones emanadas (nacidas) del mismo. Así las cosas, ya no estaríamos (en la gran mayoría de supuestos) ante relación jurídica alguna, pues las obligaciones habrían sido ejecutadas (pagadas).

De este modo, mal podría hablarse de que en el retracto se estaría produciendo subrogación alguna, pues ya existirían pagos que habrían generado la extinción total de las obligaciones. Y tales pagos no habrían sido efectuados por ninguna de las personas mencionadas en los artículos 1260 y 1261 del Código Civil.

Con ello queda descartada la posibilidad de que se trate de un pago con subrogación en estricto.

Por eso se ha pensado que tal vez podría tratarse de una sustitución en la posición contractual del comprador, que el retrayente ocuparía luego de efectuar el respectivo pago. Pero este argumento tampoco parece revestir solidez, en la medida, insistimos, en que la sustitución en la posición contractual de alguna de las partes exige que el contrato continúe surtiendo efectos.

#### - ***Efectos de la invalidación del contrato de donación.***

**Artículo 1635.**- "Invalidada la donación se restituye al donante el bien donado, o su valor de reposición si el donatario lo hubiese enajenado o no pudiese ser restituido.

Si el bien donado se halla gravado, el donante libera el gra-

vamen pagando la cantidad que corresponda y se subroga en los derechos del acreedor."

Sobre este numeral el Doctor Max Arias-Schreiber Pezet<sup>(40)</sup> anota que el segundo párrafo del artículo 1635 debe ser entendido como una facultad del donante a quien se le restituye el bien, pero con un gravamen. Nada le obliga a pagar lo que el donatario adeuda a quien tiene a su favor la garantía real, pero si desea evitar la ejecución cancelará el importe y quedará subrogado en los derechos del acreedor, o sea, adquiere un crédito contra dicho donatario. Pone para ello un ejemplo: "A" le donó a "B" un terreno y "B" lo hipotecó a "C", en garantía de una deuda. Si como consecuencia de la invalidez, caducidad o revocación de la donación, el terreno reingresa al patrimonio de "A", lo hará sufriendo el gravamen hipotecario. Si "A" desea levantar la hipoteca y evitar eventualmente el remate del inmueble tendrá que pagar a "C" y al hacerlo se subroga en el crédito existente contra "B"; agrega que nada impide que el donante haga uso de esta posibilidad y recupere el bien, pero gravado.

Luego el profesor Arias-Schreiber se pregunta si cabe la posibilidad de que el donante redima una servidumbre pasiva mediante la aplicación del segundo párrafo del artículo 1635. Y expresa, al respecto, que el tema ha sido discutido en la doctrina y hay quienes como Manresa y Navarro afirman esa posibilidad y la extienden a desmembraciones como el usufructo. El se inclina en sentido contrario, pues el precepto se refiere a un gravamen y no a una limitación ni desmembración. Estima que la intención del artículo es clara: se trata de evitar que el donante pierda la propiedad del bien como consecuencia de la garantía existente; hipótesis que no se da si existe una servidumbre pasiva o un usufructo.

(40) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Op. cit., Tomo II, Páginas 219 y 220.

- **Responsabilidad del arrendatario por pérdida o deterioro de bien asegurado.**

**Artículo 1684.-** "Si el bien destruido o deteriorado por incendio había sido asegurado por el arrendador o por cuenta de éste, la responsabilidad del arrendatario frente al arrendador se limita a la diferencia entre la indemnización abonada o por abonar por el asegurador y el daño efectivo.

Si se trata de bien valorizado y el seguro se ha fijado en una cantidad igual a la tasación, no hay responsabilidad del arrendatario frente al arrendador, si éste es indemnizado por el asegurador.

Quedan a salvo, en todo caso, las normas concernientes al derecho de subrogación del asegurador."

A decir del Doctor Arias-Schreiber<sup>(41)</sup>, este artículo permite eximir al arrendatario de responsabilidad frente al arrendador, en la medida en que el bien destruido o deteriorado por incendio se encuentre asegurado por dicho arrendador o por su cuenta. Considera obvio que la responsabilidad del arrendatario se mantendrá respecto de la parte del bien que no esté asegurada, supuesto en el cual se limitará dicha responsabilidad a la diferencia entre la indemnización abonada o por abonar por el asegurador y el daño efectivo.

Continúa manifestando el citado profesor que el segundo párrafo del precepto se coloca en la situación de que el bien haya sido valorizado en el contrato de arrendamiento en la misma cantidad por la que ha sido asegurado, caso en el cual el cumplimiento de la prestación del asegurador libera de responsabilidad al arrendatario frente al arrendador.

Arias-Schreiber finaliza su análisis señalando que en ningun-

no de los supuestos en que se ha colocado este numeral se puede pensar que el arrendatario se ha liberado de su responsabilidad; pues, por el contrario, de lo que se trata es de evitar que el arrendador cobre por el mismo motivo dos veces. En este orden de ideas -agrega- el asegurador tiene expedito su derecho, después de haber pagado al arrendador, para subrogarse en su lugar y accionar contra el arrendatario.

- **Subrogación del fiador que paga la deuda.**

**Artículo 1889.-** "El fiador que paga la deuda queda subrogado en los derechos que el acreedor tiene contra el deudor.

Si ha transigido con el acreedor, no puede pedir al deudor más de lo que realmente ha pagado."

Expresan Arias-Schreiber y Cárdenas Quirós<sup>(42)</sup> que tal como lo disponía el Código Civil de 1936 y la mayoría de legislaciones contemporáneas, este precepto consagra la subrogación de pleno derecho para el fiador que cumple su obligación, sustituyéndose -en consecuencia- y **ope legis** en todos los derechos, acciones y garantías del acreedor contra el fiado.

Agregan que la segunda parte del artículo reproduce el párrafo segundo del numeral 1789 del Código Civil de 1936, y su fundamento es obvio: en ningún caso puede pretender el fiador que el deudor le pague más de lo que ha desembolsado, pues nos encontraríamos frente a un caso de enriquecimiento sin causa; y añaden que en aplicación del artículo

(41) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Op. cit., Tomo II, Páginas 368 y 369.

(42) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y CARDENAS QUIROS, Carlos. Con la colaboración de ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Angela y MARTINEZ COCO, Elvira. Op. cit., Tomo III, Páginas 282 y 283.

1262 del Código Civil, el fiador no podrá nunca subrogarse por una cantidad mayor a la efectivamente desembolsada.

- **Derecho de subrogación del fiador de codeudores solidarios.**

**Artículo 1891.-** “Si son varios los deudores obligados solidariamente, el fiador que ha garantizado por todos puede subrogarse contra cualquiera de ellos por el íntegro de lo pagado.”

En relación a este precepto los Doctores Arias-Schreiber y Cárdenas Quirós<sup>(43)</sup> recuerdan que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1889, el fiador que paga se subroga en todos los derechos del acreedor frente al fiado. Añaden que el artículo 1891 se coloca en la situación de un fiador que ha garantizado a varios codeudores solidarios, estableciendo que, en tal caso, puede subrogarse contra cualquiera de ellos por el íntegro de lo que ha pagado.

A entender de los citados profesores, la norma es una lógica consecuencia de los principios que rigen la solidaridad de las deudas; pues, si conforme al artículo 1186 del Código Civil el acreedor puede reclamar el íntegro a cualquiera de los codeudores, es obvio que el fiador que se subroga tenga la facultad de hacer lo mismo por la cantidad efectivamente pagada; y, desde luego, el deudor que pague el íntegro podrá actuar de la misma manera contra los demás codeudores, en virtud del precepto que rige sus relaciones internas (artículo 1203 del Código Civil).

---

(43) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y CARDENAS QUIROS, Carlos. Con la colaboración de ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Angela y MARTINEZ COCO, Elvira. Op. cit., Tomo III, Página 285.

- **Derecho de subrogación del fiador en caso de pago anticipado.**

**Artículo 1896.-** “El fiador que pagó anticipadamente la obligación principal no puede subrogarse contra el deudor sino después de vencido el plazo de aquélla.”

Al respecto Max Arias-Schreiber y Carlos Cárdenas Quirós<sup>(44)</sup> sostienen que este dispositivo representa una innovación tendente a cautelar, una vez más, los derechos del deudor principal. Su intención es evitar que el fiado pueda verse obligado a pagar al garante antes de que venza el plazo de su obligación.

Recuerdan los citados profesores que el Proyecto elaborado por la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil (Comisión Reformadora) incorporó este precepto, señalando que el fiador que pagase antes del plazo no podría repetir contra el deudor sino después de vencido aquél. La Comisión Revisora decidió modificarlo ligeramente, de manera que el artículo no señala que el fiador no podrá repetir, sino que no podrá subrogarse. Arias-Schreiber y Cárdenas consideran que en realidad no es que el garante esté impedido de subrogarse, pues la subrogación opera de pleno derecho por el solo hecho del pago; no dependiendo la subrogación de la voluntad del fiador, ni del transcurso del plazo, sino que sobreviene automáticamente en virtud del pago. De ahí que estiman sería más propio decir que el fiador -a pesar de haberse subrogado- no puede ejercitar sus derechos contra el fiado hasta que no expire el plazo establecido para el pago de la deuda principal.

Pero señalan que, en cualquier caso, el propósito de la nor-

---

(44) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y CARDENAS QUIROS, Carlos. Con la colaboración de ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Angela y MARTINEZ COCO, Elvira. Op. cit., Tomo III, Página 289.

ma es claro, al buscar una mayor protección para el deudor; y, en ese sentido, cubre un vacío del Código Civil de 1936.

- **Supuestos en los cuales el fiador puede accionar contra el deudor antes del pago.**

**Artículo 1897.-** “El fiador puede accionar contra el deudor, antes de haber pagado, para que éste lo releve o, en su defecto, preste garantía suficiente para asegurarle la satisfacción de sus eventuales derechos de subrogación en los casos siguientes:

1. Cuando el deudor es citado judicialmente para el pago.
2. Cuando el deudor deviene insolvente o realiza actos tendientes a la disminución de su patrimonio.
3. Cuando el deudor se obligó a relevarlo de la fianza dentro de un plazo determinado y éste haya vencido.
4. Cuando la deuda se ha hecho exigible.”

Al respecto, Max Arias-Schreiber y Carlos Cárdenas<sup>(45)</sup> expresan que el Código Civil de 1936 contenía una norma, el artículo 1786, que ya esbozaba un precepto semejante, pues el citado numeral señalaba los casos en que el fiador, antes de haber pagado, podía “proceder contra el deudor principal”. Los citados profesores opinan que el artículo no era, sin embargo, suficientemente claro, pues no dejaba entrever los alcances de la expresión “proceder contra el deudor”.

Dentro de tal orden de ideas, el artículo 1897 busca precisar el concepto, estableciendo cuáles son los derechos que asisten al fiador antes del pago.

---

(45) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y CARDENAS QUIROS, Carlos. Con la colaboración de ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Angela y MARTINEZ COCO, Elvira. Op. cit., Tomo III, Páginas 290 y 291.

- **Supuesto de liberación del fiador en caso de imposibilidad de subrogación.**

**Artículo 1902.-** “El fiador queda liberado de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no pueda subrogarse.”

Anotan Max Arias-Schreiber y Carlos Cárdenas<sup>(46)</sup> que el artículo 1902 del Código Civil debe ser concordado con el numeral 1889. Este numeral establece la subrogación de pleno derecho en favor del fiador que cumple con pagar, pues es indudable que el garante asume su obligación en el entendido de que si se ve precisado al pago, podrá luego accionar contra el deudor en virtud de la subrogación legal, y dirigirse, por ejemplo, contra las demás garantías que éste hubiese constituido a favor del acreedor.

Consideran que el artículo 1902 del Código Civil Peruano debe ser aplicado teniendo en cuenta el grado de imposibilidad o impedimento para la subrogación del fiador, y el perjuicio efectivamente irrogado a éste por causas imputables al acreedor. Concluyen los citados profesores, de lo antedicho, que los derechos y acciones frente al deudor principal perdidos por causa atribuible al acreedor, deben ser aquellos con los que el fiador contaba al obligarse.

Arias-Schreiber y Cárdenas ponen de relieve cómo en la práctica la aplicación del artículo 1902 debe ser racional, acorde con su espíritu y no absoluta e indiscriminada, quedando a criterio de los magistrados la correcta utilización de esta norma.

Por otra parte, y según se ha dicho, cuando el pago lo efectúa la persona que debe asumir el íntegro de la deuda, éste es

---

(46) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y CARDENAS QUIROS, Carlos. Con la colaboración de ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Angela y MARTINEZ COCO, Elvira. Op. cit., Tomo III, Páginas 296 y 297.

extintivo. En cambio, si quien cumple con la obligación es una persona distinta al deudor, el crédito subsiste a fin de asegurarle el reembolso de lo que hubiese pagado más intereses y gastos.

En este sentido, enseña Josserand<sup>(47)</sup> que cuando un individuo ha satisfecho una deuda excediendo la parte de ella que debe soportar definitivamente, yendo más allá de su parte contributiva, se concibe un recurso y la subrogación encuentra dónde intervenir: bien cuando un codeudor solidario o indivisible haya satisfecho la totalidad de la deuda, bien cuando un garante haya pagado por el deudor principal, cuya solvencia garantiza, bien cuando el pago emana de un tercero completamente extraño a la deuda. Agrega que todas estas personas han pagado, en definitiva -por lo menos en parte-, una deuda ajena, y, a menos que lo hayan hecho **animus donandi**, tienen un recurso contra quien en derecho debió pagarla.

Laurent<sup>(48)</sup>, a su vez, considera que el tercero que paga por el acreedor tiene una acción en contra del deudor, una acción de mandato, de administración de negocios o de **in rem verso**; sin embargo, esta acción es personal, sin ninguna garantía, y un deudor irresponsable no presenta ninguna seguridad. Por lo tanto, el tercero que paga tendría gran interés en valerse de los derechos del acreedor a quien paga, contra el deudor del crédito primitivo. Esto se realiza por medio de la subrogación, que pone al tercero en el lugar del acreedor; de tal manera que él puede ejercitar todos los derechos correspondientes al acreedor: fianzas, privilegios e hipotecas.

Los profesores franceses Alex Weill y François Terré<sup>(49)</sup> señalan que a menudo un individuo salda una deuda más allá de la parte que él debe solventar definitivamente, ya sea porque un codeudor solidario haya pagado la totalidad de la deuda, o porque un fiador haya pagado por el deudor principal por quien garantiza-

(47) JOSSERAND, Louis. Op. cit., Tomo II, Volumen II, Página 690.

(48) LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVIII, Páginas 5 y 6.

(49) WEILL, Alex y TERRE, François. Op. cit., Páginas 989 y 990.

ba su solvencia. Puede darse -incluso- que el pago emane de un tercero sin obligación. En suma, todas estas personas pagaron, por lo menos en parte, la deuda de otro, y a menos que obrasen **animus donandi**, tendrán un recurso contra aquel que definitivamente debe respaldar la deuda.

En razón de lo expuesto resulta necesario precisar la naturaleza de la acción que el pago otorga a quien -sin estar obligado- cumple con el íntegro de la obligación.

Al respecto, Cazeaux y Trigo Represas<sup>(50)</sup> afirman que en estos supuestos el **solvens** tiene acción para obtener del verdadero deudor lo que ha pagado en lugar suyo. Dispone, ante todo, de una acción propia (personal) contra el deudor, porque al pagar por éste se ha convertido -a su vez- en su acreedor: será la acción de mutuo, si ha prestado al deudor la suma necesaria para efectuar el pago; la de mandato, si el deudor le ha encomendado o consentido que pague; la de gestión de negocios, cuando el deudor ignoraba el pago o, conociéndolo, no pudo impedirlo; o, en fin, la de **in rem verso**, sólo en la medida en que hubiese sido útil el pago al deudor, si el tercero lo hizo contra la voluntad de este último. Pero en todos estos casos el **solvens** se encuentra frente al deudor por el que ha pagado, como simple acreedor quirografario y en concurso con los demás acreedores del mismo.

En términos similares, los profesores franceses Weill y Terré<sup>(51)</sup> anotan que la sustitución en los derechos del acreedor puede dar lugar a diferentes acciones: 1° desde el momento en que el **solvens** no quiere hacer una liberalidad al deudor que él libera con su intervención, tiene contra él una acción personal para hacer que le pague. Esta acción puede ser la de mandato, si el tercero pagó al acreedor por la demanda del deudor, o la acción que surge del préstamo, si remitió al deudor los fondos necesarios para pagar su deuda, o incluso la acción de administración de

(50) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Páginas 47 y 48.

(51) WEILL, Alex y TERRE, François. Op. cit., Páginas 989 y 990.

negocios, cuando obra para rendir servicio al deudor y sin que se le pida. Precisan, adicionalmente, que en todas las demás hipótesis opera la acción de **in rem verso**, pues el pago hecho al acreedor beneficia al deudor liberándolo; 2° el **solvens** dispone aún de las acciones del acreedor desinteresado y en la medida que puede subrogarse en los derechos de este acreedor, se convierte en titular, a su vez, del crédito que acaba de pagar.

Precisan que este último recurso se refiere a la noción de subrogación. Y agregan que, de manera general, la subrogación en una relación legal implica la desaparición de uno de los elementos de la relación, y su reemplazo por otro elemento que lo sustituye, sin que por esto se modifique la relación misma.

Dentro de tal orden de ideas, es necesario advertir las diferencias existentes entre la acción de repetición y los recursos o acciones que asisten a quien efectuó un pago con subrogación.

En algunas circunstancias la ley civil peruana considera justo que una persona recupere lo pagado indebidamente, y para ello le franquea la posibilidad de interponer una acción de repetición, mas no ejercitar un derecho de subrogación.

Este es el caso de los siguientes preceptos del mencionado cuerpo legal.

- **Actos conservatorios durante la pendencia de una condición.**

**Artículo 173.**- "Pendiente la condición suspensiva, el adquirente puede realizar actos conservatorios.

El adquirente de un derecho bajo condición resolutoria puede ejercitarlo pendiente ésta, pero la otra parte puede realizar actos conservatorios.

El deudor puede repetir lo que hubiese pagado antes del cumplimiento de la condición suspensiva o resolutoria."

El Doctor Fernando Vidal Ramírez<sup>(52)</sup> señala que en el período **pendente conditione** se presentan dos situaciones para destacar. De un lado, el derecho del adquirente a realizar actos conservatorios, y, de otro, el derecho del deudor a repetir lo pagado.

En relación al derecho de repetir lo pagado, Vidal sostiene que así como el derecho que emerge del acto **sub conditione** es de naturaleza eventual, contingente o expectativa, así también la correlativa obligación no puede generar una pretensión firme de parte del **accipiens**. De ahí que el tercer apartado del artículo 173 confiera al deudor el derecho de repetir lo pagado antes del cumplimiento de la condición suspensiva o resolutoria, siendo el antecedente de esta disposición el segundo párrafo del artículo 1106 del Código de 1936.

Agrega Vidal que el deudor tiene tal característica, aunque haya asumido una obligación condicional, sea porque el cumplimiento debe estar a la espera de que se verifique la condición suspensiva, o porque ha cumplido antes de verificarse la condición resolutoria. La repetición de lo pagado se sustenta en el carácter de la obligación resultante de la condición suspensiva o resolutoria, en su caso, y, en general, por la naturaleza del derecho del **accipiens**.

Sobre el particular, los Doctores Manuel de la Puente y Susana Zusman Tinman<sup>(53)</sup> sostienen -en relación al artículo 94

---

(52) VIDAL RAMIREZ, Fernando. Acto Jurídico. Universidad de Lima. Tratado de Derecho Civil, Tomo III, Volumen II, Páginas 471 y siguientes.

(53) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel y ZUSMAN TINMAN, Susana. Anteproyecto Sustitutorio del Libro de Acto Jurídico. En PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU Y MINISTERIO DE JUSTICIA. Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil, Tomo II, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1980, Página 119.

del Anteproyecto Sustitutorio del Libro de Acto Jurídico- lo siguiente:

“Siendo ineficaz el acto jurídico sujeto a condición suspensiva en lo referente a la producción de efectos normales, pueden tener lugar otros efectos previos que, si bien no son propios del acto, persiguen que éstos se produzcan en caso de que la condición llegue a cumplirse, evitando que, pendiente la condición, se frustre la posibilidad de los mismos.

En cuanto a la condición resolutoria, no se crea una simple expectativa para el acreedor, sino que se transmite un derecho cierto. Sin embargo, el enajenante bajo condición resolutoria se encuentra en situación similar a la del adquirente bajo condición suspensiva, puesto que de cumplirse la condición resolutoria, el enajenante podría recibir un derecho disminuido, razón por la que se justifica otorgar idéntica protección que la del caso en que el acto se encuentre sujeto a condición suspensiva.

La última parte del precepto establece que el deudor puede repetir lo pagado si lo hizo antes del cumplimiento de la condición. Se alude en este supuesto tanto a la condición suspensiva como a la resolutoria.

La justificación del artículo comentado es clara: en el caso de la condición suspensiva, por no crearse un derecho cierto en el adquirente, se estaría verificando un verdadero pago indebido. En el caso de la condición resolutoria, no existe inconveniente en aplicar el mismo razonamiento aunque a la inversa.”

- ***Derecho de repetición por pago efectuado antes del vencimiento del plazo.***

**Artículo 180.-** “El deudor que pagó antes del vencimiento del plazo suspensivo no puede repetir lo pagado. Pero si pagó por ignorancia del plazo, tiene derecho a la repetición.”

Al respecto, Vidal Ramírez<sup>(54)</sup> señala que al igual que durante la pendencia de la condición, puede el deudor, durante la pendencia del plazo, cumplir con la obligación. De ahí el artículo 180, bajo comentario, norma que fue tomada del Proyecto de la Comisión Reformadora y registró como antecedente el artículo 1113 del Código Civil de 1936, aun cuando éste no la refirió al plazo suspensivo, como lo hace la norma del artículo 180.

Recuerda Vidal que en relación al artículo 1113 del Código de 1936, el Doctor Manuel Augusto Olaechea, en su Exposición de Motivos, dejó constancia de que se reconocía al deudor el derecho de repetir el pago si lo hizo por error antes de cumplirse el plazo, agregando que el punto dividía a los juristas, pues mientras algunos sostienen que el pago es irrepitable, otros propugnan la tesis contraria; se había adoptado esta segunda posición considerando que el pago anticipado por error del plazo implicaba un enriquecimiento indebido.

Anota Vidal que José León Barandiarán tomó una posición contraria, pues sostenía que la facultad de repetir supone que no existe un **debitum** aunque erróneamente lo haya creído el deudor; presupone, pues, que se haya pagado lo indebido. Tal circunstancia -afirmaba- no ocurre tratándose de la deuda con plazo, porque la obligación existe, es cierta, y sólo están diferidos sus efectos. Si se pagó antes del plazo, no hay pago de lo indebido. León Barandiarán consideraba insostenible la identificación pretendida por Olaechea, entre la situación del deudor bajo condición, que paga antes de realizarse ésta, y la del deudor a plazo, que paga antes de vencerse éste, porque en el primer caso no hay aún un derecho creado, sino una expectativa, a diferencia del segundo caso, en que el derecho está constituido.

(54) VIDAL RAMIREZ, Fernando. Op. cit., Tomo III, Volumen II, Páginas 503 y siguientes.

Fernando Vidal comparte la posición de León Barandiarán y cree que ésta debió ser la solución adoptada por el artículo 180, estableciéndose la irrepitibilidad de lo pagado, pues el plazo es un hecho cierto de cumplimiento inexorable.

En relación al artículo 180, Vidal indica que esta norma declara la irrepitibilidad del pago, salvo la ignorancia del plazo cuando el pago se efectúa antes del vencimiento del plazo suspensivo. La irrepitibilidad se ha previsto sólo frente al plazo suspensivo y no frente al resolutorio. Según Vidal, la razón radica en que estando pendiente el plazo la obligación del deudor ya existe, aunque diferida a la oportunidad en que debe procederse al pago; así, la precisión de que debe tratarse de plazo suspensivo es atinada, pues en el plazo resolutorio el acto ya ha desplegado su eficacia y las prestaciones deben ser cumplidas hasta el vencimiento del plazo.

Agrega Vidal que la repetición de lo pagado que franquea el mismo artículo 180 se fundamenta en la ignorancia del plazo, que también ha de entenderse como suspensivo; y añade que ha hecho la precisión en relación a que el fundamento es la ignorancia, esto es, la ausencia de conocimiento en cuanto a la existencia del plazo o de la fecha de su vencimiento. De allí que se considere un pago indebido fundado en el error y que sea el error el que justifique la repetición.

- ***Supuesto de repetición del pago hecho a un incapaz.***

**Artículo 228.**- “Nadie puede repetir lo que pagó a un incapaz en virtud de una obligación anulada, sino en la parte que se hubiere convertido en su provecho.”

Sobre este particular, Fernando Vidal<sup>(55)</sup> expresa que con muy ligeros cambios, la norma está tomada del Proyecto de

(55) VIDAL RAMIREZ, Fernando. Op. cit., Tomo III, Volumen II, Páginas 791 y 792.

la Comisión Reformadora que la adoptó textualmente del artículo 1130 del Código Civil de 1936, que el Doctor José León Barandiarán comentó, recordando que la regla obedece al propósito de impedir préstamos de dinero a los incapaces, ofreciéndoles esta protección. De este modo, a decir de León Barandiarán, si es verdad que la protección existe en cuanto se permite al incapaz anular el acto, resultaría frustrante el obligársele a restituir lo que precisamente por tal incapacidad haya disipado sin provecho. La ley supone que, por razón de su propia incapacidad, el incapaz ha disipado lo que se le pagó; pero si se destruye tal presunción, demostrándose que lo pagado se convirtió en provecho del incapaz, correspondiendo la prueba al adversario, tiene éste último derecho a la restitución por aplicación de la **actio in rem verso**.

- ***Concurrencia de obligados y prorrateo de obligación alimentaria.***

**Artículo 477.**- “Cuando sean dos o más los obligados a dar los alimentos, se divide entre todos el pago de la pensión en cantidad proporcional a sus respectivas posibilidades. Sin embargo, en caso de urgente necesidad y por circunstancias especiales, el juez puede obligar a uno solo a que los preste, sin perjuicio de su derecho a repetir de los demás la parte que les corresponda.”

En relación a este numeral, resulta indispensable consultar la opinión del Doctor Héctor Cornejo Chávez<sup>(56)</sup>.

(56) El Doctor Héctor Cornejo Chávez (CORNEJO CHAVEZ, Héctor. Op. cit., Tomo II, Páginas 270 y siguientes.) efectúa un minucioso análisis del artículo 477 del Código Civil, relativo a la concurrencia de obligados y al prorrateo de la obligación alimentaria, parte del cual consideramos pertinente transcribir a continuación: “¿En qué proporción ha de sobrellevar cada uno de los hermanos la carga alimentaria? Si el artículo 443 es aplicable también a los hermanos, cada her-

- **Suspensión de la prescripción contra uno de los codeudores o coacreedores solidarios.**

**Artículo 1197.-** “La suspensión de la prescripción respecto de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto para los demás.

Sin embargo, el deudor constreñido a pagar puede repetir contra los codeudores, aun cuando éstos hayan sido liberados por prescripción. Y, a su turno, el acreedor que cobra, respecto al cual se hubiera suspendido la prescripción, responde ante sus coacreedores de la parte que les corresponde en la obligación.”

En relación al artículo 1197 del Código Civil, remitimos al

---

mano debería contribuir con una cuota igual a cualquiera de los demás, pues todos heredarían también cuotas iguales (teniendo en cuenta, por cierto, que los sobrinos del alimentista contribuirán entre todos, en representación de su padre premuerto, con una cuota igual a la de un hermano cualquiera); pero como este artículo se refiere sólo a los ascendientes y descendientes, la proporción sería establecida por el juez según las posibilidades de cada cual (artículo 449).

En todo caso, será de aplicación la norma del artículo 444 *in fine* en cuanto el juez puede obligar a uno solo de los hermanos a que pague el íntegro de la pensión, con cargo de repetición, en caso de urgencia.

El nuevo Código ha resuelto el problema con un criterio que, además de ser fácilmente aplicable, atiende al principio de justicia y oportunidad según el cual ‘quien más tiene, más da’, independientemente del **quantum** que tenga la herencia que los alimentantes de hoy reciban del alimentista en un futuro indeterminado. El artículo 477 preceptúa al respecto que ‘cuando sean dos o más los obligados a dar los alimentos, se divide entre todos el pago de la pensión en cantidad proporcional a sus respectivas posibilidades’ y añade que ‘sin embargo, el juez puede obligar a uno solo a que los preste, sin perjuicio de su derecho a repetir de los demás la parte que les corresponda.’”

lector a los comentarios que hemos efectuado sobre el tema<sup>(57)</sup>.

- **Renuncia a la prescripción por un codeudor solidario o en favor de un coacreedor solidario.**

**Artículo 1198.-** “La renuncia a la prescripción por uno de los codeudores solidarios no surte efecto respecto de los demás. El deudor que hubiese renunciado a la prescripción, no puede repetir contra los codeudores liberados por prescripción.

La renuncia a la prescripción en favor de uno de los acreedores solidarios, favorece a los demás.”

Respecto de este numeral, también nos remitimos a la opinión vertida en su oportunidad<sup>(58)</sup>.

- **Imposibilidad de repetición de lo pagado.**

**Artículo 1275.-** “No hay repetición de lo pagado en virtud de una deuda prescrita, o para cumplir deberes morales o de solidaridad social o para obtener un fin inmoral o ilícito.

Lo pagado para obtener un fin inmoral o ilícito corresponde a la institución encargada del bienestar familiar.”

El artículo 1275 establece los supuestos en los que quien pagó indebidamente -sin causa- no tiene acción alguna para recuperar lo pagado.

---

(57) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo III, Páginas 355 a 362.

(58) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo III, Páginas 363 a 367.

El primer comentario es que el precepto no exige el requisito del error en el pago (base para demandar el pago indebido en el resto de normas del Código). Esto se deduce de la naturaleza de las hipótesis por él previstas.

- (a) La primera hipótesis es aquella en la que se ha pagado en virtud de una deuda ya prescrita.

Si una persona, conociendo o no que la acción para exigir el cumplimiento de la obligación a su cargo ha prescrito, paga, estará impedida de repetir lo pagado. Aquí no entra en juego la teoría del error de hecho o de derecho. La ley, haya o no error de hecho o de derecho, considera inexorablemente que quien paga está respondiendo a un imperativo de su conciencia, no obstante tratarse de una obligación natural, pues la acción del acreedor habría prescrito.

- (b) Algo similar ocurre en los otros dos supuestos del artículo 1275, relativos al cumplimiento de deberes morales o de solidaridad social.

Los casos se refieren a la persona que no encontrándose en estricto derecho obligada por ninguna causa a cumplir con una determinada prestación, la ejecuta, porque así lo determina su conciencia, también con prescindencia o no del error de hecho o de derecho.

Ilustrarían estos supuestos el que una persona acaudalada entregase una contribución económica a quien se encuentre en una angustiosa situación económica, sin concertar un contrato de mutuo; o si una persona concede pensión alimenticia a un anciano, familiar lejano suyo, en la errónea creencia de que está obligada, por mandato de la ley, a contribuir con tal pensión. Aquí tampoco podría reclamar (repetir) lo pagado.

Como podrá apreciarse, los dos supuestos prácticamente

se identifican y por ello ha hecho bien el Código en ubicar ambas causales sin solución de continuidad.

- (c) Los casos del pago efectuado para obtener un fin inmoral o ilícito.

Lo inmoral es aquello contrario a las normas de conducta ética, entendidas dentro de criterios más o menos estables en una sociedad. Pero lo inmoral no es necesariamente ilícito, pues no siempre un hecho que se opone a la moral es sancionado por el Derecho positivo. Lo ilícito es aquello contrario a las normas legales, ya sea entendido como un ilícito civil o como un ilícito penal.

En tal sentido, el artículo 1275 también señala que en estos supuestos no cabe la repetición de lo pagado, pero añade, como principio digno de elogio, que tal pago deberá revertir a la institución encargada del bienestar familiar. Precisa señalarse, además, que el precepto guarda coherencia con lo previsto por el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, el que establece que es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres (sin lugar a dudas lo ilícito es contrario a las leyes que interesan al orden público).

Un caso de pago efectuado para obtener un fin inmoral sería aquél hecho a una persona para que realice actos de exhibicionismo en un ambiente privado -lo que no constituye delito ni falta-. Un ejemplo de pago hecho para obtener un fin ilícito sería aquel por el cual una persona paga a otra una suma de dinero a fin de que cometa un homicidio.

- ***Supuesto de improcedencia de la acción del fiador contra el deudor.***

**Artículo 1892.-** "El fiador no tiene acción contra el deudor si,

por haber omitido comunicarle el pago efectuado, éste ha cancelado igualmente la deuda.

Lo expuesto es sin perjuicio del derecho de repetición del fiador contra el acreedor.”

Max Arias-Schreiber y Carlos Cárdenas<sup>(59)</sup> señalan que el precepto constituye una innovación acertada, pues obliga a una saludable coordinación entre el fiador y el deudor, a fin de evitar una secuela de procesos de reembolso, pues bien podría suceder que el fiador, ignorando que el fiado había pagado previamente, honre su compromiso y cancele la deuda. Según los citados profesores, al margen de la responsabilidad del acreedor por haber cobrado dos veces, es claro que no puede perjudicarse al deudor obligándolo a indemnizar al garante que pagó innecesariamente. Sostienen Arias-Schreiber y Cárdenas que lo expuesto es razón para que se obligue al fiador a comunicar el pago al deudor en forma previa, lo que permitirá que si el fiado había cancelado la deuda con anterioridad, ponga sobre aviso al garante.

Agregan que la regla guarda también estrecha relación con el artículo 1885, referido a las excepciones del deudor que el fiador puede oponer. Así, la coordinación entre garante y deudor es esencial, no sólo para evitar un doble pago, sino también para impedir que el deudor se vea obligado a reembolsar montos superiores a los que él hubiese pagado al acreedor.

Finalmente -añaden-, consideran importante anotar que la pérdida de acción contra el deudor, en la hipótesis prevista en este artículo, no determina -en modo alguno- que el fiador deba perjudicarse al haber pagado una deuda ya cancelada, siendo aplicables, en tales casos, las reglas sobre

---

(59) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y CARDENAS QUIROS, Carlos. Con la colaboración de ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Angela y MARTINEZ COCO, Elvira. Op. cit., Tomo III, Páginas 285 y 286.

pago indebido contenidas en los artículos 1267 y siguientes, sobre repetición.

- ***Juego y apuesta no autorizados. Acciones. Efectos.***

**Artículo 1943.-** “El juego y la apuesta no autorizados son aquellos que tienen carácter lucrativo, sin estar prohibidos por la ley, y no otorgan acción para reclamar por su resultado.

El que paga voluntariamente una deuda emanada del juego y la apuesta no autorizados, no puede solicitar su repetición, salvo que haya mediado dolo en la obtención de la ganancia o que el repitente sea incapaz.”

Como afirman Max Arias-Schreiber y Carlos Cárdenas<sup>(60)</sup>, el Código Civil de 1984 tiene una estructura peculiar sobre el juego y la apuesta, pues se aparta de la legislación tradicional o clásica y hace una categórica distinción entre los permitidos, los no autorizados y los prohibidos. Admiten que si bien es cierto que el sistema utilizado tiene indudable contenido ético, podría objetarse y, en todo caso, discutirse en lo que se refiere al trato dado al juego y la apuesta no autorizados, pues son los que se presentan con mayor frecuencia en la vida diaria. Al respecto, citan algunos ejemplos: Pedro se enfrenta a Juan en un partido de tenis y convienen en que el perdedor pagará una suma de dinero o entregará un bien determinado o prestará un servicio o se abstendrá de hacer algo. Carlos tiene una discusión con Santiago sobre el resultado del encuentro final del Campeonato Mundial de Fútbol realizado en Argentina en 1978 y hacen una apuesta relacionada con cualquiera de las prestaciones antes mencionadas, o sea de dar, hacer o no hacer. Julia afirma que

---

(60) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y CARDENAS QUIROS, Carlos. Con la colaboración de ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Angela y MARTINEZ COCO, Elvira. Op. cit., Tomo III, Páginas 451 y 452.

Juana de Arco falleció el 30 de mayo de 1430, y surge otra apuesta vinculada con un hecho del pasado y sujeta también a un efecto o consecuencia lucrativo.

Para Max Arias-Schreiber y Carlos Cárdenas, en todos estos casos, como en tantos otros similares, no existe prohibición legal, puesto que no se trata de juegos de envite y azar, pero tampoco están permitidos y se hallan, de consiguiente, en una posición intermedia, pues si de una parte el vencedor carece de acción para exigir el pago, por otro lado el perdedor que satisfizo la prestación no puede reclamar su devolución (de ser ello posible), ya que el primero goza de la **solutio retentio**. Estos efectos, tan distintos, responden a la filosofía impuesta en el Código, que desalienta al juego y apuesta, pero concede una solución decorosa para el perdedor, satisfactoria para el vencedor y, tanto o más importante, coherente con el acontecer diario, con los usos y costumbres y el valor moral de la palabra empeñada.

A decir de Arias-Schreiber y Cárdenas, para que funcione la **solutio retentio** es indispensable que el pago haya sido hecho por el perdedor en forma voluntaria, pues de otro modo el acto sería anulable por error, violencia o intimidación. No mencionan al dolo como factor de anulabilidad, pues el artículo 1943 lo señala expresamente, considerando su inclusión como inobjetable, pues faltaría el álea y la ley no podría proteger a quien ha empleado artificio o argucia para obtener un resultado favorable. Recuerdan las palabras de León Barandiarán cuando señalaba que debe haber ausencia de fraude de parte del ganancioso, o sea, que el resultado del juego no se deba a acciones dolosas de aquél, y así el primer tahur puede verse constreñido a restituir lo pagado.

Finalmente, Arias-Schreiber y Cárdenas agregan que también habrá lugar a repetición si quien ha pagado es incapaz. Se trata, en este caso, de que no exista aprovechamiento por falta de razonamiento, inexperiencia o inmadurez del perdedor. Precisan Arias-Schreiber y Cárdenas que no se ha establecido en esta hipótesis si la incapacidad es absoluta,

de modo que el precepto se extiende también a la relativa, siendo ésta una deficiencia que deberá ser corregida en el futuro, por cuanto el acto jurídico practicado por capacidad relativa del agente, sólo es anulable a tenor de lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 221 del Código Civil.

- **Responsabilidad civil solidaria derivada de pluralidad de sujetos activos.**

**Artículo 1983.**- "Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales."

Sobre el particular, el Doctor José León Barandiarán<sup>(61)</sup> señala que el artículo 1983 es el concerniente al caso en que varias personas actúen conjuntamente, causando daño, estableciéndose su responsabilidad solidaria. Anota el Doctor León Barandiarán que puede ocurrir que por razón de dicha responsabilidad, uno de los obligados haya pagado la totalidad de la indemnización. Entonces él puede repetir contra los otros deudores, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. En tanto que no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará en partes iguales.

---

(61) LEON BARANDIARAN, José. Exposición de Motivos y Comentarios de la Sección relativa a Responsabilidad Extracontractual. En REVOREDO MARSANO, Delia. Op. cit., Tomo VI, Página 806.

- **Persona que efectúa el pago que da lugar a la subrogación.**

Uno de los temas indispensables de aclarar en materia de pago con subrogación es el relativo a la persona que efectúa el pago.

Por lo general, la doctrina de nuestra tradición jurídica describe al pago con subrogación como aquél efectuado por un tercero, vale decir, como el que verifica persona distinta al deudor. No obstante, esa afirmación tan categórica resulta inexacta.

Nos explicamos.

Una ligera revisión de los tres supuestos que el Código Peruano contempla sobre el pago con subrogación, en su artículo 1260, referente a la subrogación legal o de pleno derecho, y de los tres incisos del numeral 1261, relativo a la subrogación convencional, nos conduce fácilmente a una conclusión contraria.

El artículo 1260, inciso 1, prescribe que la subrogación legal o de pleno derecho tiene lugar en favor de quien paga una deuda a la cual estaba obligado, indivisible o solidariamente, con otro u otros.

Al recordar los conceptos que vertimos en el análisis de las obligaciones indivisibles y solidarias, concluimos que tanto en uno como en el otro caso, es decir, tanto en la indivisibilidad pasiva como en la solidaridad pasiva, existe una obligación con más de un deudor; siendo cada uno de ellos al fin y al cabo deudor del íntegro de la prestación. Por ello es erróneo interpretar que cuando el codeudor paga la totalidad de la obligación indivisible o solidaria, lo está haciendo en parte por una obligación propia y en parte por una obligación ajena, en la medida en que está efectuando un pago que va más allá de lo que le corresponde en las relaciones internas entre los codeudores.

Tal razonamiento, en estos casos, sería deleznable, por tratarse de hipótesis distintas a las del codeudor de una obligación

divisible o mancomunada que paga la porción de sus otros codeudores, vale decir, que cumple con más de lo debido.

En estos últimos supuestos puede afirmarse, respecto a lo que se paga de más, que el codeudor que paga el íntegro de la prestación es un tercero en la relación jurídica, pues la obligación divisible o mancomunada se divide en tantos créditos y deudas como acreedores y deudores existan en la obligación, reputándose la parte de cada uno de ellos como una deuda distinta a la de los demás. Y, en tal orden de ideas, si un codeudor de obligación mancomunada o divisible paga más allá de aquello que le corresponde, si bien estaría pagando una deuda propia (de la cual es deudor), constituida por su porción, también estaría pagando una deuda ajena (de la cual no es deudor), integrada por la parte de la deuda de los codeudores que lo acompañan en la relación obligacional. En este caso se trataría, lo reiteramos, de un tercero.

Pero, insistimos, si el codeudor de obligación indivisible o solidaria paga la integridad de la deuda, no estaríamos ante el pago efectuado por un tercero. Aquí el codeudor está obligado por el íntegro de la prestación, con prescindencia de las relaciones internas entre los diversos codeudores.

Por tal razón, si el codeudor es conminado por el acreedor común (o por alguno de los acreedores de prestación indivisible o solidaria) al pago de la obligación íntegra (como corresponde, justamente por tratarse de una obligación indivisible o solidaria), y dicho codeudor la paga, habría cumplido con una obligación propia, de la cual era deudor, sin haber actuado como tercero.

Por otra parte, en lo relativo al inciso 2 del artículo 1260 del Código Civil, precisa señalarse que este supuesto sí configura el pago por un tercero, pues por más interés que tenga en el cumplimiento de la obligación que mantiene el deudor con el acreedor, quien paga siempre tendrá tal condición.

El ejemplo que ilustra con mayor precisión los alcances del inciso 2 del artículo 1260 del Código Civil, está constituido por el

pago que efectúa el fiador, que es la persona más representativa, sin lugar a dudas, del legítimo interés en el cumplimiento de la obligación.

Pero el fiador es un tercero en la relación obligacional principal o afianzada, pues no debemos olvidar que ella es la constituida por el deudor y por el acreedor.

El fiador sólo celebra un contrato de fianza con el acreedor, garantizando que el deudor va a cumplir su obligación. Vale decir, si el fiador paga lo hará como consecuencia del contrato de fianza que ha celebrado con el acreedor de la obligación originaria. Este será el título que lo obligue a pagar y no otro. Es verdad que el fiador pagará en defecto del deudor, pero lo hará en cumplimiento del contrato de fianza, en el cual sí es deudor.

De otro lado, del análisis del inciso 3 del artículo 1260, el cual prescribe que la subrogación legal opera de pleno derecho en favor del acreedor que paga la deuda del deudor común a un acreedor preferente, se aprecia que el acreedor que paga también es un tercero, y que usualmente efectúa dicho pago en resguardo de sus intereses patrimoniales, tal como luego, en el estudio de la norma, se observará.

En lo referente a los supuestos de subrogación convencional previstos por el artículo 1261 del Código Civil, es claro que en los casos de los incisos 1 y 2 quien paga y se subroga es un tercero.

Pero el análisis del inciso 3 del artículo 1261 resulta de sumo interés, pues en él se establece que la subrogación convencional tiene lugar 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. En este caso, y de la simple lectura del numeral transcrito, puede apreciarse que quien paga al acreedor no es un tercero, sino el propio deudor de la obligación, con la peculiaridad que se desprende de su propio texto.

#### - **Utilidad práctica del pago con subrogación.**

Ahora bien, en lo referente a la utilidad del pago con subrogación, precisa señalarse que ésta puede apreciarse desde diversas perspectivas, a saber:

- (a) Con relación a quien efectúa el pago.
- (b) Con relación al acreedor que recibe el pago.
- (c) Con relación al deudor.
- (d) Con relación a los garantes.
- (e) Con relación a la sociedad en general.

#### (a) ***Con relación a quien efectúa el pago.***

El interés del pago con subrogación en relación a la persona que lo efectúa, tiene vinculación directa con cada uno de los supuestos de subrogación legal (artículo 1260) y de subrogación convencional (artículo 1261) previstos por el Código Civil.

Así, si nos referimos a la hipótesis contemplada por el inciso 1 del artículo 1260, es decir, a aquella que establece que la subrogación opera de pleno derecho en favor de quien paga una deuda a la cual estaba obligado, indivisible o solidariamente, con otro u otros, afirmamos que el interés de ese codeudor que paga el íntegro de la prestación tiene como base una razón determinante. Ella consiste, simplemente, en cumplir con aquello a lo que se ha obligado, esto es con la totalidad de lo debido.

En lo que respecta al supuesto previsto por el inciso 2 del artículo 1260, esto es a aquel que establece que la subrogación opera de pleno derecho en favor de quien por tener legítimo interés cumple la obligación, consideramos

que del propio texto de la norma se desprende su referencia a intereses patrimoniales o morales. El caso del fiador, antes analizado, el del padre que paga para evitar el remate de los bienes de su hijo, etc.

En el caso del acreedor que paga la deuda del deudor común a otro acreedor que le es preferente (inciso 3 del artículo 1260 y tercer supuesto de subrogación de pleno derecho o legal), presumiblemente efectuará tal pago para evitar que los bienes del deudor común se vendan a precio vil en remate público, o para reducir el número de acreedores a fin de facilitar entendimientos, etc. Cabe advertir, sin embargo, que en este caso el acreedor que paga, si bien se subroga en la obligación pagada, con todos sus privilegios y garantías, estos no alcanzan, desde luego, a su acreencia original.

Ya dentro del marco de la subrogación convencional, señalamos que el primer supuesto (artículo 1261, inciso 1), es decir aquel que tiene lugar cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y lo sustituye en sus derechos, tendrá utilidad práctica para quien paga en razón de los intereses patrimoniales o morales que determinen su proceder.

El segundo caso de subrogación convencional (artículo 1261, inciso 2), esto es, aquel que opera cuando el tercero no interesado en la obligación paga con aprobación expresa o tácita del deudor, constituye -tal vez- la hipótesis en la cual la utilidad práctica del pago con subrogación se aprecia de la manera más tenue, en la medida en que no existiría -y ello se observa del propio texto de la norma- interés patrimonial o moral que conduzca a ese tercero a cumplir con la prestación. Cuando la doctrina, al referirse a este supuesto, alude a su utilidad práctica, entendemos que tal concepto no se ciñe, necesariamente, al aspecto patrimonial, sino que puede circunscribirse al plano moral o afectivo del tercero que paga.

Por último, si analizamos lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 1261 del Código Civil, relativo a la subrogación conven-

cional, procedente cuando el deudor paga con una prestación recibida 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, resulta claro el interés del mutuante en subrogarse, pues de esta forma podrá recuperar la prestación que dio en mutuo al deudor, para que éste, a su vez, pudiera cumplir con la obligación que mantenía ante el acreedor originario.

Señalan Colin y Capitant<sup>(62)</sup> que es fácil ver cuál es la ventaja que presenta la subrogación para el **solvens**. Sin duda éste, desde el momento en que no quiere hacer una liberalidad al deudor a quien libera con su intervención, tiene contra él una acción personal para que le reembolse. Esta acción puede variar según el carácter de la operación y las circunstancias en que se verifica. Es la acción de mandato, si el tercero ha pagado al acreedor a petición del deudor. Es la acción nacida del préstamo, si ha entregado al deudor los fondos necesarios para extinguir su deuda. Es la acción de gestión de negocios, cuando ha obrado para prestar un servicio al deudor sin que éste lo haya pedido. Por último, en todos los demás casos, es la acción de **in rem verso**, pues el pago hecho al acreedor beneficia al deudor, liberándolo.

Precisan los citados profesores franceses, que esta acción personal, cualquiera sea su carácter, no va necesariamente acompañada de garantías, y el **solvens** puede temer la insolvencia del deudor, razón por la cual tiene interés en quedar subrogado en los derechos del acreedor, a causa de las ventajas que puedan estar unidas a su crédito.

Añaden que la principal de estas ventajas es la que procede de una garantía real o personal, es decir, de la existencia de

---

(62) COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri. Op. cit., Tomo II, Páginas 202 a 204.

un privilegio o de una hipoteca sobre los bienes del deudor, o de una fianza. Pero al lado de esta ventaja, o, en su defecto, pueden existir otras. Si, por ejemplo, el acreedor es un vendedor, el **solvens** subrogado en sus derechos tendrá no solamente un privilegio sobre la cosa vendida, sino también la acción de resolución de la venta por falta de pago del precio. O bien el crédito puede ser mercantil, caso en el cual el subrogado tendrá el derecho, lo mismo que lo hubiera tenido el acreedor primitivo, de perseguir al deudor recalcitrante ante el Tribunal de Comercio, que -según ellos- es más expeditivo que demandar ante el Tribunal Civil. Agregan que se puede también suponer que el acreedor está provisto de un título ejecutivo que permite al acreedor y, por lo tanto, al subrogado, embargar de plano los bienes del deudor, sin intentar un pleito. Y, por último, el crédito puede producir intereses de una tasa ventajosa, y estos intereses le serán debidos al subrogado.

Además -a juicio de Colin y Capitant-, no hace falta decir que el **solvens**, subrogado en los derechos del acreedor a quien ha pagado, no perderá por ello la acción personal que le corresponde respecto del deudor. Existen casos en los que tendrá más interés en prevalerse de esta acción que de aquella en que ha sido subrogado. Citan como ejemplo el caso del artículo 2001 del Código Napoléon, el cual concede al mandatario y, por analogía, al gestor de negocios, un derecho al interés legal de las cantidades adelantadas para el mandato o la gestión, a partir de su entrega. Señalan que puede ocurrir que este interés legal sea superior al interés convencional producido por el primitivo crédito, lo que -en igualdad de circunstancias- deberá incitar al subrogado a utilizar su acción de mandatario o de **negotiorum gestor**.

Por su parte, recuerda Rezzónico<sup>(63)</sup> que la subrogación es una figura sumamente ventajosa para el tercero subrogado o nuevo acreedor, porque le permite no sólo, si así lo quiere

favorecer, evitar coacción del primer acreedor que puede ser riguroso e inexorable, sino que le asegura la recuperación del dinero que desembolse en las mismas condiciones y con las seguridades y garantías con que contaba el acreedor primitivo, cuyo lugar entra a ocupar por efecto de la subrogación.

A decir de Raymundo M. Salvat<sup>(64)</sup>, el pago con subrogación presenta un gran interés práctico. Para precisarlo bien, toma un ejemplo: Pablo adeuda a Pedro una suma de dinero, en garantía de la cual ha constituido primera hipoteca sobre una finca de su propiedad; el crédito se encuentra plenamente asegurado, pero, sea porque realmente necesite su dinero, sea por el deseo de perjudicar a su deudor, Pedro exige el pago inmediato y amenaza, en defecto de él, con recurrir a las vías judiciales. Juan, amigo de Pablo, estaría dispuesto a facilitarle los fondos para el pago, pero como la situación económica de éste es dudosa, y puede ocurrir que caiga en insolvencia, no se decide por el temor de no poder recuperarlos por un medio fácil. Entonces se salva la única dificultad que existe: subrogando a Juan en los derechos del acreedor primitivo, aquél puede -sin peligro alguno- pagar a éste y como entra a ocupar su lugar y grado, gozará, en garantía del pago de su anticipo, de la hipoteca originaria.

A su turno, los profesores Weill y Terré<sup>(65)</sup>, siguiendo a Colin y Capitant, señalan que el pago con subrogación es una figura de suma utilidad para el **solvens**. Así, cuando un tercero paga el crédito de otro, este tercero, para que se le pague, tiene una acción personal contra el deudor, a quien libera por su intervención, por ejemplo la acción de mandato o la de administración de negocios; sin embargo, esta acción personal no va acompañada por ninguna garantía, y el **solvens** puede temer la insolvencia del deudor. Por esto él tiene interés en subrogarse en los derechos del acreedor,

(64) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo II, Páginas 417 y 418.

(65) WEILL, Alex y TERRE, François. Op. cit., Páginas 990 y 991.

(63) REZZONICO, Luis María. Op. cit., Volumen I, Páginas 829 y 830.

por las ventajas que son susceptibles de relacionarse con su crédito. La principal ventaja resulta de la existencia de un privilegio o de una hipoteca sobre los bienes del deudor, o de un fiador: estos seguros pasarán junto con el crédito a manos del subrogado, cuyo recurso se verá consolidado. Sin embargo, pueden existir aún otras ventajas. Por ejemplo, si el acreedor es un vendedor, el **solvens** subrogado en sus derechos tendrá no sólo un privilegio sobre el bien vendido, sino la acción de resolución de la venta por falta de pago del precio.

Explican Weill y Terré que también se puede suponer que el crédito está provisto de un título ejecutorio que permite al acreedor -y por lo tanto al subrogado- hacer posesión de plano de los bienes del deudor, sin intentar una acción judicial. Por último, el crédito puede producir intereses con tasa ventajosa y estos intereses se deberán al subrogado.

Pero, por otro lado, el **solvens** subrogado, de por sí, no perderá la acción personal que le pertenece en contra del deudor. Se ha planteado la hipótesis de que él tendrá interés en valerse de esta acción antes que de la acción por la que se subrogó, y citan como ejemplo al artículo 2001 del Código Napoleón, el que asigna al mandatario -y por asimilación al administrador de negocios- un derecho al interés legal de cantidades adelantadas para el mandante o el administrado, a partir del desembolso; y puede ser que este interés legal sea superior al interés convencional producido por el crédito original<sup>(66)</sup>.

(b) **Con relación al acreedor que recibe el pago.**

El tema de la utilidad práctica del pago con subrogación en relación con acreedor que lo recibe tienen una explicación evidente, pues en el entendido de que nos encontramos ante obligaciones que no son **intuitu personae**, vale decir, que pueden ser cumplidas por cualquiera, y que preferentemente son obligaciones dinerarias, es claro que al acreedor le será indiferente quién cumpla con efectuar el pago de lo debido, en razón de que su interés radica en ver satisfechas sus expectativas (la prestación en sí), y no el cumplimiento por el deudor en estricto.

Para el profesor Palacio Pimentel<sup>(67)</sup>, la subrogación es ventajosa para los tres sujetos, siendo indudable esta ventaja para el primitivo acreedor que ve satisfecho su crédito oportunamente, lo que no ocurrirá si siempre hubiera que esperarse el pago del directo obligado que, por diversas causas, se ve muchas veces materialmente imposibilitado de cumplir la obligación a su vencimiento.

Señala Salvat<sup>(68)</sup> que el pago con subrogación consulta el interés de todos y no perjudica el de nadie: en cuanto al deu-

---

mismo para devolver el servicio; acción de **in rem verso**, si no ha tenido intención liberal; o simplemente acción nacida del solo hecho del pago, que la jurisprudencia estime generador de una nueva obligación, distinta de aquélla amortizada por el pago susodicho. Todas estas acciones hacen del **solvens** un acreedor quirografario que se expone al concurso con otros acreedores en caso de insolvencia. Es, pues, muy interesante para aquel que paga ser subrogado en los derechos del acreedor, a causa de las ventajas que pudieran estar ligadas a su crédito, ventajas que pueden consistir en una hipoteca, en un privilegio, en una fianza que garantice el pago del crédito, o en una tasa de interés remuneratorio, el cual beneficiará al subrogado; y la transferencia de todos estos accesorios ventajosos facilitará el pago de la deuda ajena.

(67) PALACIO PIMENTEL, H. Gustavo. Op. cit., Tomo I, Páginas 540 y 541.

(68) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo II, Páginas 417 y 418.

---

(66) Para Starck, Roland y Boyer (STARCK, Boris, ROLAND, Henri y BOYER, Laurent. Op. cit., Páginas 34 y 35.), la subrogación personal ocupa en la vida práctica un rol importante, a causa de la utilidad que ella presenta. Sin duda, aquel que pagó voluntariamente la deuda ajena guarda, en todas las circunstancias, una acción personal contra el deudor para hacerse reembolsar: acción de orden de pago, si ha pagado con instrucción del deudor; acción de préstamo, si ha proporcionado al deudor los fondos necesarios para satisfacer una deuda; acción de gestión de negocios, si ha actuado por sí

dor, porque le permite substituir un acreedor exigente por otro más considerado; en cuanto al acreedor pagado, porque recibe lo que se le debe. En cuanto a los demás acreedores, porque la situación del patrimonio del deudor es siempre la misma, desde el momento que la deuda no se modifica y lo único que se ha hecho es substituir a un acreedor por otro; pero esta substitución le es favorable, en el sentido de que el nuevo acreedor, siendo más considerado, se prestará mejor a facilitar y hacer de común acuerdo la liquidación de los bienes del deudor, evitando gastos judiciales que, en definitiva, sólo dan como resultado la disminución del activo.

En relación con los demás acreedores, expresa Rezzónico<sup>(69)</sup> que el pago con subrogación no los perjudica, sino, por el contrario, viene en su favor, porque sin modificarse la deuda que se paga en esa forma, y cambiando sólo su acreedor, esa sustitución puede facilitar la liquidación de los bienes del deudor común, evitando gastos judiciales. Baudry-Lacantinerie y Barde, citados por Rezzónico, dicen que "la subrogación aprovecha a todo el mundo y no perjudica a persona alguna".

(c) **Con relación al deudor.**

Para analizar el tema de la utilidad práctica que tiene el pago con subrogación para el deudor, debemos, necesariamente, repasar cada uno de los supuestos de subrogación, pues el beneficio para dicho deudor no será estrictamente el mismo en todos los casos.

En el supuesto contemplado por el inciso 1 del artículo 1260, el o los codeudores de quien paga el íntegro de lo debido podrán verse beneficiados en diversos aspectos.

Es posible que todos los codeudores -incluso el que paga-

tengan interés en la relación interna existente entre ellos. En este caso, el pago íntegro efectuado por uno de ellos beneficia directamente a los demás, ya que, debiendo haber contribuido con la prestación que se pagó, no lo hicieron, y dejaron que el codeudor requerido pagara solo, vale decir, con sus propios recursos y no con recursos de todos, razón por la cual resulta evidente que el pago verificado por ese codeudor benefició a los demás. Ahí está -precisamente- la utilidad práctica de un pago efectuado en esta coyuntura.

Y justamente para corregir esta situación, a todas luces no equitativa, la ley prevé, tanto en el tratamiento de las obligaciones indivisibles y solidarias, como en el artículo 1263 -propio del pago con subrogación-, el derecho del codeudor que pagó para subrogarse en los derechos del acreedor pagado contra los demás codeudores, pero sólo por la porción o interés que en la deuda tenía cada uno.

Otro supuesto sería aquel en que el pago es efectuado por un codeudor en cuyo exclusivo beneficio fue contraída la obligación indivisible o solidaria. En este caso, si es ésta la persona que paga, ello en nada beneficiará a los demás codeudores, razón por la cual, al no haber deuda de por medio, no habrá lugar a subrogación alguna.

Sobre lo prescrito por el inciso 2 del artículo 1260, en el sentido de que la subrogación opera de pleno derecho en favor de quien, por tener legítimo interés, cumple la obligación, el deudor por quien paga el tercero se verá beneficiado en la medida en que se está ejecutando una prestación que él debía y que no ha cumplido.

Su utilidad práctica radica, por citar un ejemplo, en que al momento en que el tercero pagó, el deudor carecía de los medios necesarios para hacerlo, y, en esta medida, también dentro del terreno de las hipótesis, el tercero puede haber relevado al deudor de confrontar una acción judicial inminente por parte del acreedor impago.

(69) REZZONICO, Luis María. Op. cit., Volumen I, Páginas 829 y 830.

En este sentido se beneficiará el deudor.

Pero también puede plantearse la hipótesis de que el deudor dejó de pagar por la sencilla razón de que no quería hacerlo, estando dispuesto a asumir las eventuales consecuencias de su incumplimiento. En este supuesto será claro que el deudor no se verá beneficiado más allá del aspecto puramente teórico, pues en la práctica -al preferir la situación de falta de pago (constituido o no en mora)- hubiera deseado que dicho tercero no pagase. Pero esta situación no podía evitarla, en razón de que este último tenía legítimo interés en efectuar el pago.

En caso de que la subrogación opere de pleno derecho en favor del acreedor que paga la deuda del deudor común a otro acreedor que le es preferente (artículo 1260, inciso 3), la utilidad para el deudor se percibe en términos similares a los expuestos. Vale decir, que el deudor se verá beneficiado en cuanto un tercero paga por él lo que debe al acreedor.

Ya dentro del campo de la subrogación convencional, puede afirmarse que, de conformidad con lo dispuesto por el primer inciso del artículo 1261, es decir, cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y lo sustituye en sus derechos, el deudor se verá beneficiado, en mayor o en menor medida, en relación directa con el interés o apremio del acreedor por cobrar, y con los medios que este acreedor hubiera utilizado o proyectara emplear -judicial o extrajudicialmente- para lograr sus objetivos.

Podría suceder, sin duda, que la intervención del tercero que ha pagado represente para el deudor un óptimo beneficio, pero también que el deudor no valore con entusiasmo tal intervención, en la medida en que podría encontrarse ante un acreedor original poco interesado en cobrar. Y entonces sería dable que el deudor confrontara su obligación ante un nuevo acreedor (el tercero que pagó), que no tuviera las características deseadas por el deudor, es decir, un acreedor que hiciera todo aquello a su alcance para cobrar la deuda.

Vale recordar que de la redacción del inciso 1 del artículo 1261 se infiere que el pago efectuado por el tercero puede ser con desconocimiento del deudor, o, incluso, con la oposición del mismo. De allí se percibe la posibilidad de que el deudor pueda estar en desacuerdo con el pago por un tercero.

El inciso 2 del artículo 1261 legisla el supuesto de una subrogación convencional por un tercero no interesado en la obligación, que paga con aprobación expresa o tácita del deudor. Es claro que, al mediar esa aprobación, el deudor considerará que el pago lo está beneficiando, pues de lo contrario no la prestaría.

Y, por último, la utilidad para el deudor del pago con subrogación, en la hipótesis prevista por el inciso 3 del artículo 1261, es obvia, ya que el deudor no hubiera estado en aptitud de cumplir con la obligación, en la medida en que no hubiese recibido el préstamo de que trata el precepto.

Expresa Laurent<sup>(70)</sup>, respecto a estos últimos conceptos, que el deudor es el principal interesado en la subrogación, ya que se trata de un pago. Hay una subrogación que se hace por su iniciativa, y que, a decir verdad, se debe hacer en interés suyo: es cuando él pide un préstamo para pagar su deuda. Y agrega, en cuanto a la subrogación legal, que la ley la realiza por razones de igualdad, que el deudor debe aceptar y, liberado de su acreedor primitivo, está obligado con respecto al subrogado; éste debe ser para él, por lo menos, indiferente, puesto que su obligación sigue siendo la misma.

Señala Rezzónico<sup>(71)</sup> que, según enseñanzas de los juristas más autorizados, la subrogación es una figura jurídica sumamente útil para el deudor que carece de fondos para liberar-

(70) LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVIII, Página 7.

(71) REZZONICO, Luis María. Op. cit., Volumen I, Páginas 829 y 830.

se, pues el cambio de acreedor le libera de una demanda inminente y le confiere un respiro o prórroga para el pago.

Para Starck, Roland y Boyer<sup>(72)</sup> la subrogación es igualmente beneficiosa al deudor que, habiendo contratado en condiciones onerosas, busca liberarse lo más rápido, y que sólo encontrará prestamista en la medida en que pueda ofrecerle las garantías de reembolso ajustadas a la deuda por amortizar.

(d) **Con relación a los garantes.**

Debemos recordar, en primer término, que el artículo 1262 del Código Civil 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.

De acuerdo con el texto de la norma citada, en el caso del pago con subrogación, las garantías que aseguraban a la obligación respecto del acreedor originario subsisten, de modo tal que el subrogado gozará de ellas para exigir el cumplimiento por el deudor.

Por eso, si la obligación entre los sujetos originales estaba garantizada, bien por una garantía real o bien por una personal, ella, en aplicación del artículo 1262 del Código Civil, no se extinguirá al momento del pago. Aquí rigen los preceptos propios de las respectivas garantías, y el principio general de que "lo accesorio sigue la suerte de lo principal". En este caso, al ser el pago con subrogación uno que no extingue la obligación sino respecto del acreedor originario, tal obligación proseguirá teniendo existencia y, por tanto, determinará que sus accesorios corran suerte similar.

---

(72) STARCK, Boris, ROLAND, Henri y BOYER, Laurent. Op. cit., Página 35.

En cuanto a los terceros interesados en la extinción de la deuda, señala Laurent<sup>(73)</sup> que fiadores y acreedores hipotecarios no pueden quejarse de que se mantenga la deuda, pues el pago con subrogación no cambia su posición. Se pregunta, además, qué les importa si el crédito es a favor del subrogado o a favor del subrogante, pues la deuda sólo puede extinguirse definitivamente cuando la paga el deudor; hasta aquí se sabe que se mantendrá el fiador, y además los acreedores hipotecarios posteriores deben contar con que están limitados por acreedores anteriores, pues ellos contrajeron la deuda bajo estas condiciones.

(e) **Con relación a la sociedad en general.**

Cuando nos referimos a la utilidad práctica que el pago con subrogación representa para la sociedad en general, afirmamos que a la sociedad en su conjunto le interesa que las obligaciones que han nacido en su seno se ejecuten, en aras del bienestar general, de evitar eventuales conflictos entre los particulares, y de fomentar, en tal sentido, la paz social.

Por ello no dudamos que el pago con subrogación, más allá de los eventuales beneficios en favor de quien efectúa el pago, de quien lo recibe, del deudor y de los garantes, beneficia a la sociedad en su conjunto.

Es ésta una razón adicional por la cual la ley prevé el pago con subrogación.

Según Luis María Rezzónico<sup>(74)</sup> la utilidad o interés práctico del pago con subrogación es considerable, lo que se ve claramente al estudiar los distintos casos de subrogación legal y convencional, que muestran la extraordinaria frecuencia de

---

(73) LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVIII, Página 7.

(74) REZZONICO, Luis María. Op. cit., Volumen I, Páginas 829 y 830.

situaciones en que juega esta institución. Y agrega que puede también señalarse su utilidad social, porque facilita el cumplimiento de las obligaciones y la correlativa satisfacción de los derechos de los titulares de créditos; y su utilidad privada para el deudor, pues le facilita el pago, para el acreedor, porque le procura el cobro, y para el tercero, porque le asegura la protección de la ley, a fin de recuperar lo que, llevado por alguna razón, paga por cuenta del deudor.

En tal orden de ideas, para los profesores argentinos Cazeaux y Trigo Represas<sup>(75)</sup> el pago con subrogación presenta un gran interés práctico, pues consulta el interés de todos y no perjudica el de nadie; pues, en efecto, desde un punto de vista general, resulta indudable su utilidad social, por cuanto facilita el cumplimiento de las obligaciones. Y desde el punto de vista particular de las partes intervinientes: beneficia al acreedor, a quien procura el cobro de lo que se le adeudaba; al tercero, al que asegura la misma protección y ventajas inherentes al crédito que paga; e, incluso, al propio deudor, ya que así los terceros serán más fácilmente inducidos a pagar en lugar suyo, con lo que podrá sustituir un acreedor exigente por otro más considerado. Y en cuanto a los demás acreedores del deudor, en nada se perjudican, por cuanto la situación patrimonial del deudor es siempre la misma, desde que la deuda no se modifica y sólo se reemplaza a un acreedor por otro.

A decir de Laurent<sup>(76)</sup>, en fin, la subrogación concilia todos los intereses. La ley la permite y favorece porque tiene por objeto directo el pago que libera al deudor, y la liberación siempre es favorable, siendo éste el principio fundamental de la subrogación que acompaña al pago, y por esta razón se apela al pago con subrogación.

---

(75) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 49.

(76) LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVIII, Página 7.

#### - **Modalidades del pago con subrogación.**

En cuanto a las modalidades del pago con subrogación, reiteramos que el parecer de la doctrina es unánime en considerar que él reviste dos modalidades en atención a su origen. Así, la subrogación puede ser legal o convencional.

La subrogación es legal cuando emana de un mandato de la ley. Esta clase de subrogación opera de pleno derecho, es decir, automáticamente y con carácter imperativo.

La subrogación es convencional cuando surge de la voluntad humana.

Del mismo modo, explica Llambías<sup>(77)</sup> que según la fuente que impregna al pago de las características señaladas, la subrogación es legal o convencional. La subrogación legal se origina en la ley misma, que da lugar, por su sola virtualidad, a la cancelación del derecho del acreedor para él, al propio tiempo que desplaza al título de crédito con respecto al deudor hacia el tercero pagador. La subrogación convencional proviene de la voluntad del acreedor o del deudor, que produce esas consecuencias.

Precisa Laurent<sup>(78)</sup> que la subrogación legal difiere de la que consiente el deudor, pues ésta última está sometida -en el Derecho Napoleónico- a severas formalidades, mientras que la subrogación legal no está sujeta a forma alguna.

Sobre el particular, Jacques Dupichot<sup>(79)</sup> anota que la ley francesa ha previsto un cierto número de casos en los cuales la subrogación opera de pleno derecho. Las hipótesis más importantes son las siguientes: el acreedor que paga a otro acreedor que tiene preferencia; el adquirente de un inmueble hipotecado que

---

(77) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II-B, Página 341.

(78) LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVIII, Página 84.

(79) DUPICHOT, Jacques. Op. cit., Página 114.

emplea el precio en el pago de acreedores inscritos; el fiador o el codeudor solidario que cancela el íntegro de la deuda.

En cuanto a la ley civil peruana, precisa señalarse que los numerales 1260 y 1263 corresponden a la subrogación legal o de pleno derecho; que el artículo 1261 se refiere a la subrogación convencional; y que las normas previstas por los artículos 1262 y 1264 son comunes a ambas clases de subrogación.

#### - **Subrogación legal.**

Como antes lo hemos manifestado, el artículo 1260 del Código Civil, bajo comentario, establece tres supuestos distintos para la subrogación legal:

**(1) *La subrogación opera de pleno derecho en favor de quien paga una deuda a la cual estaba obligado, indivisible o solidariamente, con otro u otros.***

Es el caso del codeudor de una obligación indivisible o solidaria, que cumple con el íntegro de la prestación<sup>(80)</sup>.

En tal supuesto, quien pagó la totalidad de la deuda tendrá la posibilidad de subrogarse por el acreedor pagado y accionar en contra de sus ex-codeudores (ahora deudores, "a secas") para que le paguen las porciones que les correspondan en la obligación (argumento del artículo 1263 -que analizaremos más adelante-).

---

(80) Expresa Giorgi (GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen VII, Páginas 259 y 260.) que no importa si el pago es hecho voluntariamente o por la fuerza, o si lo realiza el coobligado personalmente, sino que basta que se haga con su dinero. Como quiera que sea, si es total, dará derecho a subrogación para recuperar íntegramente lo pagado; si es parcial y aceptado, abrirá camino a la subrogación, a fin de ejercitar el regreso proporcionalmente a la suma pagada.

Por lo demás, remitimos al lector a los comentarios que formulamos al analizar las consecuencias del pago total (íntegro) por uno de los codeudores solidarios o de prestación indivisible<sup>(81)</sup>.

Resulta obvio que el inciso 1, bajo estudio, sólo se refiere a los casos en que quien paga sea un deudor de obligación indivisible o solidaria.

Dentro de tal orden de ideas, parece que en ambos supuestos operará la subrogación legal. Sin embargo, cabría aclarar que, en rigor, las hipótesis en que opera el pago con subrogación de pleno derecho, derivadas del inciso 1 del artículo 1260, son tres:

- (a) Que la obligación sea indivisible y mancomunada;
- (b) Que la obligación sea indivisible y solidaria; y
- (c) Que la obligación sea solidaria y divisible.

Como recordamos en nuestro estudio de las obligaciones indivisibles y solidarias, para efectos del inciso 1 del artículo 1260 del Código Civil Peruano basta que la obligación tenga como uno de sus rasgos el ser indivisible (no importando si es mancomunada), o el ser solidaria (sin importar si es divisible). Es suficiente alguna de estas dos características para que necesariamente se aplique la norma citada.

Luego, el inciso bajo comentario no sólo entra en juego cuando quien paga (el codeudor de obligación indivisible o solidaria) lo hace por el íntegro de la prestación, pues podría efectuar el pago parcial de una obligación solidaria o indivisible (en este caso si su naturaleza lo permite, singularmente cuando la indivisibilidad surge de la convención).

---

(81) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo III, Páginas 115 a 124 y 399 a 420.

Si el pago parcial tan sólo se refiere a la parte del codeudor que paga, ello generaría la denominada renuncia a la solidaridad o a la indivisibilidad por el acreedor, con la consecuencia de liberar a tal codeudor, quedando los demás codeudores obligados por el saldo de la prestación. Todo ello sin perjuicio, por supuesto, de que el liberado contribuya a prorrata por la parte de uno o más de sus codeudores, en caso de insolvencia de éstos (artículos 1200 y siguientes del Código Civil).

Otra hipótesis sería la del codeudor que paga una porción superior a su parte, pero menor al íntegro de lo adeudado. En este caso, el acreedor habría renunciado a la indivisibilidad o solidaridad en relación con dicho codeudor, pero la conservaría, por el saldo de la prestación, respecto de los demás codeudores. En esta eventualidad sería obvio que el codeudor que paga tendría derecho a subrogarse contra sus demás codeudores, para que le abonen proporcionalmente la parte pagada en exceso a lo que le correspondía en la relación interna.

Por lo demás, nos adelantamos en afirmar que el inciso 1 del artículo 1260 debe concordarse, necesariamente, con el numeral 1263 del Código Civil, norma que prevé que el subrogado está autorizado a ejercitar los derechos del acreedor contra sus codeudores, sólo hasta la concurrencia de la parte por la que cada uno de éstos estaba obligado a contribuir para el pago de la deuda. Se deja a salvo, lo reiteramos, la aplicación de las reglas del artículo 1204 del propio Código, según el cual si alguno de los codeudores es insolvente, su porción se distribuye entre los demás, de acuerdo con sus intereses en la obligación; y que, si el codeudor en cuyo exclusivo interés fue asumida la obligación es insolvente, la deuda se distribuye por porciones iguales entre los demás.

Como oportunamente se observará, el artículo 1263 del Código Civil resulta un precepto de elemental idoneidad y justicia, pues evita que se presente el vicio de los "círcu-

los concéntricos", lo que ocurriría si el codeudor que paga el íntegro estuviera facultado para subrogarse también por el íntegro, con la única detracción de su parte, que se habría extinguido, contra cualquiera de los codeudores, y así sucesivamente, en forma tal que tuvieran que promoverse consecutivas acciones judiciales hasta agotarse las relaciones internas entre los codeudores.

A decir de Giorgi<sup>(82)</sup>, en los orígenes de la institución, en rigor de Derecho, el coobligado o el fiador que pagaban la deuda no entraban **ministerio legis** en los derechos del acreedor pagado, si antes, o en el acto del pago, no eran cautos en estipular la cesión de los derechos; pero dicha cesión constituía para ellos, a diferencia de lo que ocurría con el extraño que hubiese ofrecido el pago, una obligación del deudor, de manera que si éste no estaba en grado de hacer la cesión, el coobligado podía casi siempre rechazarlo con la excepción **cedendarum actionum**. Recuerda Giorgi que la vieja práctica mitigó en muchos casos este rigor, y andando el tiempo admitió muchas veces al coobligado, al fiador, al tercero poseedor, a obrar con las acciones útiles en vía de regreso, sin necesidad de obtener cesión explícita.

Señala Giorgi que esta práctica fue la que suministró a Dumoulin la ocasión de proclamar la teoría de la subrogación legal en favor del coobligado, teniendo en cuenta la conocida Constitución de Antonino Pío, que concedía las acciones útiles al comprador de la herencia contra los deudores hereditarios. Y aun cuando la nueva teoría tardase en encontrar el aplauso de los juristas, sin embargo, en gracia a la equidad, por la que estaba justificada, acabó por triunfar; y la subrogación legal en favor del coobligado fue sancionada primero por el Código Napoléon y luego por el artículo 1253, numeral 3°, del Código Civil Italiano de 1865, según el cual la subrogación

---

(82) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen VII, Páginas 258 a 262.

tiene lugar, de derecho, en favor de quien, estando obligado con otros o por otros al pago de la deuda, tenía interés en satisfacerla.

Considera Giorgi que esta especie de subrogación es, en verdad, la más digna de favor, puesto que acude en defensa de quien se encuentra constreñido a pagar una deuda que en todo o en parte es deuda ajena. Así, quien paga a un acreedor anterior, paga la deuda ajena; pero la paga por la propia conveniencia, para quedar dueño de la acción hipotecaria sobre la prenda común: quien adquiriendo un inmueble emplea su precio en pagar a los acreedores del vendedor, no paga verdaderamente la deuda ajena, sino más bien la propia; pero el coobligado y el fiador se encuentran muchas veces forzados a pagar la deuda ajena; y aun cuando se anticipen a las coacciones del acreedor, es siempre una razón de necesidad la que les induce a ello, a fin de evitar molestias, quizá más gravosas o inoportunas, a que estarían expuestos esperando a ser impelidos al pago. Todo lo cual es suficiente para darnos a entender las condiciones requeridas para gozar de esta subrogación.

Giorgi continúa expresando que en la serie de los obligados con otros figuran, principalmente, los codeudores solidarios y los coobligados en la deuda indivisible, por estar expuestos, con respecto al acreedor, al pago de la totalidad, mientras en los derechos recíprocos cada uno debe soportar una parte de la deuda. Así no figuran los codeudores de una obligación divisible y a **pro rata**, por estar éstos obligados por otras tantas deudas jurídicamente separadas, si bien confundidas en apariencia. Recuerda Giorgi que se pretendió, en verdad, por mediación de Toullier, que antes de la división todo coheredero estuviera tenido por la totalidad y, por lo tanto, gozase el beneficio de la subrogación legal en caso de pago íntegro por acción de regreso contra los coherederos; pero agrega que esta opinión equivocada no encontró nunca seguidores. Sólo podría ser admisible si el coheredero fuese de-

mandado por la acción hipotecaria, porque entonces estaría obligado por la totalidad, como tercero poseedor del inmueble hipotecado. Por lo demás -según Giorgi-, cuando se dice codeudores solidarios o de obligación indivisible, todo el mundo ve cuán ancho campo se abre a la aplicación del principio y cuántas controversias pueden nacer sobre la determinación de la índole jurídica de una obligación.

A entender de Borda<sup>(83)</sup>, el supuesto del deudor obligado con otros, es el del deudor de una obligación solidaria o indivisible, pues sólo en ellas el codeudor que paga está beneficiado con la subrogación, quedando excluidas las obligaciones simplemente mancomunadas, las cuales se reputan divididas en tantas partes como deudores haya; y, por tal motivo, el codeudor que pagase íntegramente la deuda simplemente mancomunada no será subrogado en los derechos del acreedor contra los otros deudores.

Para Cazeaux y Trigo Represas<sup>(84)</sup>, ante todo se otorga la subrogación a quien estaba obligado con otros, o sea al coobligado que paga la totalidad del **debitum** y se subroga contra sus codeudores, por todo lo que en dicho pago excede de la cuota-parte a su cargo. Quedan comprendidos en estos términos los siguientes casos: 1) codeudores de una obligación indivisible o solidaria, que en sus relaciones con el acreedor están obligados al pago íntegro de la obligación; 2) los cofiadores solidarios de una misma obligación en idénticos supuestos, o sea en el caso de un cofiador que cumple la totalidad o más de la parte que le correspondía; 3) el mandatario que por los términos del mandato acepta pagar con dinero propio deudas del mandante, cuya administración desempeña.

(83) BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo I, Páginas 586 y 587.

(84) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Tomo II, Páginas 57 a 59.

Consideran Cazeaux y Trigo Represas que, por el contrario, no están comprendidos en los términos de este precepto los diversos codeudores de una obligación simplemente mancomunada de objeto divisible, en virtud del artículo 693, segunda parte, del Código Civil Argentino, el mismo que dispone que "El deudor que pagase íntegra la deuda no será subrogado en los derechos del acreedor contra los otros deudores". Esta norma, inspirada en el artículo 1251, inciso 3, del Código Civil Francés y su doctrina, ha dado lugar a las más dispares interpretaciones. En tal sentido -agregan-, la mayoría de los autores, algunos de ellos no sin dejar de criticar el precepto, se inclinan por su aplicación lisa y llana, que conduce al rechazo de la subrogación legal en el supuesto indicado de pago íntegro por uno de los codeudores de una obligación simplemente mancomunada de objeto divisible. Recuerdan Cazeaux y Trigo Represas que otra tendencia, ya insinuada en Colmo, es defendida sin ambages por Galli, quien afirma que la negación del artículo 693 del Código Civil Argentino, al codeudor simplemente mancomunado que paga, no puede ser tenida en cuenta atenta la gran latitud de los efectos subrogatorios del pago efectuado por quien no es deudor (artículo 768, inciso 3); aparte de que la preferencia de esta última disposición, mantendría la coherencia con la aplicación concreta contraria al artículo 693, que hace el artículo 2038 del mismo Código. Por último, se ha sostenido otra postura que se funda en un distingo sobre si el pago total hecho por el codeudor de la obligación simplemente mancomunada de objeto divisible se hizo a sabiendas o por error; en el primer caso -se sostiene- desde que quien pagó es, en cuanto al excedente de su cuota-parte, un tercero no interesado, debe quedar subrogado conforme al artículo 768, inciso 3, del Código Civil Argentino; mientras que si pagó por error creyéndose obligado por el todo, desde que tiene acción de repetición por pago indebido (artículo 790, inciso 6), no queda subrogado.

Al respecto, precisa aclararse que el supuesto del inciso 1

del artículo 1260 del Código Civil Peruano difiere de los términos del artículo 693, segunda parte, del Código Civil Argentino, y que él, por la claridad de sus conceptos, no ha generado controversia alguna sobre sus alcances.

**(2) *La subrogación opera de pleno derecho en favor de quien por tener legítimo interés cumple la obligación.***

El supuesto clásico previsto por la norma es el de la deuda cuyo pago está garantizado, y quien ha otorgado la garantía, ante el incumplimiento del deudor a quien garantiza, se ve obligado a satisfacer la prestación. En este caso, el fiador o garante real se subroga en el lugar del acreedor, a fin de cobrar al(a los) ex-deudor(es) garantizado(s), que se convertiría(n) en su(s) deudor(es) "a secas".

En este punto conviene recordar lo dispuesto por el artículo 1889 del Código Civil, según el cual el fiador que paga la deuda queda subrogado en los derechos del acreedor contra el deudor, en tanto que si ha transigido con el acreedor, no puede pedir al deudor más de lo que realmente ha pagado; así como lo previsto por el artículo 1891, cuando dispone que si son varios los deudores obligados solidariamente, el fiador que ha garantizado por todos puede subrogarse contra cualquiera de ellos por el íntegro de lo pagado.

Las dos normas citadas en el párrafo precedente, que corresponden al contrato de fianza, resultan pertinentes para afirmar que el inciso 2 del artículo 1260 se refiere al supuesto de la fianza. Pero la norma también alcanza al garante que ha gravado con garantía pignoratícia, hipotecaria o anticrética un bien, en respaldo del cumplimiento de una obligación del deudor, así como, en general, a cualquiera que tenga un legítimo interés económico o moral en tal cumplimiento.

Giorgi<sup>(85)</sup>, sobre el particular, expresa que el pago debe ser hecho por quien tenía interés en pagar porque estaba obligado por otros al pago de la deuda; al respecto, la ley no puede ser más clara: es preciso encontrarse expuesto al pago coactivo y no bastaría cualquier otro interés para legitimar la subrogación. Obligado por otros, es decir, tenido subsidiariamente a la deuda, como es el caso del fiador, está, en efecto, expuesto a las acciones de crédito y se encuentra en la condición requerida por la ley para gozar de la subrogación, aun cuando pague espontáneamente para prevenir las acciones judiciales o la ejecución. El fiador no está obligado a soportar definitivamente ninguna cuota de la deuda, y tiene el recurso por la totalidad; pero goza de la subrogación en los derechos del acreedor para ejercitar este regreso suyo, cualquiera que sea su medida.

Según Giorgi, en la serie de los obligados por otros, vienen el fiador, los cofiadores, el fiador del fiador, el **mandator pecuniae credendae**; y la subrogación tiene lugar también cuando la fianza haya sido prestada sin saberlo o contra la voluntad del deudor, siempre que el pago haya resultado útil al mismo. A todos estos conviene luego repetir -en vía de regreso- la totalidad, y conviene de manera que cuando no pudiera tener lugar la subrogación, no estarían tampoco obligados a hacer el pago. A decir de Giorgi, a la disposición general del artículo 1253 del Código Civil Italiano de 1865 se deben añadir, para su complemento, las especiales en materia de fianza. Por otra parte, señala que no estaría comprendido entre los coobligados, en el sentido del citado artículo, quien se hubiese obligado con respecto al deudor a pagar por él, sin que el acreedor hubiera aceptado tal adjudicación o delegación, porque no se encontraría obligado con relación a éste, ni podría ser constreñido a pagar.

---

(85) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen VII, Páginas 260 a 262.

Pero Giorgi se pregunta si el mandatario o el administrador que paga con su dinero las deudas del mandante o administrado, puede considerarse obligado por otros, y, por lo tanto, subrogado legalmente. Estima el maestro italiano que todo depende de ver si el mandatario podía o no ser forzado por el acreedor a pagar con su dinero las deudas del mandante o del administrado. Sobre este asunto, mientras puede admitirse que un mandatario general o administrador está obligado a pagar todas las deudas vencidas y exigibles del administrado, él cree que debe hacerlo con dinero de la administración, no con el suyo. Para que deba pagar con su propio dinero, es preciso que el administrador haya asumido la obligación explícita con respecto al mandante, ya que sólo en este caso queda expuesto a las acciones del acreedor, que obra **ex iuribus** del mandante, su deudor, o fundándose en el artículo 1128 del Código Civil Italiano de 1865.

**(3) La subrogación opera de pleno derecho en favor del acreedor que paga la deuda del deudor común a otro acreedor que le es preferente.**

Este es el caso del deudor que tiene varios acreedores -todos de obligaciones distintas-, alguno de los cuales tiene preferencia para el cobro de la deuda respecto de otro u otros.

Como anota el Doctor Angel Gustavo Cornejo<sup>(86)</sup>: "Se comprende que el acreedor que paga la deuda del deudor común, lo hace en el interés de eliminar a otro acreedor que tiene crédito preferente al suyo, por dos razones: a) Porque disminuyendo el número de acreedores que concurren sobre los bienes del deudor, disminuyen los gastos de liquidación y distribución, y, por consiguiente, podrá al-

---

(86) CORNEJO, Angel Gustavo. Op. cit., Tomo II, Derecho de Obligaciones, Volumen I, Páginas 360 y siguientes.

canzar una porción mayor en el pago de su crédito; b) Porque, tal vez el acreedor preferente, por impaciencia o por cualquier otra circunstancia, preferiría provocar la venta de los bienes en una mala época, con perjuicio de todos los acreedores. Estos, en cambio, podrán conceder las esperas que crean convenientes para la mejor satisfacción de sus derechos." Y agrega que "La ley debe autorizar estos arreglos que responden a intereses legítimos y no perjudican a nadie, y antes bien, favorecen a todos, incluso al acreedor preferente. Pero como esta operación no convendría al acreedor menos preferido, sino a condición de adquirir para su nuevo crédito las mismas ventajas y garantías que tenía el acreedor con preferencia, es preciso acordarle el beneficio de la subrogación."

Precisa mencionarse que el precepto comentado remonta sus antecedentes al Derecho Romano. En él sólo operaba entre acreedores hipotecarios: por ejemplo, cuando el de inferior rango pagaba al de superior rango. Hoy en día funciona si, por ejemplo, un acreedor quirografario pagase a un acreedor pignoraticio o hipotecario.

El objetivo principal del precepto es tratar de concentrar el número de acreedores, lo que podría facilitar las negociaciones con el deudor, aclarando, desde luego, que la preferencia no alcanza a la obligación original del acreedor que pagó.

Guillermo A. Borda<sup>(87)</sup> expresa que puede ocurrir que un acreedor tenga interés en desplazar a otro que le es preferente, ya sea porque tiene una hipoteca de grado anterior o porque posee un mejor privilegio. La ley lo protege autorizándolo a pagar y subrogarse en su situación. No es necesario que el que paga pruebe la existencia de un interés, ya que la ley lo presume.

Recuerda el maestro argentino que la jurisprudencia y una parte importante de la doctrina francesa niegan este derecho al acreedor que paga a otro que tiene en su favor un derecho de retención, porque, se afirma, este derecho no engendra un privilegio, interpretación nacida de un texto no incluido en el Código Civil Argentino y que habla de preferencia nacida de privilegios e hipotecas. Considera Borda que si esta interpretación ha parecido excesivamente rigurosa a prestigiosos tratadistas franceses, cuánto más inexplicable sería que se aplicara al Código Argentino, que no tiene la referencia precisa a que la preferencia debe nacer de privilegios e hipotecas, pues quien tiene a su favor un derecho de retención, obviamente está colocado en una situación mejor que quien no lo tiene<sup>(88)</sup>.

- 
- (88) Como resulta habitual en Demolombe (DEMOLOMBE, C. Op. cit., Tomo XXVII, Páginas 392 y siguientes.), este famoso exégeta del Código Napoléon efectúa un análisis práctico sobre el tema, el mismo que transcribimos a continuación:  
"De aquél que siendo él mismo el acreedor, paga a otro acreedor que le prefiere en razón de sus privilegios o hipotecas.  
(...) Primero, segundo y tercero son tres acreedores hipotecarios inscritos en el mismo inmueble:  
Primero, en el primer lugar con 15,000 francos.  
Segundo, en el segundo lugar con 5,000 francos.  
Tercero, en el tercer lugar con 10,000 francos.  
Tercero pagó a Primero los 15,000 que se le deben.  
Aquí tenemos al subrogado en su derecho hipotecario y en todos sus demás derechos.  
¿Pero cómo entonces? ¿Y por qué?  
¿Cuál puede ser su interés para subrogarlo?  
¿Acaso es extender el beneficio de la subrogación en su crédito personal que está en el tercer lugar, y hacerlo subir al primer lugar para pagar por prioridad y al mismo tiempo los dos créditos ahora juntos en su mano, el de Primero y el suyo?  
¡No, aparentemente!  
¡Tal pretensión sería inadmisibles por supuesto! (...)  
La subrogación que nunca debe perjudicar a los terceros, perjudicaría entonces de la manera más inicua a Segundo, puesto que de su posición descendería al tercer lugar por el acto de Tercero, y

---

(87) BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo I, Páginas 585 y 586.

Por nuestra parte, una cuestión de simple lógica nos enseña que no existe razón alguna para limitar el supuesto de subrogación legal al caso en que un acreedor pague la deuda del deudor común a otro acreedor que le es preferente, toda vez que si el acreedor paga en ejercicio de un legítimo interés quedaría subrogado de acuerdo con el inciso 2 del precepto bajo comentario.

---

que en lugar de ser primado con un solo crédito de 15,000 francos, desde entonces estaría primado por dos créditos, haciendo un monto de 25,000 francos.

¡Esto es imposible entonces! Y ciertamente Tercero permanece en el tercer lugar por su crédito personal de 10,000 francos.

El jurisconsulto Paulo observaba en una hipótesis similar a la nuestra:

“... **Plane cum tertius creditor primum de sua pecunia dimisit, in locum ejus substituitur in ea quantitate, quam superiori exsolvit...**” (...).

¿Entonces por qué le pagó Tercero a Primero?

¿Y por qué lo subrogó?

¿Es el objetivo de esta subrogación hacerlo recuperar con más seguridad el adelanto de los 15,000 francos que hizo?

Pero si éste es el objetivo de la subrogación, hay algo más simple por hacer por parte de Tercero: ¡ahorrar su dinero!

La verdad es que el motivo de esta subrogación legal no aparece en sí a primera vista.

En primer lugar, la explicación de esto es histórica.

En efecto, procede del Derecho Romano; y la disposición del artículo 1251 (del Código Napoleón) tiene su origen en la Constitución 3 de Justiniano, en el Código (**De his, qui in priorum creditorum locum succedunt**).

En Derecho Romano, el primer acreedor hipotecario tenía el simple derecho de proceder a la venta de la cosa hipotecada; de aquí se deduce que los intérpretes llamaron no sólo al primero **prior**, sino al más poderoso, **potentior**.

¿Pero qué resultaba de esto?

El primer acreedor podía, según su voluntad, ya sea hacer fracasar y paralizar con su inactividad a los demás acreedores; o -por el contrario- perjudicarlos con su actitud intempestiva, procediendo a la venta de la cosa hipotecada en circunstancias desfavorables.

Es con el fin de proteger de este abuso a los acreedores posterior-

La norma tiene sus antecedentes inmediatos en el Código Civil Peruano de 1936 y en la mayoría de Códigos Civiles de nuestra tradición jurídica. El Código de 1984 respetó esta tradición. Sin embargo, hoy objetamos el requisito establecido por el inciso bajo análisis, al exigir -para que opere la subrogación- que el acreedor al que se paga sea preferente al que hace el pago. Consideramos que si bien éste podría ser un caso común, no tendría por qué ser el único, y que debería contemplarse que opere la subrogación de pleno derecho en cualquier caso -aun cuando el acreedor al que se paga no sea preferente al que efectúa el pago-.

---

res, que las Constituciones Imperiales decidieron que el acreedor posterior que pagase al acreedor anterior le sucedería su lugar y posición, **in locum ejus**; y que en caso de rechazo del acreedor anterior a recibir, el acreedor posterior tendría el derecho de ofrecerle su pago; de manera que las ofertas hechas regularmente tendrían lugar de pago con subrogación.

De aquí que este derecho, célebre en la jurisprudencia bajo el nombre de **jus offerendae**, o más brevemente, de **jus offerendi**, que hemos continuado en llamar el derecho de ofrecer y que desde hace tiempo constituía una suerte de subrogación legal (...).

Esta explicación desde su origen demostró suficientemente el objetivo que los romanos se propusieron, al establecer este precepto, que era permitir al acreedor posterior fortalecer su propio crédito, **jus suum confirmare**, adquiriendo el derecho exclusivo de realizar la pignoración común, en el lugar y ubicación del acreedor anterior desinteresado por él, **dimissus** (...).

(...) Nuestra antigua jurisprudencia no había mantenido este derecho exorbitante del acreedor anterior, quien ponía a su discreción a los acreedores posteriores.

¡Muy por el contrario! Esta autorizaba a cada uno de los acreedores, tanto al último como al primero, a demandar judicialmente la venta del inmueble.

De lo que algunos autores concluían en que el **jus offerendae pecuniae** no tenía lugar en Francia, puesto que el motivo que lo había hecho introducir en los Romanos no existía entre nosotros; y enseñaban que el acreedor posterior que pagaba al acreedor anterior, no podía estar subrogado en sus derechos más que en virtud de una subrogación convencional (...).

- **Otros supuestos de subrogación legal.**

Antes de concluir el análisis del artículo 1260 del Código Civil Peruano, relativo a la subrogación legal, conviene precisar que en la legislación y doctrina extranjeras se incluyen otros supuestos de este tipo de subrogación.

El primero es aquel en favor del que adquirió un inmueble y paga al acreedor garantizado con hipoteca sobre el mismo inmueble.

---

No obstante, la gran mayoría se inclinaba por la doctrina contraria, que -en efecto- había prevalecido; y era en nuestra antigua jurisprudencia un principio cierto por el que la subrogación tenía lugar de pleno derecho, para beneficio del acreedor, quien pagaba a otro acreedor para asegurar su hipoteca (...).

He aquí como la mujer que empleaba su dinero para pagar a los antiguos acreedores de su esposo, se subrogó de pleno derecho en los privilegios e hipotecas de ellos (...).

(...) Los autores de nuestro Código también acogieron este principio; y perfeccionando el **jus offerendae pecuniae** hicieron de éste el primer caso de subrogación legal.

Es cierto que la explicación histórica que hemos dado no podría justificarse hoy; el antiguo **jus offerendae pecuniae**, que era la consecuencia y el correctivo del derecho exclusivo que pertenecía al primer acreedor, desde hace mucho tiempo perdió su razón de ser con la abolición de este derecho.

Pero otros motivos, también muy serios y muy legítimos, debían hacerlo sobrevivir a su razón original.

En efecto, puede importar mucho al acreedor posterior el pagar al acreedor anterior:

Ya sea con el fin de impedir la venta de la prenda común que este acreedor, seguro de serlo, quería perseguir en circunstancias inoportunas, donde los bienes se venderían mal, y no alcanzarían un precio suficiente para pagar a los últimos acreedores; precio que quizá alcanzarían si la venta se hiciese en mejores circunstancias.

O ya sea con el fin de simplificar las demandas y de disminuir las oportunidades de poner en duda y de reducir la gran cantidad de gastos, disminuyendo el número de acreedores (...); o desinteresándose aquellos que se mostraban molestos e impacientes.”

A decir de Guillermo A. Borda<sup>(89)</sup>, esta disposición comprendería dos situaciones:

- (A) La del que adquiere un inmueble hipotecado y, antes de que se haya otorgado la escritura traslativa de dominio, paga la hipoteca para evitar la eventual ejecución del bien. En tal caso, subrogado en los derechos del acreedor hipotecario por quien pagó, ello le brinda una situación preferente con relación a otros acreedores hipotecarios de rango posterior y lo coloca frente al que le prometió la enajenación, no sólo en situación de comprador sino también de acreedor hipotecario.
- (B) La del que adquiere y escritura un inmueble gravado con varias hipotecas y al pagar la primera ocupa el lugar de primer acreedor hipotecario. Considera Borda que era conveniente establecer expresamente esta solución, que contraría el principio de que no se puede tener una hipoteca sobre el propio inmueble y que, sin embargo, es justa.

En relación con el supuesto de subrogación legal comentado, entendemos que él se encontraría comprendido dentro del numeral 1260, inciso 2, del Código Civil Peruano, ya que quien paga una deuda ajena en tales circunstancias, sería, sin lugar a dudas, una persona que estaría actuando con legítimo interés: evitar el remate del bien hipotecado.

Otro de los supuestos de subrogación legal contemplados por la legislación y doctrina extranjeras es el del heredero beneficiario.

Como expresa el mismo Borda<sup>(90)</sup>, la subrogación opera en favor del heredero que goza del beneficio de inventario y paga con sus propios fondos la deuda de la sucesión. Esta es una de las disposiciones del Código Civil Argentino, que marca una sepa-

---

(89) BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo I, Páginas 588 y 589.

(90) BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo I, Página 588.

ración tajante entre el heredero beneficiario y la entidad sucesión. Como él no está obligado a pagar sino con los bienes del sucesorio, si lo hace con los suyos propios queda subrogado en los derechos del acreedor y -a decir de Borda- puede reclamar su repetición de la masa sucesoria. Se debe entender por acreedora a toda persona que tiene un derecho que reclamar contra la sucesión, incluso los legatarios. Considera Borda que se justifica esta disposición, porque ella facilita la actuación del heredero en su tarea de liquidar la sucesión.

Coincidimos plenamente con lo manifestado por el tratadista argentino, agregando que el pago efectuado en aras de facilitar la actuación del heredero en su tarea de liquidar la sucesión, constituye, a todas luces, un supuesto de subrogación legal, por actuar de acuerdo con un legítimo interés, el mismo que es tutelado por el artículo 1260, inciso 2, del Código Civil Peruano de 1984.

– **Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1260.**

**Artículo 1260.**- “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.
2. De quien por tener legítimo interés cumple la obligación.
3. Del acreedor que paga la deuda del deudor común a otro acreedor.”

– **Fundamento.**

Como puede apreciarse, hemos eliminado las últimas cuatro palabras del inciso 3 del artículo 1260.

Lo hacemos por las consideraciones expuestas al analizar el

texto de dicha norma, que se resumen en el hecho de que no es necesariamente el acreedor a quien se paga el que debe estar investido del carácter de preferente, ya que podría presentarse el caso en que se pague a un acreedor que no revista tal condición, circunstancia que puede derivarse de las más diversas consideraciones y de los más variados motivos y que también sería digna de producir subrogación.

– **SUBROGACION CONVENCIONAL. SUPUESTOS.**

**Artículo 1261.-** *“La subrogación convencional tiene lugar:*

1. *Cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y lo sustituye en sus derechos.*
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.”*

– **Fuentes nacionales del artículo 1261.**

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.*

El *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana, de 1836*, trataba la materia en el artículo 844: “Es convencional la subrogación: 1° Cuando el acreedor, habiendo

sido pagado por un tercero, le subroga en sus derechos, acciones y privilegios o hipotecas contra el deudor. Esta subrogación debe ser expresa, y hacerse al mismo tiempo que la paga. 2° Cuando el deudor toma prestada una suma para pagar su deuda, y con el objeto de subrogar al prestamista en los derechos del acreedor. Para que esta subrogación sea válida, es menester que el instrumento del préstamo y el finiquito se hagan ante escribano; que en el instrumento se declare que la suma se ha tomado prestada para el pago; y que en el finiquito se exprese que el pago se ha hecho de dinero dado a este objeto por el nuevo acreedor. Esta subrogación se hace también con concurrencia del acreedor.”; en tanto que el *Código Civil de 1852* lo hacía en su artículo 2234: “No se extingue la obligación del deudor, si un tercero hace el pago, substituyéndose al acreedor en sus derechos.- Esta substitución se verifica ordinariamente por convenio; pero tiene lugar también por el ministerio de la ley, siempre que el tercero es legalmente interesado en hacer el pago.”

Por su parte, el *Proyecto de Código Civil de 1890* abordaba el tema en sus artículos 2923: “La subrogación convencional se realiza independientemente de la voluntad del deudor, cuando el acreedor es pagado por un tercero que no tiene interés en la deuda; aquél subroga a éste en todos sus derechos y acciones contra el deudor. Esta subrogación debe verificarse al mismo tiempo que el pago, declarando expresamente el acreedor que cede sus derechos al que ha pagado, ya use o no de la palabra subrogación.”; 2924: “La subrogación convencional se verifica también por el deudor sin consentimiento del acreedor, si aquél toma prestada una suma para pagar con ella su deuda, y subroga al que prestó en los derechos del acreedor.- Para que esta subrogación sea válida, se requiere que el préstamo se celebre por escritura pública, que se declare en ella que la suma ha sido prestada para pagar la deuda, y que en la carta de pago conste que éste se ha efectuado con dinero recibido del nuevo acreedor.”; y 2925: “La subrogación por disposición de la ley, o **ipso jure**, se verifica: 1° En favor del que, siendo acreedor, paga a otro acreedor que goza de preferencia por razón de privilegio o hipoteca; 2° En favor del que, estando obligado con otros o por otros al pago de la deuda la paga, porque tiene interés en cubrirla; 3° En favor del que, ha-

biendo adquirido un inmueble gravado, tiene obligación de pagar a los acreedores, a quienes el inmueble está hipotecado; 4° En favor del heredero que habiendo aceptado la herencia con beneficio de inventario, ha pagado con su propio dinero deudas de esa herencia; 5° En favor del que paga deuda ajena, consintiendo expresa o tácitamente, el deudor.”

De otro lado, el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, legislaba sobre el particular en sus artículos 241: “La subrogación convencional tiene lugar: 1° Cuando el acreedor recibe el pago de un tercero, y le transmite expresamente sus derechos respecto de la deuda.- 2° Cuando el deudor paga la deuda con otra cantidad que ha tomado prestada y subroga al prestamista en los derechos del primitivo acreedor.- En este caso el deudor podrá hacer la subrogación sin consentimiento del acreedor, siempre que 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.”; y 240: “La subrogación se opera de pleno derecho a favor: 1° Del acreedor que paga la deuda del deudor común a otro acreedor que le es preferente.- 2° Del acreedor que adquirió un inmueble, y paga al acreedor que tuviese hipoteca sobre el mismo inmueble.- 3° Del tercero que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvo los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda.- 4° Del tercero, no interesado en la obligación, que pague con aprobación expresa o tácita del deudor.”

El *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, preveía el tema en sus numerales 230: “La subrogación convencional tiene lugar: 1° Cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y le transmite expresamente sus derechos respecto de la deuda.- 2° Cuando el deudor paga la deuda con otra cantidad que ha tomado prestada y subroga al prestamista en los derechos del primitivo acreedor.- En este caso el deudor podrá hacer la subrogación sin el consentimiento del acreedor, siempre que 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 canti-

dad pagada.”; y 229: “La subrogación se opera de pleno derecho a favor: 1° Del acreedor que paga la deuda del deudor común a otro acreedor que le es preferente; 2° Del acreedor que adquirió un inmueble y que paga al acreedor que tuviese hipoteca sobre el mismo inmueble; 3° Del tercero que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvo los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda; 4° Del tercero no interesado en la obligación que pague con aprobación expresa o tácita del deudor.”

El *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, trataba el punto en sus artículos 1260: “La subrogación convencional tiene lugar: 1° Cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y lo sustituye expresamente en sus derechos; 2° Cuando el deudor paga con otra cantidad que ha tomado prestada y subroga al prestamista en los derechos del primitivo acreedor. El deudor podrá hacer la subrogación sin el consentimiento del acreedor, siempre que haya tomado prestado el dinero por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella y expresando al tiempo de efectuar el pago la procedencia de la cantidad pagada.”; y 1259: “La subrogación se opera de pleno derecho a favor: 1° Del acreedor que paga la deuda del deudor común a otro acreedor que le es preferente; 2° Del que por tener legítimo interés cumple la obligación; 3° Del tercero no interesado en la obligación que pague con aprobación expresa o tácita del deudor.”; en tanto que el *Código Civil de 1936*, lo hacía en los numerales 1270: “La subrogación convencional tiene lugar: 1. Cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y lo sustituye expresamente en sus derechos; 2. Cuando el deudor paga con otra cantidad que ha tomado prestada y subroga al prestamista en los derechos del primitivo acreedor. El deudor podrá hacer la subrogación sin el consentimiento del acreedor, siempre que haya tomado prestado el dinero por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella y expresando al tiempo de efectuar el pago la procedencia de la cantidad pagada.”; y 1269: “La subrogación se opera de pleno derecho a favor: (...) 3. Del tercero no interesado en la obligación que pague con aprobación expresa o tácita del deudor.”

Por otra parte, ya dentro del proceso de reforma al Código

Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, regulaba la materia en su artículo 121: “La subrogación convencional tiene lugar: 1. Cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y lo sustituye expresamente en sus derechos; 2. Cuando el deudor paga con otra cantidad que ha tomado prestada y subroga al prestamista en los derechos del primitivo acreedor. El deudor podrá hacer la subrogación sin el consentimiento del acreedor, siempre que haya tomado prestado el dinero por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella y expresando al tiempo de efectuar el pago la procedencia de la cantidad pagada.”; en tanto que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hacía en el artículo 118: “La subrogación convencional tiene lugar: 1. Cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y lo sustituye en sus derechos.- 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.”

El *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, se pronunciaba sobre el particular en el numeral 1281: “La subrogación convencional tiene lugar: 1. Cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y lo sustituye en sus derechos.- 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.”; mientras que el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, lo hacía en el artículo 1228: “La subrogación convencional tiene lugar: 1. Cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y lo sustituye en sus derechos.- 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."

– **Fuentes y concordancias extranjeras.**

Coinciden con el artículo 1261 del Código Civil Peruano de 1984, entre otros, los Códigos Civiles Portorriqueño de 1930 (artículo 1112 -similar a la primera parte del artículo 1261 Peruano-), Uruguayo (artículos 1470 y 1471), Ecuatoriano (artículo 1654), Venezolano de 1942 (artículo 1299), Venezolano de 1880 (artículo 1199), Chileno (artículo 1611), Boliviano de 1976 (artículos 325 y 324), Anteproyecto de Código Civil Boliviano de Angel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 892), Paraguayo de 1987 (artículo 595, literal a) -similar al inciso 1 del artículo 1261 Peruano-), Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 826 -similar al inciso 1 del artículo 1261 Peruano-), Brasileño (artículo 986, inciso I -similar al inciso 1 del artículo 1261 Peruano-), Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 345, inciso I -similar al inciso 1 del artículo 1261 Peruano-), Paraguayo (artículo 594, literal c) -similar al inciso 2 del artículo 1261 Peruano-), Guatemalteco de 1973 (artículo 1455, inciso 3 -similar al inciso 2 del artículo 1261 Peruano-), Mexicano (artículo 2059 -similar al inciso 3 del artículo 1261 Peruano-), Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 826, segundo y tercer párrafos -similares al inciso 2 del artículo 1261 Peruano-), Paraguayo de 1987 (artículo 595, literal b) -similar al inciso 3 del artículo 1261 Peruano-), Guatemalteco de 1973 (artículo 1456 -similar al inciso 3 del artículo 1261 Peruano-), Español (artículo 1211 -similar al inciso 3 del artículo 1261 Peruano-), Brasileño (artículo 986, inciso II -similar al inciso 3 del artículo 1261 Peruano-), Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 184) y Argentino (artículos 770, 767 -señala que 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- y 769 -la subrogación convencional tiene lugar cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y le transmite expresamente todos sus derechos respecto de la deuda. En tal caso, la subrogación será regida por las disposiciones de la cesión de derechos-).

Por su parte, el Código Civil Francés (artículo 1250) establece que la subrogación es convencional: 1° cuando el acreedor, al recibir su pago de una tercera persona, la subroga en sus derechos, acciones, privilegios o hipotecas contra el deudor: esta subrogación debe ser expresa y hecha al mismo tiempo que el pago; y 2° cuando el deudor toma en préstamo una suma con el efecto de pagar su deuda y de subrogar al prestador en los derechos del acreedor. Hace falta para que sea válida esa subrogación, que el documento del préstamo o el recibo se hayan otorgado ante notario, que en el documento de préstamo se haya declarado que la suma ha sido prestada para el pago, y que en el recibo se haya declarado que el pago se ha hecho con el dinero proporcionado para ese efecto por el nuevo acreedor. Esta subrogación se realiza sin el concurso de la voluntad del acreedor.

De otro lado, el Código Civil Italiano de 1942 (artículos 1201 y 1202) prescribe que el acreedor, al recibir el pago de un tercero, puede subrogarlo en los propios derechos. La subrogación debe hacerse de modo expreso y al mismo tiempo que el pago; y el deudor que toma en préstamo una suma de dinero u otra cosa fungible a fin de pagar la deuda, puede subrogar al prestamista en los derechos del acreedor, aun sin el consentimiento de éste. La subrogación tiene efecto cuando concurren las siguientes condiciones: 1° que el préstamo y el recibo resulten de acto que tenga fecha cierta; 2° que en el acto de préstamo se indique expresamente el destino específico de la suma dada en préstamo; y 3° que en el recibo se mencione la declaración del deudor acerca de la procedencia de la suma empleada en el pago. A petición del deudor, el acreedor no puede negarse a incluir en el recibo tal declaración.

El Código Civil Costarricense de 1888 (artículos 788 y 789) dispone que el deudor, cuando toma prestada una suma de dinero para pagar, puede subrogar al prestamista en los derechos y acciones del acreedor, sin que sea necesario el concurso de la voluntad de éste último; y que para la validez de la subrogación consentida por el deudor, es necesario que el préstamo haya sido hecho con el único fin de pagar la deuda cierta y determinada, debiendo hacerse constar así cuando se verifique y que al efectuarse el pago se declare el origen del dinero. La existencia de estas dos condiciones debe comprobarse por medio de escritura pública, sin que sea necesario, por otra parte, que el préstamo y el pago sean simultáneos.

El Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 582) establece que se efectúa la subrogación en virtud de una convención del acreedor, cuando esté recibiendo de un tercero el pago de la deuda y le subroga voluntariamente en todos los derechos y acciones que le corresponden como tal acreedor. La subrogación, en este caso, está sujeta a la regla de la cesión de derechos y debe hacerse en la carta de pago.

El Código Civil Boliviano de 1831 (artículo 841) prevé que opera la subrogación convencional: 1° cuando el acreedor habiendo sido pagado por un tercero, lo subroga en sus derechos, acciones y privilegios o hipotecas contra el deudor. Esta subrogación debe ser expresa y hacerse al mismo tiempo que el pago; 2° cuando el deudor toma prestada una suma para pagar su deuda, y con el objeto de subrogar al prestamista en los derechos del acreedor. Para que esta subrogación sea válida, el instrumento y el finiquito deben hacerse ante el escribano; en el instrumento debe decirse que la suma se ha tomado prestada para el pago; y en el finiquito se debe expresar que el pago se ha hecho de dinero dado a este objeto por el nuevo acreedor.

Por último, el Código Civil de la Provincia de Québec (artículo 1155) señala que la subrogación es convencional cuando el acreedor recibe el pago de una tercera persona, subrogándose ésta en todos los derechos contra el deudor. Esta subrogación debe ser expresa y realizada al mismo tiempo del pago.

#### – *Análisis.*

El artículo 1261 del Código Civil Peruano de 1984 trata los diversos supuestos de subrogación convencional, los mismos que se indican a continuación:

- (1) ***La subrogación convencional tiene lugar cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y lo sustituye en sus derechos.***

Cualquier persona puede pagar la deuda de un tercero, aun contra la voluntad del deudor o del acreedor (argumento del artículo 1222, primer párrafo, del Código Civil Peruano de 1984). En este supuesto, se considera que ha habido subrogación convencional únicamente si el acreedor que recibe el pago lo sustituye en sus derechos.

Sin embargo, el caso previsto no procedería en las obligaciones *intuitu personae* o si se hubiera establecido un pacto que impidiese el pago por un tercero.

El tercero que paga, por supuesto, al ocupar el lugar del ex-acreedor, podrá exigir el cumplimiento de la obligación en las mismas condiciones, con la única limitación de sustituirse por lo que hubiera pagado (argumento del artículo 1262 del Código Civil).

Debemos precisar, además, que el inciso 1 del artículo 1261, bajo comentario, no obstante no mencionarlo, trata acerca del pago por un tercero no interesado, pues si se tratase de un tercero interesado en el cumplimiento de la obligación, entonces el supuesto encuadraría dentro de lo previsto por el artículo 1260, inciso 2, del Código Civil, o sea en una de las hipótesis de subrogación legal o de pleno derecho.

En opinión de Ospina<sup>(1)</sup>, la ley parte del supuesto de que el pago sea hecho por un tercero, es decir, por quien no esté vinculado directa o indirectamente a dicho pago. Esto es claro; si el pago se efectúa por el deudor único, la obligación se extingue; y si se efectúa por un codeudor solidario, o un fiador, o el dueño de la cosa hipotecada, la subrogación convencional sobra, porque la legal opera **ipso jure**; ocurre lo propio cuando el tercero paga con el asentimiento del deudor, ya que entonces también hay lugar a la subrogación legal.

Dicho con otras palabras -según Ospina-, la subrogación convencional, aunque pueda celebrarse superflamente en los casos en que opera la subrogación legal, apenas adquiere entidad propia cuando, sin ella, el tercero que paga quedaría privado de los beneficios reportados por la adquisición del crédito con sus accesorios. Tal es el caso del codeudor de una obligación conjunta, a quien el acreedor sólo le puede exigir su parte o cuota en la deuda, pero que se allana a pagar las cuotas de los otros codeudores, si el acreedor, a su vez, se presta a subrogarlo en su derecho a ellas.

Por nuestra parte coincidimos con lo expresado por el profesor colombiano, ya que en tanto la ley contemple un supuesto de subrogación legal o de pleno derecho, será innecesario que se recurra a la figura de la subrogación convencional, pues ella carecería de sentido si el caso se encuentra incurso dentro de las previsiones de alguno de los tres incisos del artículo 1160.

Así, cuando la ley prevé una hipótesis de subrogación legal y ésta se presenta, no podrá considerarse tal supuesto como uno de subrogación convencional. En este caso, la voluntad de las partes no sería relevante, pues a ellas preexiste la norma legal.

---

(1) OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Op. cit., Página 394 y siguientes.

Agrega Ospina<sup>(2)</sup>, refiriéndose al régimen que el Código Civil de su país otorga a la subrogación convencional, que esta clase de acto se caracteriza por ser la resultante de un acuerdo entre el acreedor y el **solvens**, en virtud del cual, al recibir aquél el importe total o parcial de su crédito, conviene en subrogar al **solvens** en su puesto de acreedor, con todos los derechos y demás accesorios de que goce el crédito.

Por su parte, Guillermo A. Borda<sup>(3)</sup> considera que la subrogación convencional en la modalidad de subrogación por acto del acreedor, ocurre cuando, al recibir el pago, aquél le transmite a quien paga todos sus derechos y acciones respecto de la deuda. Según el citado profesor, esta forma de subrogación tiene especial importancia cuando el deudor se ha opuesto al pago que pretende el tercero, pues mediante tal oposición no tiene lugar la subrogación legal, es decir, de pleno derecho, pero, en cambio, no impide que el acreedor primitivo le ceda o transmita sus derechos a quien paga.

En opinión nuestra, y de acuerdo con la ley peruana, no resulta relevante para calificar a una subrogación como legal o convencional, la negativa del deudor al pago por un tercero, en la medida en que dicho pago es válido, aun cuando el tercero no tenga interés en el cumplimiento de la obligación.

Entendemos que el supuesto del inciso 1 que estamos analizando, lleva implícito el desconocimiento o la negativa del deudor al pago por un tercero, pues si el deudor estuviese de acuerdo con el pago, la hipótesis sería susceptible de estar encuadrada dentro de lo previsto por el inciso 2 del artículo 1261, norma que prevé la subrogación convencional con aprobación expresa o tácita del deudor.

Hemos dicho, además, que el pago por un tercero está des-

---

(2) OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Op. cit., Páginas 393 y siguientes.

(3) BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo I, Página 590.

contado en las obligaciones **intuitu personae**. A lo que agregamos que el otro supuesto en que puede impedirse el pago por un tercero se presenta cuando el acreedor y el deudor hayan convenido en ello, pero este pacto sólo podrá oponerse en la medida en que dicho tercero sea uno que no tenga legítimo interés en el cumplimiento de la obligación. En caso contrario tendrá derecho a pagar, y si no se le acepta el pago podrá recurrir a la vía consignatoria.

El tema de la subrogación convencional con asentimiento del acreedor es tratado minuciosamente por Demolombe<sup>(4)</sup>. Este autor analiza, dentro del régimen del Código Napoléon, lo siguiente: quién la puede consentir; a beneficio de quién; bajo qué condiciones; en qué forma; y cuál es su efecto.

En relación con quién puede consentirla, considera Demolombe que si el acreedor es capaz de recibir el pago, lo es también para consentir la subrogación a beneficio del tercero que le paga. Lo mismo ocurre con el mandatario legal o convencional, puesto que el mandato generalmente es y comprende a su vez los actos de administración. Y entonces ciertamente también el tutor, el marido, el enviado en posesión provisoria, el administrador de los bienes del menor de edad o de la mujer o del ausente, pueden consentir la subrogación.

Al respecto, expresa Ospina<sup>(5)</sup> que, sobre el requisito en examen, algunos han dudado acerca de si el mandatario o encargado para recibir el pago podría o no subrogar al **solvens**. En su opinión, la respuesta es afirmativa, pues el mandatario está autorizado para aprovechar las circunstancias que le permitan realizar su encargo con mayor beneficio para el mandante. Así encuadra naturalmente dentro de esta facultad que el mandatario subrogue al tercero que quiera pagar por el deudor, pero con dicha condición. El pago y la

(4) DEMOLOMBE, C. Op. cit., Tomo XXVII, Páginas 297 y siguientes.

(5) OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Op. cit., Página 394.

subrogación que lo facilita benefician al mandante y en nada le perjudican. Tal es la solución que debe darse -según Ospina- no sólo en el caso del mandato, sino en todos aquellos en que una persona esté legalmente facultada para recibir el pago, como los padres de familia, el tutor o curador.

En cuanto a la forma, Demolombe anota que el numeral 1 del artículo 1250 del Código Napoléon no exige una formalidad determinada a la subrogación; sin embargo, ésta debería efectuarse de manera expresa y al mismo tiempo que el pago.

En relación con el tiempo y forma de la subrogación, enseña Ospina<sup>(6)</sup> que la subrogación convencional debe hacerse en la carta de pago, lo que de por sí implica que dicha subrogación debe ser expresa, o sea que no se presume; y que es solemne, porque debe constar por escrito en la misma carta o recibo del pago, y que debe perfeccionarse en el momento del pago, cuando se expide dicha carta. De no ser esto último así -agrega el profesor colombiano-, el pago extinguiría el crédito y todos sus accesorios, los que ya no podrían ser revividos por un acto posterior entre el acreedor y el **solvens**. Así se evitaría el fraude que podría cometerse en detrimento de otros acreedores de grado inferior al que ha sido satisfecho, si éste se prestase a una subrogación tardía.

Borda<sup>(7)</sup> considera que la subrogación debe ser expresa, sin que ello signifique exigencias sacramentales, pues se quiere una voluntad clara del acreedor para ceder sus acciones y derechos al pagador. Y añade que la subrogación por el acreedor debe hacerse antes o en el momento de efectuarse el pago, pues una cesión ulterior sería extemporánea, porque lo que se ha extinguido con el pago (acciones, privile-

(6) OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Op. cit., Página 396.

(7) BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo I, Página 591.

gios y garantías) no puede hacerse revivir por un acto posterior.

Dentro del régimen del Código Civil Peruano, la subrogación convencional no requiere de formalidad alguna. 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.

Por lo demás, reiteramos que la subrogación convencional de que trata el inciso 1 del artículo 1261 del Código Civil sólo exige el acuerdo entre el acreedor y el tercero, con la finalidad de que se verifique el pago de lo debido por el deudor. En este caso resultará indiferente la voluntad del deudor, quien podría no estar enterado o, incluso, oponerse al mismo.

Por último, en lo referente a los efectos de la subrogación convencional, señala Demolombe que éstos son los mismos, cualquiera que sea la causa de donde provenga la subrogación, sea de la convención o de la ley.

Al respecto, Cazeaux y Trigo Represas<sup>(8)</sup> expresan que el efecto de la subrogación convencional puede ser limitado a ciertos derechos y acciones por el acreedor o por el deudor que la consiente, pues se trata de una mera aplicación del principio general de la autonomía de la voluntad, atento el carácter convencional de la subrogación de que se trata y la inexistencia de motivos de orden público que pudieran restringir dicho principio.

A entender de Ospina<sup>(9)</sup>, para que opere la subrogación con-

(8) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 65.

(9) OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Op. cit., Páginas 393 y siguientes.

vencional, el primero de los requisitos es el consentimiento del acreedor. Explica cuán visto está que para la validez del pago en general no se requiere el consentimiento del acreedor, porque la ley encuentra injustificada la renuencia de éste a recibir la satisfacción de su derecho. El mismo principio preside la subrogación legal por el pago, pues éste puede hacerse a pesar del acreedor, y el efecto subrogatorio de dicho pago se produce **de jure**, o sea que el crédito y sus accesorios pasan al **solvens**, sin contar para ello con la voluntad del acreedor. Pero agrega que en la subrogación convencional, como su sola denominación lo indica, el acreedor sí debe convenir tanto en el pago como en la subrogación de sus derechos en favor del **solvens**. Este requisito cobra toda su importancia y revela el interés de la subrogación convencional en los casos en que no tiene cabida la subrogación legal. Si esta última operase siempre que el pago fuese hecho por un tercero, la subrogación convencional sería superflua.

Agrega Ospina que el consentimiento del acreedor es, pues, elemento esencial de la subrogación convencional. No así el consentimiento del deudor, que no se requiere para la validez del pago que cualquier tercero haga por él, ni para la subrogación legal, salvo el caso en que dicho deudor efectúe el pago con dineros prestados por un tercero, quien se subroga en el crédito y sus accesorios. Pero la intervención del deudor en este caso, y el convenio que celebra con su prestamista, no explican el efecto subrogatorio frente al acreedor, quien es ajeno a este convenio y hasta puede ser adverso a él. Por este motivo, vale decir, por faltar en esta hipótesis el asentimiento del acreedor, a pesar de lo cual la subrogación se produce por ministerio de la ley, se trata en este caso -según Ospina- de una subrogación legal, como lo entiende el Código Civil Colombiano, y no de una subrogación convencional, según la calificación del Código Francés.

(2) **La subrogación convencional tiene lugar cuando el tercero no interesado en la obligación paga con aprobación expresa o tácita del deudor.**

Cuando el tercero no interesado paga por otro, vale decir, cuando cumple con la prestación a cargo de un deudor, pero mediando el asentimiento de éste, la ley reconoce el derecho del tercero a sustituirse en la titularidad de los derechos del acreedor pagado, por considerar que existe un supuesto de subrogación convencional.

Al respecto, Borda<sup>(10)</sup> manifiesta que también tiene lugar la subrogación en favor del tercero no interesado que hace el pago, consintiéndolo tácita o expresamente el deudor, o ignorándolo, quedando bien claro que no es necesario el asentimiento del deudor para que opere la subrogación. Pero ésta no se producirá si existe oposición del deudor primitivo a que el tercero haga el pago. Luego Borda analiza el supuesto en que el pago se haga en la ignorancia del deudor, preguntándose si es necesario que se pague en nombre de éste y en su beneficio para que opere la subrogación. Señala el citado autor que, aunque la cuestión se ha planteado alguna vez en el Derecho Argentino, predomina hoy con razón el criterio de que no es necesario este requisito, pues la ley no lo impone y no se justifica racionalmente.

Estima Borda que, en definitiva, juega aquí la protección de la situación del que ha pagado por otro. Está bien que se niegue la subrogación cuando existe oposición del deudor, porque nadie está autorizado a inmiscuirse en los negocios de otro en contra de su voluntad. Pero si hay sólo ignorancia del deudor, entonces no se ve qué perjuicio le puede causar a éste que la obligación que antes tenía respecto de Juan, la siga teniendo hoy respecto de Pedro, con iguales garantías y privilegios. Y si él no se perjudica con esta subrogación, en cambio el tercero que ha pagado por él se beneficia sus-

tancialmente, no habiendo, pues, motivos valederos para negar la subrogación en esta hipótesis. Agrega Borda que el tercero que paga ante la oposición del deudor sólo tiene contra éste una acción **in rem verso**.

Nosotros entendemos la hipótesis del inciso 2 del artículo 1261 del Código Civil Peruano, en forma más restringida que la señalada por Borda en referencia al numeral respectivo del Código Civil Argentino.

Consideramos, tal como lo adelantáramos al estudiar el inciso 1 del artículo 1261, que el inciso 2 no trata del supuesto de que el deudor ignore que el tercero está pagando, ya que en este caso se podría configurar una hipótesis distinta de subrogación convencional -la contemplada en el inciso 1 del artículo 1261-. En efecto, si el deudor ignorase que un tercero no interesado en el cumplimiento de la obligación está pagando con el asentimiento -expreso o tácito- del acreedor, este caso encuadraría en lo previsto por el mencionado inciso 1.

El supuesto del inciso 2 es distinto. En él sólo se comprenden los casos en los que la voluntad expresa o tácita del deudor apruebe el pago por un tercero.

Luego Borda se pregunta si para que opere la subrogación es necesario que quien paga sepa que paga la deuda de otro; o, dicho en otras palabras, si el que paga la deuda de otro creyéndose obligado personalmente, se beneficia con la subrogación. Refiere que la cuestión es discutible, pero no ve razón alguna para negarlo. Si la subrogación opera aunque el pago se haga a nombre de quien paga, si es indiferente su intención de beneficiarlo o no, no hay motivos para privar de ella a quien ha pagado la deuda de otro, creyendo que pagaba la suya, creencia que no modifica en nada el fundamento esencial y objetivo de la subrogación, pues se ha pagado la deuda de otro; y basta con ello para ubicar a quien paga en el lugar del acreedor originario.

(10) BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo I, Páginas 587 y 588.

Nosotros discrepamos de las expresiones del maestro argentino, pues consideramos que sí será sustancial el hecho de que el tercero que paga lo haga conociendo o no que está pagando la obligación de otro.

Creemos que si el tercero pagara en el entendido de que lo está haciendo por una obligación propia, y no por una ajena, se estaría configurando un supuesto de pago indebido, pues habría mediado error de hecho o de derecho, caso en el cual sería de plena aplicación lo dispuesto por el artículo 1267 del Código Civil Peruano, norma que establece tan sólo la restitución de lo pagado por error.

Además, resulta obvio que aquí la acción correspondiente no es la subrogatoria (por no estar ante un supuesto de subrogación convencional), sino la de repetición de lo indebidamente pagado, la misma que es regulada por los artículos 1267 y siguientes del Código.

Y será evidente que sólo podrá repetir del acreedor a quien pagó, y no del deudor que no pagó. Esto, por una simple razón lógica, ya que al haber pagado en la creencia de que lo estaba haciendo respecto de una obligación propia y no de una obligación ajena, el deudor no quedará liberado, de lo cual se deduce que el acreedor mantiene expedito su derecho para demandarle el pago, sin perjuicio de restituir al tercero lo indebidamente pagado.

- (3) ***La subrogación convencional tiene lugar 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.***

El supuesto previsto por este inciso plantea un caso algo complejo, pues supone la existencia de los siguientes actos:

- Un contrato de mutuo (préstamo dinerario o de otros bienes consumibles) entre:

(A) MUTUANTE ————— (B) MUTUATARIO

- Relación obligacional entre el mutuuario y un tercero:

(C) ACREEDOR ————— (B) DEUDOR

- (B) paga a (C) con el dinero (o prestación en general, ya que el mutuo puede consistir en cualquier otro bien consumible distinto del dinero -argumento del artículo 1648 del Código Peruano-) recibido en mutuo de (A).
- Dicho pago determina que (A) se subroga en el lugar del acreedor (C), a fin de que pueda cobrar a (B) el dinero u otro bien consumible recibido en préstamo.

Es requisito indispensable para que opere esta figura jurídica que el contrato de mutuo se haya celebrado por documento de fecha cierta y que en él se haya dejado constancia del propósito de pagar con la prestación objeto del mutuo a un tercero, acreedor del mutuuario.

Precisa Demolombe<sup>(11)</sup> que, como hemos visto, el legislador no sometió los otros casos de subrogación convencional a ninguna forma especial; pero para este caso es diferente porque podría dar lugar al perjuicio del tercero por los diversos tipos de fraude. En consecuencia, el legislador lo sometió a dos condiciones de forma, cuyo fin es garantizar la existencia de dos situaciones que constituyen el fondo de esta subrogación, a saber: el destino, es decir, que el prestamista otorgó al deudor el dinero para pagar a su acreedor;

(11) DEMOLOMBE, C. Op. cit., Tomo XXVII, Página 260.

y el empleo, es decir, que el dinero recibió el destino acordado y se utilizó para pagar al acreedor.

Recuerda Demolombe que esta doble formalidad fue tomada por el Código Napoleón de la sentencia de las subrogaciones del 6 de julio de 1690, que las había establecido, ya sea con el fin de impedir las anteriores a la fecha y las posteriores a la fecha con las que se podrían hacer revivir fraudulentamente los créditos extinguidos, ya sea con el fin de garantizar tanto mejor la lealtad y la sinceridad de las declaraciones que deben contener estos dos actos.

Por lo demás, en lo que respecta al concepto de fecha cierta, remitimos al lector a nuestros comentarios vertidos con ocasión del análisis de los artículos 1135 y 1136, relativos a la concurrencia de acreedores en las obligaciones de dar bienes ciertos<sup>(12)</sup>.

Otro requisito previsto por la ley es que al momento en que el deudor haga el pago a su acreedor, manifieste que el dinero o bienes con los que está pagando provienen de un contrato de mutuo en el cual él es mutuuario, a fin de que tal acreedor pueda conocer que va a operar la subrogación convencional.

Respecto al caso bajo análisis, debemos anotar que los requisitos señalados por la ley para admitir su presencia resultan sumamente importantes, tal como lo expresa el Doctor Angel Gustavo Cornejo<sup>(13)</sup>, al comentar el artículo correspondiente del Código Civil Peruano de 1936, el mismo que exigía, incluso, que el préstamo al que el precepto se refería como dinerario constara por escritura pública. Cornejo señala lo siguiente:

- 
- (12) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo I, Páginas 317 a 504.  
(13) CORNEJO, Angel Gustavo. Op. cit., Tomo II, Derecho de Obligaciones, Volumen I, Páginas 360 y siguientes.

“La subrogación se produce por el hecho de que el pago se ha verificado con dinero que ha proporcionado un tercero. El contrato a mérito del cual el deudor obtenga la suma necesaria para liberarse del acreedor originario, sólo requiere el acuerdo entre el deudor y el prestamista. El acreedor puede o no prestar su consentimiento. Si lo da, la subrogación se lleva a cabo en forma regular; pero si no asiente en la subrogación, la ley exige dos requisitos extrínsecos: 1) Que el préstamo de dinero que el tercero hace al deudor conste por escritura pública, haciendo constar en el instrumento que el objeto del préstamo es solventar el crédito pendiente del acreedor a quien se subroga; y 2) Que al efectuar el pago se haga constar la procedencia de la cantidad que el nuevo acreedor entrega a los interesados.

Estas formalidades se exigen, según Colin y Capitant, para prevenir un fraude bastante calificado que sería el siguiente: Supongamos que el deudor ha gravado sus bienes con varias hipotecas y que ha pagado al primer acreedor inscrito. Más adelante, necesitando dinero, podía intentar hacer renacer esta primera hipoteca en detrimento del segundo acreedor que había alcanzado el primer rango y en beneficio de un nuevo prestamista, realizando con éste un contrato privado, con antedata, en el que simularía que el dinero recibido hoy fue entregado anteriormente, y con el fin de pagar al antiguo primer acreedor hipotecario.

La exigencia de la escritura pública y la de la procedencia de la cantidad pagada, impide semejante fraude, salvaguardando los intereses de los acreedores intermedios entre el primer inscrito y el último.”

En opinión de Guillermo A. Borda<sup>(14)</sup>, 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

- 
- (14) BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo I, Páginas 591 y 592.

acciones del acreedor primitivo. Precisa que aquí se trata de una sustitución de acreedores operada por voluntad del deudor, pues éste, que tiene una deuda, toma dinero prestado para pagarla, desinteresa así al acreedor primitivo y coloca al prestamista en su lugar. Borda considera esta solución como lógica, ya que los otros acreedores, que ahora se ven pospuestos por el nuevo acreedor, no tienen de qué quejarse, pues de no haberse pagado al primer acreedor preferente, ellos estarían pospuestos por éste; su situación, por consiguiente, no ha empeorado ni variado. Y estima que siendo así, es razonable que la ley brinde este recurso al deudor, quien puede estar interesado en que un acreedor menos exigente ocupe el lugar del anterior.

Sentencia Borda que, obviamente, la subrogación opera también si el deudor consiente que un tercero pague la deuda de aquél y lo subroga en sus obligaciones; vale decir, no sería absolutamente indispensable que el deudor contraiga un préstamo y luego pague al acreedor, ya que el tercero puede hacerlo directamente, sin que ello sea obstáculo a la subrogación por el deudor. Y agrega que la ley argentina no ha establecido cuáles son las condiciones que se requieren para hacer viable esta subrogación, pero la jurisprudencia y la doctrina admiten que, al menos, son necesarias las siguientes: a) que la subrogación sea expresa; b) que conste en instrumento público o privado de fecha cierta, porque de lo contrario no podría ser opuesta a terceros; c) que se demuestre la vinculación entre el pago y el préstamo; en otras palabras, que se pruebe que el préstamo obtenido del nuevo acreedor se empleó en pagar la deuda anterior.

En el caso peruano el supuesto previsto por Borda se encontraría enmarcado dentro de lo que establece el inciso 2 del artículo 1261 del Código Civil<sup>(15)</sup>.

(15) Demolombe (DEMOLOMBE, C. Op. cit., Tomo XXVII, Páginas 258 y siguientes.) cuestiona la pertinencia de esta modalidad de subrogación convencional, preguntándose si es posible que el efecto del pago sea el mismo cuando lo realiza el deudor con su propio

dinero a un tercero, o mejor aún cuando es un tercero quien lo hace por él. Demolombe responde que no, pues él no hace ninguna diferencia en cuanto al efecto del pago en sí, en cuanto a su efecto necesariamente extintivo. Señala que entonces en todos estos casos se extingue la deuda y con ella todos sus accesorios. Anota que sin duda hay una diferencia -y de las más considerables- entre el caso del deudor que paga su deuda con sus propios medios y el caso de quien paga con dinero prestado de un tercero para este efecto, y también el caso en que un tercero paga por él. Cuando es el mismo deudor el que paga su deuda con sus propios medios, es un caso concluido; y el pago ya no deja subsistir nada. Pero mientras que el deudor pague su deuda con el dinero prestado de un tercero o cuando es un tercero quien paga la deuda por él, esto se da de otro modo.

En este último caso -a decir de Demolombe- surge una nueva deuda, en lugar de la antigua, totalmente distinta de la deuda original y que tiene por causa: el préstamo o la solidaridad o la fianza o el mandato o la administración de negocios; según la forma en que se realizó el pago: por el deudor con dinero prestado; por un codeudor; por un fiador; por un mandatario; o por un simple administrador de negocios; siendo aquí donde se encuentra la diferencia.

No se encuentra -según Demolombe- en el efecto extintivo del pago. Está en el origen de esta nueva deuda, cuyo pago que extinguió a la anterior se convierte en la misma causa; y por lo tanto, es evidente que esta nueva deuda nace pura y simple y que no está garantizada por ninguna de las garantías accesorias, fianza, privilegios, hipotecas o demás, que garantizaban a la antigua deuda y que se extinguieron con ella en el pago.

Es -según Demolombe- la consecuencia que también deducía Justiniano:

**“Si quid autme fidejussor pro reo solverit, ejus recuperandi causa habet, cum eo mandati iudicium”** (Inst. lib. III, tít. XX, de Fidejussoribus ss 6.).

Para él es esta la conclusión a la que nos lleva la lógica rigurosa de los principios del Derecho Civil; pero no obstante, se debe decir que esta conclusión deja mucho que desear desde el punto de vista de la utilidad práctica.

En primer lugar, es muy poco alentadora para aquellos que estarían dispuestos a prestar su dinero al deudor para proveerlo del medio que extinguiría una deuda onerosa, o para liberarse de un deudor amenazante; o ya sea para consentir con o por él una obligación solidaria o una fianza; preguntándose qué les reserva esta

Señala Demolombe<sup>(16)</sup> que suele considerarse que esta subrogación consentida por el deudor hace efectiva perfectamente la excelente divisa de toda esta materia: **Prodesse, non nocere**. Es evidente que beneficia al deudor y que no podría perjudicar a nadie.

Los acreedores intermediarios, los codeudores, los fiadores,

---

conclusión, como empleo de su dinero, o para recompensar su buen oficio.

Puntualiza Demolombe que después de que se hayan extinguido las causas de preferencia del acreedor pagado por ellos, un crédito puramente personal los dejará confundidos en la masa de los acreedores quirografarios expuestos a no poder recuperar su adelanto; y como consecuencia, esto también será de una dureza extrema para el deudor, quien en tales condiciones sólo podrá encontrar muy difícilmente a los arrendadores de fundos para desatar los lazos de una deuda opresiva, quizá, y que él quisiera reemplazar por una menos pesada.

Entonces un régimen como éste favorece muy poco al desarrollo del crédito público, el mismo que tiene en el crédito privado una de sus principales bases.

A entender de Demolombe, sin duda, estos inconvenientes son serios; y es con el fin de remediar esta situación que se ha inventado la subrogación.

O más bien es quizá de estos inconvenientes que surge la subrogación, por el uso y por la práctica, en la cual los instintos, en general, son muy seguros para encontrar el medio de saltar los obstáculos que impiden la libertad de sus movimientos.

Refiere Demolombe que es así como se empezó a subrogar en los derechos y en las acciones del antiguo acreedor, un nuevo acreedor cuyos fondos sirven para pagarle, para subrogarlo, para asegurarle de una manera eficaz la recuperación del adelanto que él va a hacer. Agrega que esta exposición prueba suficientemente que la subrogación es contraria a los principios puros del Derecho Civil. Dice, además, que verdaderamente es esto lo que explica la ayuda poco apresurada que hicieron primero los civilistas en esta institución que llegó a establecerse fuera de las normas de la ciencia, y las objeciones constantemente renacientes por las que la detenían ellos en cada esfuerzo que hacía para extenderse y completarse.

(16) DEMOLOMBE, C. Op. cit., Tomo XXVII, Páginas 261 y siguientes.

los terceros-detentadores que podrían estar interesados en la extinción de la deuda, permanecen después en su misma situación. El dinero que sirvió para pagar al acreedor no salió de su patrimonio, el que desde entonces no sufrió ninguna alteración como consecuencia de esta operación.

Considera que, sin duda, para ellos hubiera valido mejor que el préstamo y el pago se hubiesen hecho sin la condición de subrogación; pero la respuesta en esto es muy sencilla, y es que sin la condición de subrogación, ni el préstamo, ni el pago se hubieran podido realizar; de manera que aquí tenemos una operación indivisible cuyo resultado no les atañe de manera alguna.

Agrega Demolombe que, por una cesión o por una subrogación, la voluntad del acreedor habría podido ponerlas en presencia de un nuevo acreedor. Se pregunta, entonces, ¿cuál sería para ellos la razón para quejarse de que la voluntad del deudor tengan el mismo poder por una subrogación? Y responde que no hay ningún motivo, pues la subrogación no perjudica en el sentido legal y equitativo de esta palabra.

Según el citado exégeta francés, este rechazo del acreedor sería injusto, ya que su único interés legítimo y confesable es que se le pague. Ahora bien -dice Demolombe-, se le ofrece el pago también sólido y podemos decir, en cuanto a éste, también puro y simple, como si se hiciera sin condición de subrogación; siendo así como se llega a pasar del consentimiento que él rechaza, a autorizar la subrogación por un convenio entre el deudor y el tercero prestamista.

Concluimos precisando que en el supuesto del inciso 3 del artículo 1261 del Código Civil Peruano, bajo comentario, es el propio deudor quien paga, pero la obligación no se extingue, pues el tercero prestamista quedaría subrogado. Se trata, en consecuencia, de un caso atípico de subrogación personal, en virtud del cual opera esta figura jurídica no obstante que el pago lo verifica el propio deudor.

– **Concordancias nacionales.**

Quiénes pueden hacer el pago, artículo 1222 del Código Civil / Mutuo, artículos 1648 y 1649 del Código Civil.

– **EFFECTOS DE LA SUBROGACION.**

**Artículo 1262.-** “La subrogación sustituye al subrogado en todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, hasta por el monto de lo que hubiese pagado.”

– **Fuentes nacionales del artículo 1262.**

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.*

El *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana, de 1836*, trataba sobre el particular en el artículo 846: “La subrogación establecida en los artículos precedentes tiene lugar tanto contra los deudores, como contra los fiadores; no puede perjudicar al acreedor cuando no se le ha pagado sino en parte, en cuyo caso puede ejercer sus derechos con preferencia al que le ha hecho el pago parcial.”; en tanto que el *Código Civil de 1852* no legislaba sobre el tema.

Por otra parte, debe señalarse que el *Proyecto de Código Civil de 1890* regulaba la materia en su artículo 2926: “La subrogación, celebrada conforme a los artículos precedentes, transmite al nuevo acreedor todos los derechos y acciones del antiguo, no sólo contra el deudor principal y sus codeudores, sino también contra los fiadores, con las modificaciones siguientes: 1°

El subrogado no puede ejercer los derechos y acciones del primitivo acreedor, sino hasta donde llegue la suma que él ha desembolsado realmente para la liberación del deudor; 2° El efecto de la subrogación convencional puede ser limitado a ciertos derechos y acciones por el acreedor, o el deudor que la practican conforme a los artículos 2923 y 2924; 3° La subrogación legal en provecho de los que han pagado una deuda de la cual eran responsables con otros, no los autoriza para ejercer los derechos y acciones del acreedor contra los obligados, sino hasta donde alcance la parte con la cual cada uno de éstos últimos deba contribuir al pago de la deuda.”

El *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, expresaba en el numeral 242 que: “La subrogación legal o convencional transfiere al subrogado todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, tanto contra el deudor principal y codeudores, como contra los fiadores, con las modificaciones siguientes: 1° El subrogado no puede ejercer los derechos y acciones del acreedor, sino hasta la concurrencia de la suma que él ha desembolsado realmente para la liberación del deudor.- 2° El efecto de la subrogación convencional puede ser limitado a ciertos derechos y acciones por el acreedor, o por el deudor que la consiente.- 3° 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, sino con la restricción a que se refiere el inciso 3 del artículo 240.”; en tanto que el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, preveía el tema en el artículo 231: “La subrogación legal o convencional transfiere al subrogado todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, tanto contra el deudor principal y codeudores, como contra los fiadores, con las modificaciones siguientes: 1° El subrogado no puede ejercer los derechos y acciones del acreedor, sino hasta la concurrencia de la suma que él ha desembolsado realmente para la liberación del deudor.- 2° El efecto de la subrogación convencional puede ser limitado a ciertos derechos y acciones por el acreedor o por el deudor que la consiente.- 3° La subrogación legal establecida en provecho de los que han pagado una deuda a la cual esta-

ban obligados con otros, no los autoriza a ejercer los derechos y acciones del acreedor, sino con la restricción a que se refiere el inciso 3 del artículo 229.”

De otro lado, el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, trataba la materia en el artículo 1261: “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.”; en tanto que el *Código Civil de 1936* lo hacía en el artículo 1271: “La subrogación sustituye al subrogado en todos los derechos, acciones 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.”

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, abordó el particular en el artículo 122: “La subrogación sustituye al subrogado en todos los derechos, acciones 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.”; en tanto que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hacía en el artículo 119: “La subrogación sustituye al subrogado en todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, hasta por el monto de lo que hubiese pagado.”; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, en el numeral 1282: “La subrogación sustituye al subrogado en todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, hasta por el monto de lo que hubiese pagado.”; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, en el numeral 1229: “La subrogación sustituye al subrogado en todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, hasta por el monto de lo que hubiese pagado.”

– **Fuentes y concordancias extranjeras.**

Coinciden con el artículo 1262 del Código Civil Peruano de 1984, entre otros, los Códigos Civiles Uruguayo (artículo 1473, incisos 1 y 2), Ecuatoriano (artículo 1655), Chileno (artículo 1612), Anteproyecto de Código Civil Boliviano de Angel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 893), Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 347), Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 828, inciso 1), Paraguayo de 1987 (artículo 596, primera parte), Español (artículo 1212), Guatemalteco de 1973 (artículo 1454), Brasileño (artículos 988 y 989), y Argentino (artículo 771: 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; agrega, sin embargo, los siguientes supuestos: 1° el subrogado no puede ejercer los derechos y acciones del acreedor, sino hasta la concurrencia de la suma que él ha desembolsado realmente para la liberación del deudor; 2° el efecto de la subrogación convencional puede ser limitado a ciertos derechos y acciones por el acreedor o por el deudor que la consiente).

El Código Civil Costarricense de 1888 (artículo 791) establece que la subrogación, sea legal o convencional, traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y privilegios del antiguo, tanto contra el deudor principal como contra cualesquiera terceros obligados a la deuda, salvo las modificaciones establecidas en los artículos siguientes.

El Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 583, primer párrafo) prescribe que la subrogación, tanto la legal, como la convencional, traspasa al nuevo acreedor los derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, contra el deudor principal, así como contra cualquiera de los terceros, obligados solidaria y subsidiariamente a la deuda.

– **Análisis.**

El artículo 1262 del Código Civil Peruano de 1984, bajo co-

mentario, se encarga de establecer cuáles son los efectos de la subrogación, sea legal o convencional: la sustitución del subrogado en la titularidad de todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, hasta por el monto de lo que hubiese pagado.

Enseña Roberto De Ruggiero<sup>(1)</sup> que ya sea legal o convencional, la subrogación produce el efecto de hacer subentrar al subrogado en la posición jurídica del acreedor satisfecho. El crédito, con todas sus garantías y con todas las excepciones oponibles al acreedor originario, se transfiere al subrogado, quien podrá dirigirse contra el deudor o contra los fiadores; pero la subrogación no se produce sino hasta la concurrencia del pago efectivo y en parte y concurriendo con el acreedor originario si éste fue satisfecho en su crédito sólo parcialmente.

Por su parte, Luis María Boffi Boggero<sup>(2)</sup> sostiene que la subrogación subjetiva conlleva numerosas e importantes consecuencias. Esas consecuencias destacan una línea o principio general y un conjunto variado de limitaciones a él. 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. Boffi Boggero agrega que el nuevo acreedor “utiliza” todos los derechos sustantivos principales y accesorios y las acciones que no sean intransferibles, habiéndose superado la idea de que solamente se transferían los accesorios. Quedan fuera los gastos del subrogante y, para alguna doctrina, los derechos del fisco en casos en que él resultare subrogado por el tercero.

Considera Boffi Boggero que en el lado pasivo debe decirse que ocupar el sitio del primitivo acreedor hace al nuevo pasible de las mismas defensas que se podían oponer a aquél, y que la so-

(1) DE RUGGIERO, Roberto. Op. cit., Tomo II, Página 111.

(2) BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit., Tomo IV, Páginas 213 y 214.

lución de este nuevo acreedor podría ser -en todo caso- usar de las otras acciones otorgadas por la ley.

En palabras de Jorge Joaquín Llambías<sup>(3)</sup>, la subrogación importa un traspaso del crédito a favor del subrogado, a cuyo respecto queda obligado el deudor, que, como sabemos, no resulta liberado por el pago con subrogación. En tal sentido, 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.

Precisa Llambías que de lo expuesto surge la amplitud de la transmisión causada por la subrogación, sea ésta legal o convencional, ya que no difieren esas especies del mismo género, en cuanto a sus efectos.

Añade que la transmisión abarca, según una fórmula muy expresiva, "todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor". Estima Llambías que con la expresión "todos los derechos" se hace referencia al cúmulo de prerrogativas que correspondían al acreedor primitivo, en razón de su título, las que se desplazan y quedan establecidas en cabeza del subrogado; derechos entre los que cabe mencionar los privilegios, que son calidades inherentes al crédito transmitido, la garantía de evicción, la facultad de cobrar intereses, de acudir a los tribunales competentes para entender en la causa, etcétera.

Dentro de la expresión "todas las acciones", se hace referencia -según Llambías- a los medios para hacer valer ante los tribunales cualquier pretensión que hubiese correspondido al acreedor originario, tales como la rescisión o resolución del contrato fundante de la obligación, la acción revocatoria o pauliana, la facultad de trabar un embargo preventivo autorizado por la naturaleza del crédito, la facultad de intervenir en el juicio iniciado por el acreedor primitivo contra el deudor, entre otros.

---

(3) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo II-B, Páginas 359 a 361.

Por otra parte, con la expresión "todas las garantías" del crédito se hace referencia a hipotecas, prendas, fianzas o derechos de retención, que se hubiesen otorgado en favor del acreedor primigenio.

Finalmente, Llambías sentencia que no pasan al subrogado las facultades del acreedor primitivo que eran inherentes a la persona de éste, y cuyo ejercicio no es concebible por alguien que no sea ese acreedor. Así, cuando un tercero paga un cargo a favor del donante, que éste había impuesto al donatario, ese pago que es subrogatorio, no traslada al tercero la facultad de revocar la donación por incumplimiento del cargo de parte del donatario, pues ésta es una facultad inherente a la persona del donante.

Para Guillermo A. Borda<sup>(4)</sup> el principio general consiste en que la subrogación traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, tanto contra el deudor principal y codeudores como contra los fiadores; y que por aplicación de esta norma debe admitirse que pasan al nuevo acreedor los privilegios que favorecen al crédito, las acciones de revocación, resolución, etc., las garantías tales como hipotecas, prendas, fianzas, o el derecho a concurrir ante los tribunales que eran competentes para atender en la demanda que tenía derecho a entablar el acreedor originario contra su deudor.

Agrega Borda que se ha declarado también que quien paga tiene derecho a obtener el embargo preventivo autorizado por la naturaleza del acto y a intervenir en el juicio en que se abonaron los documentos ejecutados. Pero señala que esta regla de que se transmiten todos los derechos, acciones y garantías no es absoluta y está sujeta a algunas limitaciones, como son que el subrogado no puede ejercer los derechos y acciones del acreedor sino hasta la concurrencia de la suma que él ha desembolsado. Sin embargo, esta disposición no priva al pagador subrogado de su derecho a cobrar intereses sobre la suma desembolsada, solución que Borda estima lógica, porque la ley no quiere que el pa-

---

(4) BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo I, Páginas 592 y 593.

gador se beneficie con la subrogación, pero no sería justo perjudicarlo. Precisa Borda que esta disposición se aplica tanto a la subrogación convencional como a la legal, pues la ley no distingue.

Borda también anota que el efecto de la subrogación convencional puede ser limitado a ciertos derechos y acciones por el acreedor o por el deudor que la consiente, principio que juega tanto en el supuesto de subrogación convencional como legal; porque aun cuando se tratara de la subrogación operada **ministerio legis**, no hay inconveniente en que las partes, de común acuerdo, restrinjan los efectos previstos en la ley, pues aquí estamos en presencia de normas supletorias, cuyo alcance puede ser limitado por la voluntad de las partes.

Por último, como expresa el Doctor Angel Gustavo Cornejo<sup>(5)</sup>, “A virtud de esta expresa declaración de la ley, la subrogación, ya sea legal o convencional, sustituye al antiguo acreedor por el nuevo en todos los derechos y garantías que tenía contra el deudor principal o contra los fiadores de éste. La sustitución en todos los derechos significa que si el acreedor gozaba de algún privilegio éste ampara al subrogado; que le transfiera todas las acciones, significa que pasan a mano del subrogado todas las que pudieran derivar de la relación obligatoria en la que se interpola, vale decir, las acciones rescisorias, revocativas, etcétera, adquiriendo igualmente las garantías que aseguraban al acreedor subrogante: hipotecas, prendas o fianzas.”

Por nuestra parte, consideramos que la frase “hasta por el monto de lo que hubiese pagado”, utilizada por el artículo 1262 del Código Civil Peruano de 1984, en su parte final, permite concluir que el pago del subrogado al subrogante, podrá o no cubrir la totalidad de la deuda. Si cubriese el íntegro de la misma, resul-

tará evidente que operará una subrogación total; en cambio, si pagase sólo una parte, operará una subrogación parcial.

Debe señalarse, además, que lo dispuesto en la parte final del artículo 1262 del Código Civil, concuerda con lo establecido en el artículo 1264, cuando señala que 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 con igual derecho por la porción que respectivamente se les debiera.

Queda claro que sólo procede la posibilidad de una subrogación parcial cuando se cumpla en parte la deuda. Debe recordarse que el pago parcial es posible cuando se trata de una obligación divisible, o indivisible por pacto, pero que por permitirlo su naturaleza y la voluntad del acreedor, se haya podido realizar respecto de ella un pago parcial.

Por último, la técnica del Código vigente supera al Código anterior, pues éste se refería a obligaciones dinerarias, mientras el actual, con la terminología que ha adoptado, también alude a prestaciones de otra naturaleza.

#### – **Concordancias nacionales.**

Subrogación parcial, artículo 1264 del Código Civil.

(5) CORNEJO, Angel Gustavo. Op. cit., Tomo II, Volumen I, Páginas 360 y siguientes.

– **ACCIONES DEL SUBROGADO EN LOS SUPUESTOS PREVISTO POR EL ARTICULO 1260, INCISO 1.**

**Artículo 1263.-** “*En los casos del artículo 1260, inciso 1, el subrogado está autorizado a ejercitar los derechos del acreedor contra sus codeudores, sólo hasta la concurrencia de la parte por la que cada uno de éstos estaba obligado a contribuir para el pago de la deuda, aplicándose, sin embargo, las reglas del artículo 1204.*”

– **Fuentes nacionales del artículo 1263.**

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*; así como tampoco en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*; ni en el *Código Civil de 1852*.

El *Proyecto de Código Civil de 1890* fue el primero en abordar el tema. Lo hizo en el artículo 2926: “La subrogación, celebrada conforme a los artículos precedentes, transmite al nuevo acreedor todos los derechos y acciones del antiguo, no sólo contra el deudor principal y sus codeudores, sino también contra los fiadores, con las modificaciones siguientes: 1° El subrogado no puede ejercer los derechos y acciones del primitivo acreedor, sino

hasta donde llegue la suma que él ha desembolsado realmente para la liberación del deudor; 2° El efecto de la subrogación convencional puede ser limitado a ciertos derechos y acciones por el acreedor, o el deudor que la practican conforme a los artículos 2923 y 2924; 3° La subrogación legal en provecho de los que han pagado una deuda, de la cual eran responsables con otros, no los autoriza para ejercer los derechos y acciones del acreedor contra los obligados, sino hasta donde alcance la parte con la cual cada uno de éstos últimos deba contribuir al pago de la deuda.”

Posteriormente trató la materia el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, en el numeral 242: “La subrogación legal o convencional transfiere al subrogado todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, tanto contra el deudor principal y codeudores, como contra los fiadores, con las modificaciones siguientes: 1° El subrogado no puede ejercer los derechos y acciones del acreedor, sino hasta la concurrencia de la suma que él ha desembolsado realmente para la liberación del deudor.- 2° El efecto de la subrogación convencional puede ser limitado a ciertos derechos y acciones por el acreedor, o por el deudor que la consiente.- 3° 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, sino con la restricción a que se refiere el inciso 3 del artículo 240.”

El *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, la reguló en su artículo 231: “La subrogación legal o convencional transfiere al subrogado todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, tanto contra el deudor principal y codeudores, como contra los fiadores, con las modificaciones siguientes: 1° El subrogado no puede ejercer los derechos y acciones del acreedor, sino hasta la concurrencia de la suma que él ha desembolsado realmente para la liberación del deudor.- 2° El efecto de la subrogación convencional puede ser limitado a ciertos derechos y acciones por el acreedor o por el deudor que la consiente.- 3° La subrogación legal establecida en provecho de los que han pagado una deuda a la cual esta-

ban obligados con otros, no los autoriza a ejercer los derechos y acciones del acreedor, sino con la restricción a que se refiere el inciso 3 del artículo 229.”; en tanto que el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, lo hizo en el artículo 1262: “La subrogación legal en provecho del que ha pagado una deuda a la cual estaba obligado con otros, lo autoriza a ejercer los derechos y acciones del acreedor, salvo los efectos de la confusión en cuanto a la parte que corresponda al subrogado en la obligación.”; y el *Código Civil de 1936*, en el artículo 1272: “La subrogación legal en provecho del que ha pagado una deuda a la cual estaba obligado con otros, lo autoriza a ejercer los derechos y acciones del acreedor, salvo los efectos de la confusión en cuanto a la parte que corresponda al subrogado en la obligación.”

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, abordó el tema en el artículo 123: “La subrogación legal en provecho del que ha pagado una deuda a la cual estaba obligado con otros, no lo autoriza a ejercer los derechos del acreedor contra sus coobligados, sino hasta la concurrencia de la parte por la cual cada uno de éstos últimos estaba obligado a contribuir para el pago de la deuda.”; en tanto que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hizo en el numeral 120: “En los casos del inciso 1) del artículo 117, el subrogado está autorizado a ejercitar los derechos del acreedor contra sus codeudores, sólo hasta la concurrencia de la parte por la que cada uno de éstos estaba obligado a contribuir para el pago de la deuda, aplicándose, sin embargo, las reglas del artículo 83.”

El *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, regulaba la materia en el artículo 1283: “En los casos del inciso 1) del artículo 1280, el subrogado está autorizado a ejercitar los derechos del acreedor contra sus codeudores, sólo hasta la concurrencia de la parte por la que cada uno de éstos estaba obligado a contribuir para el pago de la deuda, aplicándose, sin embargo, las reglas del artículo 1225.”; en tanto que el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, lo hacía en el artículo 1230: “En los casos del artículo 1227, inciso 1, el subrogado está autorizado

a ejercitar los derechos del acreedor contra sus codeudores, sólo hasta la concurrencia de la parte por la que cada uno de éstos estaba obligado a contribuir para el pago de la deuda, aplicándose, sin embargo, las reglas del artículo 1172.”

#### – Fuentes y concordancias extranjeras.

Coinciden con el artículo 1263 del Código Civil Peruano de 1984, entre otros, el Código Civil Portorriqueño de 1930 (artículo 1112 -similar a la segunda parte del artículo 1263 Peruano-), Uruguayo (artículo 1473, inciso 3), Francés (artículo 1252, primera parte), Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 828, inciso 3), Paraguayo de 1987 (artículo 596, literal c)), Guatemalteco de 1973 (artículo 1457), Argentino (artículo 771, inciso 3: la subrogación legal, establecida en provecho de los que han pagado una deuda a la cual estaban obligados con otros, no los autoriza para ejercer los derechos ni las acciones del acreedor contra sus co-obligados, sino hasta la concurrencia de la parte por la cual cada uno de estos últimos estaba obligado a contribuir para el pago de la deuda) y Cubano de 1988 (artículo 251, inciso 3).

El Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1204) establece que la subrogación contemplada en los anteriores artículos tiene efecto también contra los terceros que han prestado garantía por el deudor. Si el crédito está garantizado con prenda, se observa la disposición del segundo apartado del artículo 1263.

#### – Análisis.

El artículo 1263 del Código Civil Peruano de 1984 se encarga de aclarar los efectos del supuesto de subrogación legal establecido por el artículo 1260, inciso 1, vale decir, cuando opera en favor de quien paga una deuda a la cual estaba obligado, indivisible o solidariamente, con otro u otros. Se establece que en este caso el subrogado está autorizado a ejercitar los derechos del acreedor contra sus codeudores, pero sólo hasta la concurren-

cia de la parte por la que cada uno de éstos estaba obligado a contribuir para el pago de la deuda.

Es decir, el deudor que pagó el íntegro de la prestación quedará subrogado contra sus ex-codeudores, gozando de los mismos beneficios que el antiguo acreedor común. Sin embargo, no gozará del beneficio de la indivisibilidad ni de la solidaridad, por el cual hubiese podido cobrar el íntegro de la obligación, con detracción de su parte, a cualquiera de quienes fueron sus codeudores comunes. En este caso solamente podrá cobrar a cada uno de ellos el porcentaje que le correspondía en la obligación, lo que significa que deberá actuar como si se tratase de una obligación divisible y mancomunada.

Como expresa Angel Gustavo Cornejo<sup>(1)</sup>: “La limitación en el ejercicio de los derechos y acciones que pasan al subrogado, hasta la sola concurrencia de la suma que ha desembolsado para la liberación del deudor, se justifica por la naturaleza y finalidad de la institución, que hemos considerado como de interés general y no como medio de especulación.

La subrogación legal en provecho del que ha pagado una deuda a la cual estaba obligado con otro, lo autoriza a ejercer los derechos y acciones del acreedor, salvo los efectos de la confusión, en cuanto a la parte que corresponde al subrogado en la obligación (...).

Esta limitación de los efectos de la subrogación legal, en virtud de la cual el subrogado no puede ejercer los derechos y acciones del acreedor contra sus coobligados, sino hasta la concurrencia de la parte por la cual cada uno de éstos estaba obligado a contribuir para el pago, no es sino una consecuencia de las reglas que rigen las obligaciones indivisibles, las solidarias y las que derivan de la fianza (...).”

---

(1) CORNEJO, Angel Gustavo. Op. cit., Tomo II, Volumen I, Páginas 360 y siguientes.

Debemos agregar que la lectura de este precepto debe vincularse, necesariamente, con los numerales correspondientes a las obligaciones indivisibles y a las obligaciones solidarias (artículos 1172 a 1181 y 1182 a 1204, respectivamente).

Creemos, además, que el tema reviste la mayor importancia.

En efecto, en el Código Civil de 1936 no existían normas referidas a la materia en la parte correspondiente a la indivisibilidad y solidaridad. De allí que el artículo 1271 del Código de 1936, por no establecer la restricción correspondiente, podía interpretarse en el sentido de que si pagaba un codeudor solidario, también podía subrogarse solidariamente respecto a sus codeudores, salvo en la parte que se extinguía por consolidación. Esto significaba que quien hubiese efectuado el pago habría podido cobrar el íntegro -menos su parte- a cualquier codeudor solidario, y así sucesivamente, lo que hubiera generado la que denominamos "Teoría de los Círculos Concéntricos", la misma que también habría entrado en juego en los casos de indivisibilidad. Se trataría, en suma, de una sucesión de procesos.

El peligro de que se presente tan absurda interpretación ha sido superado por el Código Civil de 1984.

Al respecto, precisamos hacer referencia al parecer de Cazeaux y Trigo Represas<sup>(2)</sup>, quienes primero recuerdan que el subrogado no puede ejercer los derechos y acciones del acreedor, sino hasta la concurrencia de la suma que él ha desembolsado realmente para la liberación, puesto que la subrogación sólo tiene por objeto asegurar al tercero el reintegro de su desembolso, precepto ante cuya claridad, la jurisprudencia tiene resuelto uniformemente que la subrogación sólo se opera dentro del límite de lo realmente pagado por el **solvens**; de ahí que si un deudor solidario pagó íntegramente toda la deuda, para que pueda accio-

nar contra sus codeudores deben establecerse primeramente las relaciones existentes entre ellos.

Ya en lo referente al caso de subrogación legal establecida en provecho de los que han pagado una deuda a la que estaban obligados con otros (obligaciones con objeto indivisible o de vínculo solidario), el recurso contra los coobligados sólo puede ejercerse hasta la concurrencia de la parte por la cual cada uno de estos últimos estaba obligado a contribuir para el pago de la deuda, norma que se justifica para evitar un innecesario y gravoso circuito de acciones y pleitos. De lo contrario, si existiesen varios codeudores, el que hubiese pagado la totalidad de la deuda podría accionar contra uno solo de sus codeudores pagados por la totalidad de lo por él oblado, menos su propia parte; y éste, a su vez, podría repetir igual operación por la totalidad contradictoria de otros de sus ex compañeros, y así sucesivamente hasta llegar al último co-obligado. Señalan Cazeaux y Trigo Represas que, por excepción, en materia cambiaria entre los libradores aceptantes, endosantes o avalistas solidariamente obligados, cualquier firmante que pagare la letra puede accionar contra todos los otros individual o colectivamente, sin estar obligado a observar el orden en que las obligaciones han sido contraídas, y por la suma íntegra desembolsada y los intereses sobre dicha suma desde el día del desembolso, calculados en la forma que dispone la ley, más los gastos que hubiese hecho.

Sobre este particular también puede consultarse a Boffi Boggero<sup>(3)</sup> y a Borda<sup>(4)</sup>, quienes señalan que 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 las acciones del acreedor contra sus coobligados, sino hasta la concurrencia de la parte por la cual cada uno de estos últimos estaba obligado a contribuir para el pago de la deuda, ilustrando el tema con el siguiente ejemplo: A, B y C debían a D soli-

---

(2) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Páginas 64 y 65.

---

(3) BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit., Tomo IV, Páginas 215 y 216.

(4) BORDA, Guillermo A. Tomo I, Página 593.

dariamente 30,000.00; si A paga la deuda, se subroga en los derechos de D contra B y C, pero sólo por la cantidad en que éstos estaban obligados a contribuir al pago de la deuda, o sea que sólo puede reclamar a cada uno de ellos 10,000.00; de donde se recoge que existe ahí una diferencia importante con la situación del acreedor primitivo, que podía dirigirse por el total contra cada uno de los codeudores.

En este punto debemos señalar que, en buena cuenta, el artículo 1263 del Código Civil Peruano determina que se desvanezcan la indivisibilidad y la solidaridad como caracteres de la obligación.

Queremos expresar que, desde el momento en que el codeudor de obligación indivisible o solidaria efectúa al acreedor o a los acreedores el pago del íntegro de la deuda (más allá de la porción que le correspondía en la relación interna con sus demás codeudores), no es de plena aplicación lo dispuesto por el artículo 1262, que establece 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. Resulta evidente que aquí el codeudor de una obligación indivisible o solidaria que paga el íntegro de la misma no gozará de los beneficios inherentes a las obligaciones de dicha categoría, sino que sólo podrá demandar a cada uno de sus codeudores por la parte que les corresponde en la relación interna, vale decir, como si se tratase de una obligación divisible o mancomunada.

Ello significa que el artículo 1263 constituye una excepción a la regla prevista por el artículo 1262, de modo que la indivisibilidad y la solidaridad se destruyen desde el momento en que se efectúa el pago en las condiciones que hemos establecido.

Cabe precisar que el artículo 1263 del Código Civil Peruano, bajo comentario, agrega que resulta de aplicación al caso lo dispuesto por el artículo 1204 del propio Código. Como se recordará, el artículo 1204 corresponde al tratamiento de las obligaciones solidarias, pero también resulta aplicable a las obligaciones indivisibles, en virtud de la norma de remisión del artículo 1181.

El artículo 1204 establece que si alguno de los codeudores es insolvente, su porción se distribuye entre los demás, de acuerdo con sus intereses en la obligación; y agrega que si el codeudor en cuyo exclusivo interés fue asumida la obligación es insolvente, la deuda se distribuye por porciones iguales entre los otros codeudores.

Por lo demás, remitimos al lector al análisis que sobre el artículo 1204 del Código Civil efectuamos al tratar las obligaciones indivisibles y solidarias<sup>(5)</sup>.

#### – *Concordancias nacionales.*

Relaciones internas entre los codeudores y coacreedores solidarios, artículo 1203 del Código Civil / Insolvencia de uno de los codeudores, artículo 1204 del Código Civil / Subrogación del codeudor obligado indivisible o solidariamente, artículo 1260, inciso 1, del Código Civil.

---

(5) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo III, Páginas 413 a 420.

– **SUBROGACION PARCIAL. CONCURRENCIA DE ACREEDORES.**

**Artículo 1264.-** “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 con igual derecho por la porción que respectivamente se les debiera.”

– **Fuentes nacionales del artículo 1264.**

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*; pero sí en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*, el que trataba sobre el particular en el artículo 846: “La subrogación establecida en los artículos precedentes tiene lugar tanto contra los deudores, como contra los fiadores; no puede perjudicar al acreedor cuando no se le ha pagado sino en parte, en cuyo caso puede ejercer sus derechos con preferencia al que le ha hecho el pago parcial.”. El *Código Civil de 1852* no legislaba sobre el tema.

El *Proyecto de Código Civil de 1890* abordaba la materia en su artículo 2927: “Si el crédito pagado por subrogación tiene privilegio o alguna garantía particular y el acreedor primitivo solamen-

te ha recibido una parte de él, puede ejercer sus derechos por el resto del crédito con preferencia al nuevo acreedor que sólo pagó parte del crédito.”

Posteriormente, el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, también previó el tema en su artículo 243: “Si el subrogado en lugar del acreedor hubiere sido reembolsado en parte, y los bienes del deudor no alcanzaren a pagar la parte restante del acreedor primitivo y la del subrogado, ambos concurrirán con igual derecho por la parte que respectivamente se les debiera.”; seguido por el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, artículo 232: “Si el subrogado en lugar del acreedor hubiere sido reembolsado en parte, y los bienes del deudor no alcanzaren a pagar la parte restante del acreedor primitivo y la del subrogado, ambos concurrirán con igual derecho por la parte que respectivamente se les debiera.”; por el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, en su artículo 1263: “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.”; y por el *Código Civil de 1936*, en el artículo 1273: “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.”

Por otra parte, debemos mencionar, dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, artículo 124: “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.”; a la que siguió el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, artículo 121: “Si el subrogado en lugar del acreedor lo fuese

sólo parcialmente, y los bienes del deudor no alcanzaren 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.”

Luego vendrían el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, con su artículo 1284: “Si el subrogado en lugar del acreedor lo fuese sólo parcialmente, y los bienes del deudor no alcanzaren 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.”; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, con el numeral 1231: “Si el subrogado en lugar del acreedor lo fuese sólo parcialmente, y los bienes del deudor no alcanzaren 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.”

#### – Fuentes y concordancias extranjeras.

Abordan el tema del artículo 1264 del Código Civil Peruano de 1984, entre otros, los Códigos Civiles Italiano de 1942 (artículo 1205), Venezolano de 1880 (artículo 1201, segundo párrafo), Venezolano de 1942 (artículo 1301, segundo párrafo), Guatemalteco de 1973 (artículo 1458), Brasileño (artículo 990), Español (artículo 1213), Argentino (artículo 772), Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 186) y Francés (artículo 1252, segunda parte).

El Código Civil Mexicano (artículos 2060 y 2061) establece que no habrá subrogación parcial en deudas de solución indivisible; y agrega que el pago de los subrogados en diversas porciones del mismo crédito, cuando no basten los bienes del deudor para cubrirlos todos, se hará a prorrata.

Por su parte, el Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 583, segundo párrafo) prescribe que si el acreedor ha sido solamente pagado en parte, podrá ejercer sus derechos en relación

con lo que se le queda debiendo, con preferencia al que sólo ha pagado una parte del crédito.

El Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 597) hace la salvedad de que el acreedor es preferido al subrogado, en el caso de pago parcial, para el cobro del saldo.

– **Análisis.**

El Código Civil Peruano de 1984, al igual que su predecesor el Código Civil de 1936, se aparta del sistema legislativo y doctrinario que reconoce un mejor derecho al primitivo acreedor, de modo que al concurrir con el tercero subrogado, aquél tendrá preferencia sobre este último, de acuerdo con el principio “**nemo contra se subrogasse censetur**”.

En el Perú, el tema fue abordado en el plano legislativo, en primer lugar, por el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 y por el Proyecto de Código Civil del año 1890, de la Comisión que presidía el Doctor Juan Luna, cuerpos normativos que preveían que si el acreedor primitivo solamente había recibido una parte del crédito, podía ejercer sus derechos por el resto con preferencia al nuevo acreedor que sólo lo pagó en parte.

Esta posición fue variada totalmente desde el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado en 1925 por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, quien recogió el principio opuesto en su artículo 243, el mismo que -en líneas generales- rige hasta nuestros días<sup>(1)</sup>.

(1) Manuel Augusto Olaechea (OLAECHEA y OLAECHEA, Manuel Augusto. Exposición de Motivos del Libro Quinto del Código Civil. Lima, Librería e Imprenta Gil S.A., 1936.) anota:  
“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 conservara a su favor. No descubrimos la 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.”

Esta posición también es respaldada en el Perú por el Doctor Angel Gustavo Cornejo (CORNEJO, Angel Gustavo. Op. cit., Tomo II, Volumen I, Páginas 372 y 373.):

“Es bien claro que hay necesidad de poner este caso bajo el imperio del derecho común, es decir, que el subrogado sea puesto en lugar del acreedor y que tenga respecto a la parte en que se ha subrogado, los mismos derechos que el acreedor conserva por el resto de su crédito. De esta manera el acreedor y el subrogado, a cada uno de los cuales se deben 6,000 soles, tendrían un derecho igual sobre el producto de la venta: cada uno tomaría 3,000 soles, de manera que el acreedor, lejos de perder nada por la subrogación parcial en que había consentido, habrá ganado aun los 3,000 soles que resulta perdiendo el subrogado; 3,000 soles que no habría obtenido sin la subrogación.

Y puesto que según esta regla bizarra, la fracción del crédito más pequeña, que queda al acreedor parcialmente pagado, goza con exclusión del que hizo el pago parcial, de las garantías que protegían primitivamente la acreencia entera, se deduce claramente que si esta acreencia más pequeña, que está favorecida, no se sabe por qué de modo excepcional, pasara a un nuevo titular por venta, permuta, donación, legado, o de otro modo, y de manera que sea siempre la misma acreencia, este nuevo titular tendría, frente a la persona imperfectamente subrogada, los mismos derechos que el acreedor originario. Esto es evidente, porque el nuevo titular posee el mismo crédito. Pero si el acreedor, en lugar de transmitir esta fracción de su crédito, recibiere el pago, de manos del tercero, subrogando al pagador en lo que le queda de su primitivo crédito, es claro que este segundo subrogado no podría decir que tiene el mismo crédito (porque éste se ha extinguido), las cosas volverían al derecho común, los dos subrogados tendrían derechos idénticos y entrarían en concurso.

Estas justas apreciaciones de Marcadé llevaron a otros comentaristas del Código Francés a considerar que la regla según la que la subrogación no perjudica al acreedor, sólo atañe a los efectos de la subrogación, limitando los recursos a que puede apelar el tercero que ha pagado, sólo en cuanto obrare como subrogado, no teniendo aplicación respecto a los recursos personales que competen al mismo pagador como mandatario o gestor de negocios. Mediante estos recursos podía obtener directamente del subrogante, ya que

Como relata el Doctor José León Barandiarán<sup>(2)</sup>: “El punto resuelto por el precepto es uno que ha dividido las opiniones doctrinales y aun ha originado disconformidad en las reglas formuladas por los códigos. La solución generalmente admitida es en el sentido de que concurriendo el primitivo acreedor y el tercero subrogado, aquél tenga preferencia sobre el último, conforme al principio **nemo contra se subrogasse censetur**. Esta solución es la que consagra el Código de Napoléon y la mayoría de los demás. El Código italiano anterior (artículo 1254), como el actual (artículo 1205), el argentino y el japonés deciden que el subrogante y el subrogado concurren en proporción a lo que a uno y a otro corresponda. El Proyecto de Código de las Obligaciones para Francia e Italia es del mismo parecer. El Proyecto de Código argentino (se refiere al Proyecto de 1936) opta por el sistema opuesto.”

Cazeaux y Trigo Represas<sup>(3)</sup> señalan que la solución del Código Civil Argentino -que es similar a la del Código Civil Peruano de 1984-, no ha sido acogida de manera uniforme en la legislación comparada. Recuerdan -igualmente- que el Código Civil Francés y la mayoría de las legislaciones modernas, resuelven que en este caso el acreedor primitivo puede cobrar con preferencia al subrogado; y esta solución se funda en que la subrogación no puede perjudicar al primer acreedor, pues no es lógico presumir que nadie la acuerde en contra de sus propios intereses; **nemo contra se subrogasse censetur**. Señalan Cazeaux y Trigo Represas que incluso en su país, algunos autores se pronuncian en favor de que deba reconocerse un privilegio al primitivo titular del crédito<sup>(4)</sup>.

---

no del deudor, el reintegro de la suma que pagó al efectuar la subrogación. Este modo de presentar el problema, si bien señala el camino para remediar el enriquecimiento injusto que alcanzaría el acreedor subrogante, desnaturaliza la subrogación y complica considerablemente el procedimiento mediante el cual el subrogado puede alcanzar la restitución de lo que pagó al acreedor.”

- (2) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Página 384.  
(3) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 67.  
(4) Anotan los profesores citados que, por el contrario, Marcadé criticó

Théophile Huc<sup>(5)</sup>, al analizar el numeral 1252 del Código Napoléon, norma que -precisamente- contempla principio opuesto al contenido en el artículo 1264 del Código Civil Peruano de 1984, expresa que no se puede perjudicar al acreedor cuando no haya sido pagado sino en parte, caso en el cual puede ejercitar todos sus derechos por lo que se le sigue debiendo, con preferencia a aquel que no haya recibido más que un pago parcial, en aplicación de la máxima **nemo censetur subrogasse contra se**.

Si el crédito -dice Huc-, pagado de manera parcial, era simplemente quirografario o sólo garantizado por una fianza, al no fundamentarse en la subrogación el recurso del **solvens** contra el deudor, sino en un título idéntico al del acreedor, pagado en parte, ya no sería aplicable el artículo 1252; en la distribución por contribución, el **solvens** y el **accipiens** deberían recibir un diviendo proporcionado.

Huc, partidario de la tesis consagrada por el Código Francés, agrega que el marco de aplicación del artículo 1252 del **Code** es relativo, ya que el derecho de preferencia que emplea el

---

acerbamente la regla del artículo 1252 del Código Napoléon, calificándola como una excepción inicua al principio de que el crédito del subrogado goza de iguales garantías que el del acreedor pagado. Y esta crítica fue acogida por Vélez Sarsfield en la redacción del artículo 772, coincidente -a su vez- con los Códigos Civiles de Italia de 1865, artículo 1254, y del año 1942, artículo 1205, de Perú de 1936, artículo 1273, y de Venezuela, artículo 1301. Señalan Cazeaux y Trigo Represas que la doctrina argentina, en general, justifica el apartamiento del sistema tradicional del Código Civil Francés, puesto que se trata de un solo y mismo crédito y, además, la otra solución concedería al acreedor una ventaja superior a la que podría obtener de su crédito. Pues, en efecto, si el acreedor no hubiese recibido un pago parcial del tercero subrogado, percibiría en el concurso del deudor sólo la proporción que el grado de su insolvencia permitiera; en cambio, el tener que compartir con el subrogado parcial la parte que corresponde al crédito, él ya ha recibido íntegramente la parte por la cual su subrogado cobrará en moneda de quiebra.

- (5) HUC, Théophile. Op. cit., Tomo VIII, Páginas 110 a 112.

artículo 1252 a favor de aquel que recibió sólo un pago parcial, resulta únicamente de una reserva hecha implícitamente por el que fue pagado en parte; y este derecho no resulta -en absoluto- del mismo título de crédito, aunque deba concurrir a asegurar el pago del crédito, pudiéndose transmitir este derecho por la cesión, bien gratuitamente o bien onerosamente. De este modo, al vender su crédito por saldo, el acreedor puede vender, al mismo tiempo, el privilegio que resulta del artículo 1252, y, en este caso, el contrato tiene por objeto directamente el privilegio en el que consiste.

Sin embargo, a decir de Huc, esto sería de otro modo si el acreedor procediera por vía de subrogación a favor de aquél que llegara a pagarle el saldo de su crédito. En este caso, el contrato tiene solamente por objeto la transmisión de las garantías constituidas directamente para asegurar el pago del crédito considerado en sí, y no la transmisión de un privilegio que resulta de una reserva que el suceso demuestra no tener ya significado; razón por la cual no se preferirá al último subrogado más que al primero, concurriendo todos los subrogados, sin embargo, en conjunto.

Concluye Huc señalando que apenas es necesario hacer observar que el artículo 1252 del Código Napoléon se aplica únicamente a la porción debida del crédito, del que se pagó sólo una parte, pues el acreedor no podría acogerse a este artículo para los demás créditos que puede tener contra el mismo deudor<sup>(6)</sup>.

(6) Expresa José León Barandiarán (LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Página 385.) que "no han faltado objeciones contra el sistema que apadrinase el **Code Civil**. En primer lugar, el sistema sólo puede favorecer la producción de los pagos con subrogación cuando ésta es a **parte creditoris**. En otro caso, precisamente, tendría un efecto contrario. El **solvens** no se sentirá, las más de las veces, animado de hacer la operación porque sabe que su derecho queda pospuesto frente al del **accipiens**. Colmet de Santerre hacía notar los resultados poco equitativos a que se desemboca por dejarse llevar del principio de **nemo contra se subrogasse censetur**. Si A es acreedor de B por valor de 100 y C paga al primero por valor de 50, más tarde, cuando se remate el patrimonio

Por su parte, Giorgi<sup>(7)</sup>, en relación con el concurso entre subrogante y subrogado, en la hipótesis de pago parcial, que fue canon sancionado por el Código Napoléon, anota que la subrogación no debe nunca perjudicar al acreedor pagado sólo en parte, que puede, según aquel Código, hacer valer sus derechos por el resto que se le debe, con preferencia al acreedor subrogado, del que sólo ha recibido un pago parcial. Esta era -según Giorgi- la aplicación del vulgar aforismo "**nemo contra se subrogasse censetur**". Y señala que si bien tal canon estaba defendido por evidentes razones de equidad, por no parecer tolerable que un pago pudiera volverse en daño del acreedor que lo recibe, además de consideraciones de conveniencia que aconsejaban mejorar la suerte del subrogante para hacer más frecuentes los pagos con subrogación, sin embargo, no faltaban entre los mismos comentaristas del Código Napoléon, los adversarios del principio y de sus consecuencias. Agrega Giorgi que éstos partían de la indicación de los inconvenientes y las injusticias a que conducía siempre que el deudor fuera insolvente. Supongamos, decían, un acreedor hipotecario de 10,000 liras que recibe a cuenta de su crédito la suma de 5,000 liras, por la cual el que hizo el pago se encuentra subrogado en los derechos del acreedor. Ahora bien: el deudor queda expropiado, y resulta de la venta un precio de 5,000 liras, que debe distribuirse entre subrogante y subrogado. Según la disposición del citado artículo 1252 del Código Napoléon, estas 5,000 liras deberán ser todas entregadas al

de B, resultando que aquél no importa un valor sino como 50, este último debe entregarse enteramente a A, mientras que el tercero no obtendrá nada. Más justo es que lo que se obtenga del deudor se divida proporcionalmente entre subrogante y subrogado. De otro lado, entre los autores que critican en este punto al Código Napoléon, tenemos a Marcadé, quien hace notar que por la subrogación se transmiten al subrogado los mismos derechos que correspondían al acreedor primitivo, y de no haberse pactado expresamente ninguna preferencia en favor del subrogante, no hay motivo racional para que la ley, contra la naturaleza idéntica de uno y otro derecho, confiera preferencia a uno de ellos, simplemente por una presunta interpretación de la voluntad de las partes."

(7) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen VII, Páginas 286 y 287.

acreedor originario, quien de tal manera se encontrará pagado por entero, mientras el subrogado no podrá obtener colocación útil. Estima el maestro italiano que hubiera sido más conforme a la justicia dividir entre los dos la suma, proporcionalmente al crédito respectivo: es decir, 2,500 liras para cada uno. Así, la subrogación no causaría perjuicio a ninguno: ni al acreedor primitivo que, tomando 5,000 liras del subrogado y 2,500 del deudor, tendría junto 7,500 liras, cuando sólo habría tenido 5,000 si no hubiese aceptado el pago parcial. Ni perjudicaría al subrogado que anticipó espontáneamente a su riesgo y peligro y no podría pretender más que ser puesto en la misma condición que el subrogante.

Por otra parte, reiteramos que la posición de reconocer un mejor derecho al acreedor primigenio respecto del tercero subrogante (de manera parcial), se basaba -fundamentalmente- en el principio romano "**nemo contra se subrogasse censetur**", según el cual no parecía tolerable que un pago pudiera volverse en daño del acreedor que lo recibía.

Existían, sin embargo, consideraciones de conveniencia que aconsejaban mejor suerte al subrogante, para hacer más frecuentes los pagos con subrogación. Por ello consideramos que los fundamentos en que se asienta la posición acogida por el artículo 1264 del Código Civil Peruano de 1984 son los más sólidos, los mismos que se resumen en estas dos ideas:

- (a) Al tratarse de un solo y mismo crédito no conviene el sistema francés, pues en la práctica se estaría distinguiendo en un punto donde no cabe efectuar distinción alguna.
- (b) El sistema del Código Civil Francés resulta inconveniente y hasta injusto, por cuanto concede al acreedor una ventaja superior a la que podría obtener de su propio crédito; pues si no hubiese recibido un pago parcial del subrogante, percibiría en el concurso con el deudor sólo la proporción que el grado de su insolvencia le permitiera.

Para ilustrar el precepto bajo análisis, exponemos, junto con

Borda<sup>(8)</sup>, un ejemplo: supongamos que el tercero ha hecho un pago parcial y, por lo tanto, se ha subrogado parcialmente en los derechos del acreedor. En lo restante de la deuda, éste conserva sus derechos originarios, de tal suerte que ambos resultan ser acreedores del mismo deudor. Si más tarde los bienes de éste no alcanzasen a pagar ambas deudas, subrogante y subrogado concurrirán con igual derecho por la parte que se les debiere, como sería el caso en que A debe 10,000.00 a B; C paga 5,000.00 y se subroga en los derechos de B por esa suma, como resultado de lo cual B y C tienen cada uno un crédito de 5,000.00 contra A. Hecha la ejecución de los bienes de éste, resulta que sólo tiene 2,000.00 para afrontar las deudas. B y C recibirán cada uno 1,000.00, sin que ninguno pueda alegar derecho preferente sobre el otro. Para Borda esta es la solución justa.

Por último, debemos precisar que coincidimos con Giorgi<sup>(9)</sup> cuando anota que esta disposición no es de orden público, razón por la cual sería lícito que el subrogado renuncie a ella, aun en el acto mismo del pago, reconociendo la prelación del subrogante.

#### - **Concordancias nacionales.**

Alcances de la subrogación, artículo 1262 del Código Civil.

(8) BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo I, Páginas 593 y 594.

(9) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen II, Páginas 287 y 288.

La primera edición de *Para leer el Código Civil, Vol. XVI, Tratado de las Obligaciones, Segunda Parte, Tomo VII*, se terminó de imprimir en el mes de febrero de 1996, en los talleres gráficos de Editorial e Imprenta DESA S.A., (Reg. Ind. 16521) General Varela 1577, Lima 5, Perú.  
La edición fue de 3,000 ejemplares.

## PUBLICACIONES RECIENTES

CARMEN JULIA CABELLO

*Divorcio y jurisprudencia en el Perú.* 1995. 498 p.

JAVIER CARRANZA - HYESUN KO (TRADUCTORES)

*La Casona de los Patios.* 1995. 184 p.

RODOLFO CERRON PALOMINO

*La Lengua de Naimlap.* 1995. 220 p.

JAIME LARA MARQUEZ

*Índice Analítico del Código Tributario.* 1995. 277 p.

GUILLERMO LOHMANN LUCA DE TENA

*Derecho de Sucesiones.* (Biblioteca Paralela al Código Civil, Vol. XVII) 1995.  
320 p.

JOSE LUIS MARTINEZ CERECEDA

*Autoridades en los Andes. Los atributos del Señor.* 1995. 258 p.

GONZALO PORTOCARRERO - MARCEL VALCARCEL (EDITORES)

*El Perú frente al siglo XXI.* 1995. 670 p.

GONZALO PORTOCARRERO - EDUARDO CACERES - RAFAEL TAPIA  
(EDITORES)

*La Aventura de Mariátegui.* 1995. 592 p.

JUAN JOSE RUDA SANTOLARIA

*Los Sujetos de Derecho Internacional.* 1995. 608 p.

FE REVILLA DE MONCLOA

*La Paria Peregrina.* 1995. 180 p.

## DE PROXIMA APARICION

RICHARD BURGER

*La Ocupación Prehistórica de Chavín de Huantar.*

GUILLERMO DAÑINO

*Esculpiendo Dragones. Antología de Literatura China.*

FERNANDO DUPUY

*La jurisdicción voluntaria en el Perú.*

MARGARITA GUERRA

*La Ocupación de Lima. Vol. II*

JORGE MARCONE

*La Oralidad escrita.*

HECTOR NOEJOVICH

*Los Albores de la Economía Americana.*

CARLOS RAMOS NUÑEZ

*El Código Napoleónico en América.*

VIRGINIA ROSASCO DULANTO

*Evolución del Derecho Marcarío en el Perú entre 1985 y 1994.*

ANA VELAZCO LOZADA-

RICARDO LEON

*Índice Analítico del Código Civil y Ley de Arbitraje*

## FONDO EDITORIAL

Av. Universitaria, cuadra 18, San Miguel.

Apartado 1761. Lima, Perú

Tlfs. 462-2540 (anexo 220) y 462-6390