

## LA SUBROGACION LEGAL O DE PLENO DERECHO

*Felipe Osterling Parodi<sup>\*</sup>*  
*Mario Castillo Freyre<sup>\*\*</sup>*

### **SUMARIO:**

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.***
2. ***La subrogación opera de pleno derecho en favor de quien por tener legítimo interés cumple la obligación.***
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.***
4. ***Otros supuestos de subrogación legal.***

El numeral 1260 del Código Civil Peruano prescribe lo siguiente:

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."

---

<sup>\*</sup> Felipe Osterling Parodi, Doctor en Derecho y Abogado en ejercicio, socio del Estudio Osterling; profesor de Obligaciones en la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor extraordinario en la Universidad de Lima y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. 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. Ha sido Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Ministro de Estado en la cartera de Justicia, Senador y Presidente del Congreso de la República y Decano del Colegio de Abogados de Lima. Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho.

<sup>\*\*</sup> Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima.

El citado artículo 1260 del Código Civil 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>1</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 del propio Código nacional).

Por lo demás, remitimos al lector a los comentarios que formulamos -en un estudio anterior- al analizar las consecuencias del pago total (íntegro) por uno de los codeudores solidarios o de prestación indivisible<sup>2</sup>.

Resulta obvio que el inciso 1 del artículo 1260, 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;

---

<sup>1</sup> Expresa Giorgi (GIORGI, Giorgio. Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno, Volumen VII, Páginas 259 y 260. Expuesta conforme a la doctrina y a la jurisprudencia italiana, francesa, alemana, etc. Traducida de la séptima edición italiana y anotada con arreglo a las legislaciones española y americanas, por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1909), 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.

<sup>2</sup> OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Primera Parte, Tomo III, Páginas 115 a 124 y 399 a 420. Biblioteca Para leer el Código Civil, Volumen XVI, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994.

- (b) Que la obligación sea indivisible y solidaria; y
- (c) Que la obligación sea solidaria y divisible.

Como sabemos, 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 1 del artículo 1260 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).

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.

Resulta necesario observar que el artículo 1263 del Código Civil resulta un precepto de elemental idoneidad y justicia, pues evita que se presente el vicio de los "círculos 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>3</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 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

---

<sup>3</sup>

GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen VII, Páginas 258 a 262.

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, quizás 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 demandado 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>4</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>5</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

---

<sup>4</sup> BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Tomo I, Páginas 586 y 587. Octava Edición actualizada. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1986.

<sup>5</sup> CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Compendio de Derecho de las Obligaciones, Tomo II, Páginas 57 a 59. Editorial Platense, La Plata, Argentina, 1986.

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.

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 pague 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.

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 concurrencia 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>6</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 (...)."

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.

---

<sup>6</sup> CORNEJO, Angel Gustavo. Código Civil, Exposición Sistemática y Comentario, Derecho de Obligaciones, Tomo II, Volumen I, Páginas 360 y siguientes. Lima, Perú, 1938.

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>7</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 accionar 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 pague la letra puede accionar contra todos los otros individual o colectivamente, sin estar obligado a observar el

---

<sup>7</sup> CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Páginas 64 y 65.

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>8</sup> y a Borda<sup>9</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 solidariamente 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.

---

<sup>8</sup> BOFFI BOGGERO, Luis María. Tratado de las Obligaciones, Tomo IV, Páginas 215 y 216. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979.

<sup>9</sup> BORDA, Guillermo A. Tomo I, Página 593.

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, en ocasión anterior, al tratar las obligaciones indivisibles y solidarias<sup>10</sup>.

## 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

---

<sup>10</sup> OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo III, Páginas 413 a 420.

tenga un legítimo interés económico o moral en tal cumplimiento.

Giorgi<sup>11</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.

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.

---

<sup>11</sup> GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen VII, Páginas 260 a 262.

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 Angel Gustavo Cornejo<sup>12</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 alcanzar 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>13</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

---

<sup>12</sup> CORNEJO, Angel Gustavo. Op. cit., Tomo II, Derecho de Obligaciones, Volumen I, Páginas 360 y siguientes.

<sup>13</sup> BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo I, Páginas 585 y 586.

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>14</sup>.

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 artículo 1261 del Código Civil.

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-.

#### 4. **Otros supuestos de subrogación legal.**

Antes de concluir el análisis de la subrogación legal en el Perú, conviene precisarse que en la legislación y doctrina extranjeras se incluyen otros supuestos de este tipo de subrogación.

---

<sup>14</sup>

Como resulta habitual en Demolombe (DEMOLOMBE, C. Cours de Code Napoléon, Tomo XXVII, Páginas 392 y siguientes. Auguste Durand y L. Hachette et Cie. Librairies, París, 1870.), este famoso exégeta del Código Napoléon efectúa un minucioso análisis práctico sobre el tema.

El primero es aquel en favor del que adquirió un inmueble y paga al acreedor garantizado con hipoteca sobre el mismo inmueble.

A decir de Guillermo A. Borda<sup>15</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>16</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 separación 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.

---

<sup>15</sup> BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo I, Páginas 588 y 589.

<sup>16</sup> BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo I, Página 588.

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.

Lima, noviembre del 2001.